



Propiedad Funcional, Justicia Realⁱ *

David Schmitz

Nuestros días son un amplio y complejo sistema de mutuos entendimientos. Frenamos ante una luz roja, pagamos nuestra comida con una tarjeta plástica, dejamos nuestras armas en casa, o entramos al cuarto oscuro para votar. Vivimos y trabajamos muy cerca de otros, nos movemos a gran velocidad y son pocas las veces que colisionamos: tanto en nuestros caminos como en nuestro barrio, lugares de culto y en nuestro trabajo. De alguna manera, estar rodeado de gente parece ser más liberador que sofocante. El secreto es que sabemos, a grandes rasgos, qué esperar del otro. Saber qué esperar ayuda a adaptarnos mutuamente.

No estar obligado a cumplir con expectativas –ser libre para experimentar lo no experimentado– es en sí mismo un gran beneficio. Estos dos beneficios parecen ser mutuamente excluyentes. No obstante, los derechos de propiedad combinados con la libertad contractual nos permiten obtener estos beneficios a la misma vez. Podemos confiar en que somos capaces de ir al mercado y que vamos a encontrar a alguien que nos venda coliflor a un precio razonable, como también encontrar a alguien considerando obsoleto lo que algunos años atrás era lo último en tecnología. Progresamos a través de experimentar lo inexperimentado. Experimentamos.

Un problema con los experimentos es que muchos de ellos no funcionan¹. También sucede que las ideas que a priori parecían buenas, terminan siendo malas. Por lo tanto, una sociedad exitosa es aquella que no sólo incentiva a las personas a experimentar, sino que también fomenta que se desestimen experimentos sobre ideas defectuosas.

ⁱ Traducido por Francisco Martín Ottonello y corregido por Emiliano Villa.

* Quisiera agradecer a la Friedrich Naumann Foundation y a la European Liberal Forum por ser el anfitrión en mi visita a Berlín en Noviembre de 2009. Agradezco a Zeljko Ivankovic, Oliviero Angeli, Michael Link, Hartmut Kliemt, Tomasz Marek, Wolfram Schretti, Oleh Havrylyshyn, y especialmente a Csilla Hatvany por su ánimo, asistencia y por su retroalimentación positiva.

¹ ¿Qué significa que un experimento falle? Es conocido el hecho de que el ochenta por ciento de los restaurantes cierran luego de dos años. Algunos quiebran, pero el ochenta por ciento de los que cierran no estaban perdiendo plata al momento de cerrar. Principalmente, los dueños se dieron cuenta de que no querían hacer el esfuerzo necesario como para que su restaurante tenga éxito.

¿Qué tipo de estructura incentiva la experimentación sin a la misma vez perpetuar ideas malas? Una hipótesis: en sociedades en donde se mantiene el progreso por un período prolongado, la gente es libre de experimentar asumiendo sus propios costos, pero sin tener que pagar por usar las *malas* ideas de otros. Este es un verdadero examen para un sistema de propiedad.

Es natural asumir que un verdadero examen a un sistema de propiedad consiste en preguntarse acerca de si el sistema es justo. Es decir, los filósofos deberían primero teorizar sobre la justicia y sólo después teorizar sobre lo que puede o no legítimamente convertirse en propiedad de alguien. Me he vuelto escéptico respecto de esto. Ahora veo a la justicia como algo que puede, y de hecho lo hace, evolucionar en una sociedad. Filosofar no puede darnos la respuesta a todo, y a veces nos dice muy poco sobre los requisitos históricos y contingentes acerca de la justicia en un determinado tiempo y lugar. Por ejemplo, imaginemos a un avión sobrevolando tu casa a gran altura sin tu consentimiento. ¿Ha habido alguna injusticia? Para poder contestar esto, necesitamos saber qué expectativas han sido legitimadas, en ese tiempo y lugar en particular, y necesitamos saber algo acerca de las funciones de las instituciones de propiedad.

La primera sección de este trabajo caracteriza a los derechos de propiedad argumentando que un derecho de propiedad, primero y principal, es un derecho a decir que *no* a los términos propuestos para el intercambio². La segunda sección discute los límites prácticos del derecho a decir que *no*. La tercera sección argumenta que este derecho es limitado, y que su correlativo deber de respetar a su potencial socio en el intercambio es la clave para obtener una buena producción, cooperación y una comunidad en marcha. La cuarta sección, considera qué es lo que esto tiene que ver con la justicia. Argumentando que nuestra teorización filosófica acerca de la justicia necesita responder a la pregunta acerca de qué es lo que tiene la historia de la resolución de conflictos en un tiempo y lugar determinado, al menos tanto como al revés), por temor a que nuestra teorización filosófica no tenga implicancias confiables para lo que los ciudadanos de carne y hueso se deben mutuamente en su día a día.

I. El concepto de Propiedad

Según Wesley Hohfeld, la diferencia crucial entre una simple libertad y un *verdadero* derecho es ésta: yo estoy en libertad de usar P. Por si acaso, yo no tengo el deber de abstenerme de usar P. Yo tengo un derecho a P. Por si acaso yo estoy en libertad de usar P; además otros tienen el

² Ver David Schmitz, "Property", *Oxford Handbook of the history of Political Philosophy*, George Klosko, ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010) por la revisión de parte del material de la sección I.

deber de abstenerse de usar P.³ Una libertad en su sentido técnico es un derecho no-exclusivo, mientras que un derecho, propiamente dicho, me da el derecho de excluir a otros posibles usuarios, me da el derecho decir que *no*.

Hoy en día, el término “derecho de propiedad” es entendido como un conjunto de derechos entre los cuales se encuentra el derecho a vender, prestar, legar, usar como garantía y hasta destruir.⁴ Sin embargo, en el corazón de cualquier derecho de propiedad está el derecho a decir que *no*: el derecho de excluir a los que no son dueños. En otras palabras, el derecho a excluir no es un derecho más del montón. Si los derechos de propiedad fuesen un árbol, el derecho a excluir sería el tronco.⁵ El resto de los derechos incluidos serían las ramas.

¿Por qué debemos verlo de esta manera? Porque sin el derecho a decir que *no*, los otros derechos, las ramas, estarían reducidas a simples libertades en vez de ser derechos genuinos. Por ejemplo, yo podría ser dueño de una bicicleta en un sentido amplio incluso si por alguna razón no tuviese el derecho de prestársela a un amigo. (En este caso, al árbol le falta la rama del derecho a prestar.) Por el contrario, si no tengo el derecho a negarte el permiso para que le prestes la bicicleta a un amigo, yo no sería el dueño en ningún sentido. Por lo tanto, hay una razón conceptual de por qué dentro de todos los derechos (ramas) que hacen al árbol que es el derecho de propiedad, el derecho a excluir es fundamental.

Esto no soluciona lo que, en todo caso, puede justificar nuestra pretensión al derecho a excluir, pero sí hecha luz al tema. Cuando nos preguntamos acerca de ser dueño de la bicicleta como contrapartida de simplemente tener la libertad de usarla, nos estamos preguntando acerca del derecho a excluir.

Determinar qué protección es proporcionada por el derecho a decir que *no* es un tema divisible. En circunstancias normales, la propiedad de P está normalmente protegida por una regla de *propiedad*. Lo que significa que nadie puede usar P sin el permiso del dueño. En otros casos, P está protegida por una regla de *responsabilidad*. Lo que significa que nadie puede usar P sin compensar al dueño. Existe un tercer tipo de casos. En donde P puede ser protegida por una regla de *inalienabilidad*. Lo que significa que nadie puede usar P, incluso con el permiso del

³ Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*. (New Haven: Yale University Press, 1964, 1^{ro} publicado en dos partes, 1913 y 1917).

⁴ John Lewis, *Law of Eminent Domain* (Chicago: Callaghan & Co, 1888) es generalmente apreciado por ser el primero en usar la metáfora “bundle of sticks” (“uno más del montón” en la traducción).

⁵ David Schmitz, “The Institution of Property,” *Social Philosophy and Policy* 11 (1994) 42-62, es mi primer intent por integrar este punto. Agradezco a Oliviero Angelí por llamarme la atención respect de este argument tan convincente para el punto: Thomas W. Merrill, “Property and the Right to Exclude,” *Nebraska Law Review* 77 (1998) 730-55.

dueño.⁶ Así es como Calabresi y Melamed analizan las maneras de darle su merecido a los derechos de propiedad.

La quinta enmienda de la Constitución de Los Estados Unidos especifica que la propiedad privada no puede ser expropiada para uso público sin una justa compensación. En términos de Calabresi y Melamed, la quinta enmienda (*Takings Clause*) afirma que incluso cuando el interés público está por encima de la propiedad privada, y por lo tanto de la protección otorgada por el derecho a la propiedad, esto no quita la protección que brinda la regla de la responsabilidad, por lo que se le debe pagar una justa indemnización.⁷

La justificación detrás de proteger a la propiedad con *reglas de propiedad* es que cuando se protege sólo con reglas de responsabilidad a un recurso, el control de ese recurso para todas las cuestiones prácticas, está concentrado en los burócratas y éstos son los que deciden cuándo algo es de interés público o no, y suelen cometer errores a expensas de otros.

Una justificación para las *reglas de responsabilidad* es que a veces es muy costoso, y hasta casi imposible, no afectar la propiedad de alguien. En el caso del derecho de daños (torts), la afectación al interés protegido ya ha ocurrido y la pregunta es cómo deshacer el error mientras se reconoce que la afectación fue accidental y no deliberada. (Una regla de propiedad requeriría que obtuviéramos el permiso de cada dueño antes de imponernos o de generar un riesgo. En cambio, una regla de responsabilidad permite compensar a los dueños luego y si es que ha habido accidentalmente un daño). Una justificación para la *regla de inalienabilidad* es que hay formas de propiedad tan fundamentales, que hasta podríamos dejar de ser personas si llegásemos a vender estos derechos. Podríamos, por ejemplo, creer que mi riñón o mi voto son de mi propiedad y por lo tanto vendibles, pero al prohibir su venta los estamos tratando como derechos inalienables.

⁶ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral," *Harvard Law Review*, 85 (1972): 1089-1128.

⁷ En el fallo *Del Webb c. Spur Industries* (1972), el desarrollador inmobiliario Del Webb demandó a su vecino, que operaba un feedlot, argumentando que dañaba el valor del terreno y que la convivencia era desagradable por molestias ocasionadas. *Spur Industries* operaba en la zona mucho antes de que *Del Webb* llegase, cable aclarar que gracias a los precios bajos fue que *Del Webb* pudo comprar el terreno. Un principio básico del *common law* es que si una parte elige ir hacia la molestia, como sucedió en este caso, ésta no tiene derecho a reclamar. Sin embargo, el juez sostuvo que los clientes del actor es el público en general, y que estos terceros tienen derecho a vivir en una zona libre de molestias y posibles peligros, por lo que el juez falló a favor de *Del Webb*. Sin embargo, el juez ordenó a *Del Webb* compensar a *Spur Industries*. El juez juzgó que, si bien se falló a favor del actor, fue así debido a un interés general en juego. Por lo tanto, si *Spur Industries* es forzado a irse se le debe pagar una justa indemnización ya que su derecho está protegido por una regla de responsabilidad y no una de propiedad. Interesantemente, el caso se resolvió dentro del mes en que se publicó el artículo de Calabresi y Melamed.

II. Administración del Tráfico

Los terratenientes usan rejas para notificarle al mundo que se reservan el derecho a decir que *no*. La finalidad de las rejas es molestar. ¿Por qué querríamos crear estos obstáculos? Para ver por qué, consideremos la siguiente metáfora: los derechos son como las luces del semáforo.⁸ Una simple libertad es como una luz verde. Un derecho en su expresión más amplia sería una luz verde con su correlativa luz roja.

Los semáforos facilitan el movimiento del tráfico, no tanto con las luces verdes sino más bien con las rojas. Sin semáforos todos tenemos una luz verde, pero en algún punto el tráfico incrementa hasta que tenemos un embotellamiento. En cambio, en un sistema en donde nos turnamos; luz verde para vos mientras que para mí hay luz roja, es un sistema que nos aleja del camino del otro, evita embotellamientos. Claro que el sistema en sí se pone en nuestro camino cuando a nosotros nos toca una luz roja, pero en conjunto todos ganamos ya que desarrollamos expectativas mutuas que nos permiten llegar más rápido y más tranquilamente a nuestro destino.

Gracias a esto, podemos ver que la razón por la que no queremos muchos derechos es la misma razón por la que no queremos tener luces rojas cada quince metros. Queremos un conjunto de luces limitado que permitan a los conductores saber qué esperar de cada uno y, por lo tanto, llegar del punto A al punto B con una interferencia mínima. Metiéndose en nuestro camino, los semáforos bien puestos tanto como los derechos de propiedad bien puestos, nos liberan y nos ayudan a mantenernos fuera del camino del otro.⁹

Tráfico Comercial

El tráfico *comercial* consiste en personas coordinando, en un sentido estricto, para realizar proyectos juntos. En un sentido más amplio, consiste en personas tratando de mantenerse fuera del camino del otro mientras persiguen sus respectivos proyectos. Para coordinar en un sentido amplio, las personas necesitan entendimientos comunes respecto del derecho de *daños* y de la propiedad. Para coordinar en un sentido estricto, las personas necesitan un entendimiento común de su derecho a decir que no y también acerca de las nuevas obligaciones creadas por su derecho a decir que sí. Por lo tanto, las personas necesitan un entendimiento común acerca de contratos como también acerca del derecho de *daños* y propiedad.

⁸ Ver David Schmidtz and Jason Brennan, *A Brief History of Liberty* (Oxford: Blackwell Publishers) 2010.

⁹ Cuando hablo de poner a las personas en una posición tal en la que puedan saber qué esperar del otro, parecería privilegiar el status quo. Tengo dos posturas acerca de eso. La primera es acerca de la mal colocada preocupación acerca de privilegiar el status quo. La segunda, es que empezamos desde donde estamos y analizamos lo que nos cuesta movernos desde acá.

Si las personas fuesen ermitaños, vivir bien involucraría ser autosustentable en un sentido literal. A medida que el comercio empiece a emerger, lo que es otra manera de decir que la comunidad florece, emerge con ellos la posibilidad de ser autosuficiente. No por producir lo suficiente como para cumplir con las necesidades de uno, sino que basta con producir lo suficiente como para cumplir con las necesidades de los otros. Los miembros de la comunidad de los cuales creemos que son más o menos autosuficientes generalmente no están cerca de producir todo lo que ellos necesitaran para cubrir sus necesidades (en la manera en que un ermitaño debería hacerlo). Ni siquiera tratan de cubrir sus propias necesidades. En cambio, van al mercado y ofrecen sus productos y servicios a otras personas y luego de un día de trueque vuelven a sus casas con suficiente comida para sus familias sin haber producido ellos un grano de comida.

Sin embargo, las personas cooperan solamente si establecieron y aceptaron los términos mutuamente. Las posibilidades de cooperación se multiplican cuando las personas se vuelven capaces de dar sus palabras y crear mutuas expectativas (y cumplir con ellas). Poder contar con el otro, hace posible el estado de derecho. Lo que permite a las personas confiar en el otro incluso más todavía, generando que se deje de lado la idea de ser autosuficiente por una idea de especializarse en una actividad y tratar de ayudar y mejorar a mis vecinos. Por lo tanto, la división del trabajo expande la oportunidad de conseguir más servicios y de ofrecer a más gente los propios. En una sociedad comercial avanzada, uno puede producir para clientes que puede que nunca conozca. Sin embargo, uno se las ingenia para coordinar con ellos cerciorándose de que el producto se vende a un buen precio. Alguien en algún lugar simplemente estima si un producto vale la pena y eso es lo único que un simple productor necesita saber. Estas son las bases de la sociedad y la prosperidad modernas (las cuales ni siquiera estaban pensadas hace menos de un siglo atrás).

III. Límites a un Sistema Funcional de Propiedad

El derecho a decir que *no* es riguroso, pero no absoluto. Según William Blackstone, la propiedad es el “dominio exclusivo y despótico que una persona reclama sobre las cosas, en total exclusión del derecho de otra persona en todo el universo sobre las mismas.”¹⁰ En la práctica, en el derecho anglo-americano los derechos de propiedad siempre fueron cercados con restricciones. El dominio al que Blackstone se refiere es real, pero limitado con servidumbres, pactos, leyes que protejan el uso pacífico al dueño, leyes de zonificación, decretos regulatorios, y la moral y las buenas costumbres.

¹⁰ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Chicago: University of Chicago Press, 1979, 1st published 1765) Book II, Chapter 1.

El derecho a decir que *no* es una estructura institucional que agiliza a la comunidad facilitando el comercio en su sentido más amplio. Cuando las personas tienen el derecho a decir que *no*, y retirarse, luego no pueden permitirse no poder retirarse. Sí pueden permitirse confiar en el otro. Es decir, que pueden permitirse vivir cerca y producir, comerciar y crecer económicamente, sin miedos. El derecho a decir que *no* les permite a las personas ir al mercado y celebrar los frutos de su productividad. Las personas no van al mercado a menos que estén confiados en que van a sobrevivir el viaje (o al menos que realizar el viaje sea más seguro que quedarse en casa). Eventualmente, los productores no sólo realizan el viaje, sino que empiezan a sentirse tan cómodos y seguros que lejos de ocultar el valor de sus productos (para disminuir el riesgo de robos), los publican abiertamente. Están en un punto en donde en vez de necesitar ocultar sus productos, necesitan leyes que les impida elevar el valor de sus productos. Cuando esto ocurre, se ha producido una especie de milagro. La sociedad ha progresado tanto que es posible asegurar una expectativa de que lo que producimos va a ser transferido sólo si hay consentimiento.

Sin embargo, el derecho a decir que *no*, no es un arma de destrucción masiva. Es una herramienta cuyo propósito es facilitar el comercio, no evitarlo, por lo que no debe colocar a las personas en una situación de estancamiento. El derecho a decir que *no*, permite negarse a participar en una transacción, no prohíbe a la gente en general a comerciar. Por ejemplo, en muchos casos, los jueces han tenido que afirmar que los dueños tienen el derecho a excluir, de poner un cartel de “no pasar” (considerada la esencia del derecho de propiedad). Volar a gran altitud por el terreno de alguien, ¿cuenta como violar la propiedad privada? En el caso *Hinman vs. Pacific Air Transport*, un propietario, Hinman, demandó a una aerolínea (Pacific) por violarle su propiedad privada. Hinman quería que el tribunal local le confirme su derecho y prohíba a la aerolínea volar por sobre su propiedad.

El tribunal estaba frente a una situación difícil ya que el derecho a decir que no es de importancia medular para el sistema de propiedad, y este sistema es medular para la cooperación en una sociedad. A la vez, uno de los fines del sistema de propiedad es facilitar el tráfico comercial, por lo que un fallo a favor de los terratenientes pondría una luz roja al emergente tráfico comercial. Esto generaría un estancamiento en vez de facilitar el comercio. Por lo tanto, el juez tuvo que encontrar una manera de fallar a favor de las aerolíneas sin desestabilizar todo el sistema de propiedad. El juez estuvo buscando varias verdades: acerca de qué marco institucional permite a las personas vivir bien juntas, acerca de qué permite a las personas ocuparse de sus propios problemas, y acerca de qué facultaría a las personas a para poder tenerse como prisioneras sin otorgarse ningún tipo de poder o incentivo de modo que se pueda hacer una contribución positiva.

El veredicto del tribunal para el demandado, dio lugar a la interpretación de que respecto del tráfico aéreo había una especie de servidumbre aérea que en teoría era pública, pero en la

práctica era administrada por el gobierno federal. Esto no es muy diferente a los que sucede con el resto de las servidumbres. El derecho a excluir no fue alterado en tierra.

Podría decirse que el tribunal en el fallo *Hinman* descubrió algo así como un derecho natural. El tribunal estaba tratando de encontrar algo para fundar su decisión, y lo que encontró estaba más cerca de las leyes naturales que de alguna otra legislación. El tribunal estaba tratando de discernir entre las leyes y la economía de la coordinación humana –dándose cuenta de que el objeto del estado de derecho es permitir a las personas prosperar y que, como prerrequisito básico para ello, se necesita que las personas puedan producir y comerciar. Además, la industria aeronáutica en esa época era algo revolucionario que prometía mucho, tanto para la producción como para el comercio. El juez también se dio cuenta de que si se le daba a cada dueño el derecho de tratar a cada aerolínea como un intruso, iba a perjudicar muchísimo al tráfico aéreo generando en las aerolíneas la necesidad de negociar con todos y cada uno de los dueños.¹¹

La demanda fracasada del actor estaba fuertemente basada en el concepto de *ad coelem*, un antiguo dictamen romano que sostiene que “aquel que sea dueño de la tierra es dueño de ella hasta el cielo”. ¿Era relevante este dictamen respecto de las preguntas acerca de los aviones sobrevolando a gran altitud los dominios de alguien? Antes del advenimiento del transporte aéreo no había habido problemas. No había sido necesario un debate filosófico al respecto, ya que no era concebido como un posible problema. Sin embargo, cuando se empezó con el transporte aéreo alguien tenía que decidir qué hacer con el dictamen. En otras palabras, alguien tiene que descubrir que es lo que *ad coelem* y el derecho a decir que *no* conllevan, como para poder ser parte de un sistema que ayuda a las personas a vivir juntas.

Para ser claro, debería ser extraño que los jueces den un paso hacia atrás para ver para qué está el derecho de propiedad. Supuestamente la propiedad define lo que está dentro de la jurisdicción de cada uno. Si está definido que X es de tu propiedad, entonces vos decidís la finalidad de X. Cuando al final del día llegamos al estacionamiento, vos manejas *ese* auto y yo manejo *éste*, y punto. Cuando la institución funciona bien, no se necesita ninguna discusión. Los jueces son forzados a mirar hacia atrás y preguntarse para qué sirve la propiedad sólo cuando la institución no está funcionando correctamente –cuando las partes en un conflicto se hacen preguntas acerca de algo que la institución no tiene respuestas todavía-.

Un pensamiento más acerca de los límites prácticos de la propiedad: no es parte de la teoría liberal clásica que el derecho a la propiedad implica un deber correlativo de hacerse a un lado y morir antes que violar la propiedad de alguien. Para que el sistema sea lo suficientemente estable como para durar, respetar el sistema debe ser una buena opción para todos, incluidos

¹¹ Schmidtz, “Property and Justice,” *Social Philosophy & Policy* 27 (2010) in press, discute el caso *Hinman* como un ejemplo de decisiones manejadas por costos de transacción –particularmente los costos (transporte, embalaje, publicidad, etc.) de hacer llegar un producto al mercado y luego a los consumidores- a niveles manejables.

aquellos que llegan tarde a la primera ola de apropiadores.¹² Para que respetar el sistema sea una buena opción para todos, debe ser cierto que todos tienen una buena opción respecto de cómo ganarse la vida dentro del sistema.

IV. Justicia: El Mal Camino

Hay una consideración clave en donde la metáfora del semáforo subestima radicalmente los beneficios de un régimen de propiedad exitoso. Los verdaderos semáforos funcionan bien cuando las personas simplemente se las arreglan para salir del camino del otro, sin embargo, el tráfico comercial debe pasar un examen mucho más riguroso. El tráfico comercial apunta no sólo a estar libre de *accidentes*, sino que tiene que acercar a las personas. El aumento del tráfico comercial es una bendición, no un obstáculo. El gran secreto del progreso y la prosperidad es la cooperación de multitudes.

Multitudes, pero no necesariamente todos, de hecho no todos al mismo tiempo ni al mismo nivel. Entonces, uno podría razonablemente preguntarse qué pasaría con los peatones. ¿Dónde está el beneficio para ellos? La respuesta es que no todos los posibles conductores obtienen un auto en el mismo día, pero la idea detrás del tráfico comercial es producir y dispersar los medios de participación en el mercado.¹³

El tráfico comercial –el movimiento y el cambalache de las multitudes– es el alma de la comunidad, permitiendo a los niños crecer y convertirse en *conductores*. Garantizar que todos obtengan un auto en el mismo día o a la misma edad no es el punto. Si en cambio insistiésemos con un principio distributivo como “nadie obtiene un auto, una computadora o un trasplante de riñón hasta que haya suficientes como para garantizarle uno a todos y al mismo tiempo”, generaríamos un tipo de luz roja que causaría un estancamiento y paralización del progreso. Este tipo de luz roja no tiene lugar en el sistema de manejo del tráfico de una sociedad, no tiene lugar en el sistema de propiedad. Por lo tanto, no tiene lugar entre los principios de justicia, porque ese tipo de luz roja no puede coexistir con personas que tienen motivos para vivir en esa comunidad.

¹² El proviso lockeano sostiene que la apropiación originaria es legítima si se deja suficiente y de la misma calidad para los que vengan después. Mi discusión acerca del proviso en Schmidtz (1994) discute que para el beneficio de los que vengan después, la apropiación originaria es requerida. De esta manera, se evita una tragedia de los comunes y obtenemos un juego de suma positiva en donde el derecho a excluir permite a los dueños conservar los recursos para las generaciones futuras.

¹³ La edad sería uno de los mejores predictores demográficos de los dueños de autos. También lo es la acumulación de capital, ya que se necesitan años para acumular capital, incluso en los trabajos mejor pagos.

Una manera familiar de teorizar acerca de la justicia y la propiedad empieza con una teoría ideal. Esto significa que asumimos un mundo con perfecta conformidad y luego decidimos qué principios de justicia debería haber en ese mundo. Algunos, por ejemplo, empiezan con intuiciones acerca de cuánta inequidad permite la justicia, formulan una teoría suscribiendo esas intuiciones, luego infieren qué tipo de redistribución es necesaria para mantener vínculos de distribución de riqueza a medida que éstos evolucionan. Luego, nuestra tarea como filósofos morales, en la medida en que les entreguemos el resultante problema de acatamiento a los expertos para su implementación, está terminada. Que ellos investiguen cuánta policía hace falta o qué poderes legales se necesitan para implementar esta justicia. En síntesis, una manera es hacer la filosofía primero y reservarse la ciencia social para después.

Otra manera de hablar de justicia, empieza por asumir que la justicia es algo que tiene razones para ser tomada en serio y luego trata de especificar cuáles son esas razones. (La razón no es que los Anglo parlantes arbitrariamente pronuncian el sonido “justicia” cuando se refieren a ella. Una razón real es algo que realmente nos importa. La justicia marca nuestras vidas tanto que hace que vivir en una sociedad justa sea mejor que vivir en una sociedad injusta. Si intercambiásemos algo de lo que llamamos *utilidad* por el bien de lo que llamamos justicia, sería porque tenemos una buena expectativa de que el mundo sería un lugar mejor –mejor en el sentido de que no presupone concepciones debatibles de justicia-). Hablamos de las personas como realmente lo son. Aún cuando tenemos una razón para imaginar nuestra discusión ocurriendo detrás de un velo de ignorancia, hablamos sobre los principios para las personas como en realidad lo son. No imaginamos agentes cuya conformidad puede ser dada por sentado (¡sin importar los principios que imaginamos que elegirían!). La primera virtud de las instituciones sociales es que ayudan a los humanos a vivir juntos y a conseguir sus necesidades. Incluyendo la necesidad de tratar con el hecho de que la conformidad es una variable altamente sensible a los detalles de las instituciones en donde viven y los detalles sobre los principios por los cuales deben vivir. Nos damos cuenta de que los agentes racionales no van a elegir principios en los cuales agentes reales –especialmente los agentes más avanzados, de cuya productividad somos más dependientes- predeciblemente no van a obedecer. (¿En base a qué principios vivirías en un mundo en donde la gente decide en base a qué principios alguien viviría y en donde se puede dar por sentado que el resto verá la decisión de manera diferente?). Luego de semejante imagen seguimos adelante mencionando los supuestos principios de justicia. Si es que tenemos alguna razón para tomarlos en serio (alguna razón moral, económica, etc.), debemos encontrarle -facilitarlo más que frustrarlo- su lugar dentro de las crecientes y buenas instituciones, incluso las instituciones de propiedad. Antes de formular principios de justicia, debemos sacar conclusiones respecto a qué principios son compatibles con el crecimiento de las instituciones, normas y expectativas por las cuales la gente va a vivir si es que van a vivir juntos y en paz. Entonces, si un supuesto principio de justicia (como ser “la gente no debería pagar para obtener sus necesidades básicas”) descarta el uso de los precios como mecanismo para la distribución de pan, cuando el mecanismo de precios es el único sistema para distribuir el pan sin

generar hambruna, entonces sabemos que no tenemos ni un deber ni un derecho para imponer ese principio de justicia a nuestros colegas ciudadanos.

Generalizando el punto, lo que sea que llamemos justicia tiene que ser compatible con la prosperidad de la gente, lo que significa que tiene que ser compatible con el sistema de propiedad que es el que permite a la gente prosperar. Si lo que elegimos llamar justicia no es compatible, entonces no tenemos ninguna razón y ciertamente ningún derecho en llevar adelante esta presunta justicia.

V. Justicia: El Buen Camino

En el caso *Hinman*, la naturaleza y valor del tráfico comercial asentó la pregunta acerca de dónde poner los límites de los derechos y de la justicia, y no al revés. El juez Haney estaba tratando de tomarse los derechos seriamente y lo consiguió. Su veredicto nos dejó un sistema de derechos para tomar en serio. Él tomó un sistema que se había vuelto obsoleto, ya que no tomaba en consideración al tráfico aéreo, y en una manera predecible y dirigida a sectores específicos hizo del sistema una mejor solución al problema en particular.

Ser un buen juez es ser bueno resolviendo conflictos. Para un juez, parte de lo que significa ser bueno resolviendo conflictos es ser bueno emitiendo veredictos que resuelvan las disputas y dejando a las personas con una mejor idea de qué esperar del otro como para poder evitar disputas similares en el futuro. Cuando los tribunales funcionan bien, son rápidos, justos, flexibles y concretos. Sus sentencias sirven de combustible para las decisiones de futuros tribunales y futuros conflictos (es una metáfora, podemos sacarla si querés).

Las partes, y el pueblo en general, operan con una concepción comprensiva del bien que puede ser, al fin y al cabo, razonablemente rechazado por el resto. No deberíamos pedir disculpas ni preocuparnos por el hecho de que nuestras concepciones del bien pueden ser rechazadas. Tenemos razones para pedir perdón sólo cuando nuestras concepciones son tales que las personas alrededor nuestras estarían mejor sin nosotros. Una sociedad liberal exitosa y un juez exitoso ponen a las personas en una posición tal que las diferentes concepciones sobre el bien no los dejan en una situación inferior –que las personas no vayan en busca de su concepción del bien a costa de otros–.

Si los principios de justicia tienen que ser compatibles con que la gente consiga lo que necesita, entonces, los principios de justicia tienen que ser compatibles con las personas resolviendo sus conflictos a medida que surjan: siguiendo sus vidas sintiendo que han sido respetados como las personas diferentes que son, sin tener que ser fuertemente controladas. Si un supuesto principio de justicia excluye lo que las personas deben hacer para coordinar expectativas, internalizar externalidades, y asegurar sus posesiones lo suficiente como para encontrar maneras para

satisfacer a sus clientes, entonces la gente tiene seguir buscando un principio de justicia que puedan costear. Por analogía, si un supuesto principio de justicia excluye lo que las personas necesitan para cumplir con su régimen alimenticio, entonces necesitan encontrar un principio de justicia con el que puedan vivir.

Políticos Como Plomeros

Stephen Holmes y Cass Sunstein suponen que “las personas no pueden llevar a cabo vidas decentes sin contar con un cierto nivel de comida, refugio y cuidado médico”. Pero el llamado desesperado a la asistencia pública puede no llevarnos muy lejos. En una sociedad justa se aseguraría que todos los ciudadanos cuenten con alimentos, refugio; trataría de garantizar cuidado médico adecuado; se esforzaría por brindar buena educación, trabajos y un ambiente saludable”¹⁴

Podemos brindar dos respuestas a esta suposición. Primero, supongamos que se concede el hecho de que la manera correcta de evaluar una sociedad es preguntando si ésta faculta y permite a las personas llevar una vida digna y decente en conjunto. ¿Cómo podríamos entonces evaluar a los plomeros? Podríamos hacer el mismo tipo de preguntas, particularmente si es que los plomeros nos dejan en una situación mejor. Sin embargo, no usaríamos esa pregunta como modelo para la descripción del trabajo de plomero (el hecho de dejarnos en una situación mejor que sin plomeros). Una descripción del trabajo sería más acotada y tendría algo que ver con la plomería. Entonces, supongamos que llamamos a un plomero para que repare una canilla, pero no le entregamos al plomero el trabajo de proveernos de comida, refugio y cuidado médico. Entonces, ¿estaríamos fallando en tomarnos el pedido desesperado de asistencia pública en serio? No. Simplemente reconocemos que la descripción del trabajo del plomero –arreglar esa canilla, y por consiguiente dejarnos mejor que antes- simplemente no abarca todo. Tampoco debería abarcarlo. ¿Por qué no? Porque si los plomeros tuviesen que tomarse el trabajo de proveernos con comida, la calidad y cantidad de comida decaería. Entonces, si nosotros el pueblo decidimos no entregarle cierto trabajo al plomero, o a un político, puede ser porque estamos fallando en ver qué tan importante el trabajo es. Sin embargo, probablemente decidimos no entregar un trabajo precisamente porque *sí* vemos qué tan importante es.

Garantías

Mi segunda respuesta es que, como Holmes y Sunstein sostienen, las personas necesitan comida, refugio y ocasionalmente medicinas. Sin embargo, ellos arriban a la falsa conclusión de que si se

¹⁴ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York: W. W. Norton and Company (1999) 120. Énfasis agregado.

necesita comida, entonces va a necesitarse que el gobierno pueda garantizar esa comida.¹⁵ La justicia no requiere que las personas esperen en fila por la comida que provee el gobierno. Tampoco requiere que el gobierno intervenga en el proceso por el cual las personas figuran mejores maneras de proveerse a ellos mismos y a sus comunidades de comida. Ni tampoco garantiza que los ciudadanos vayan a tener que pagar el precio de cumplir con las necesidades de otros, pero no las suyas.¹⁶

Las personas que exigen el cumplimiento de estas garantías deberían frenar y preguntarse si esto que quieren -en las manos de la administración pública- pondría realmente a las personas en una mejor posición. ¿Garantizan estas garantías una mejor posición? ¿Por qué no tenemos esto como prerrequisito para tener algún derecho a otorgar garantías?

Mejor aún, ¿por qué no necesitamos estar seguros de que otorgar estas garantías no va a dejar a las personas pobres en una situación peor? Si las garantías son tan importantes, deberíamos pedir esta última garantía primero y luego de obtenerla pedir el resto.

En vez de tener a la vista las garantías oficiales, deberíamos tener a la vista el patrón de resultados reales, y, una vez visto estos patrones, deberíamos aprovechar lo visto. Para empezar, podemos medir los logros que puede obtener una sociedad. Por ejemplo, la expectativa de vida. En 1900 la expectativa de vida en los Estados Unidos era de 47 años para varones blancos y de 33 para varones negros. Para el año 2000, la expectativa de los varones blancos fue de 75 años y la de los varones negros de 68 años¹⁷. Este es un logro inmenso para las sociedades. Que el gobierno de Estados Unidos haya garantizado alguna vez que los ciudadanos iban a vivir mucho queda fuera del punto. Lo que sí garantizo, más o menos, es que la sociedad iba a permanecer como un lugar para experimentar. Los valientes y los mejores correrían los riesgos. A menudo fracasarían y sus bienes serían liquidados, pero sobrevivirían, se recuperarían del golpe y volverían a intentarlo. Muchos triunfarían, llevando a su país y a su planeta al siguiente nivel de aspiraciones y progreso.

¹⁵ Repitiendo el dicho de Holmes y Sunstein, Liam Murphy y Thomas Nagel “pocos negarían que cierta cantidad de bienes públicos positivos, como el alfabetismo universal y un medio ambiente protegido, que no pueden *garantizarse* privadamente, requieren intervención del gobierno” (The Myth of Ownership, New York: Oxford, 2002, 6, énfasis agregado).

¹⁶ Si hubiese una cosa respecto de la cual las personas necesitan la intervención del gobierno, sería la de darle poder al derecho a decir que no. El derecho a decir que *no* no tiene poder si el gobierno no trata a la propiedad de la manera adecuada.

¹⁷ Ver <http://www.elderweb.com/home/node/2838>, citando U.S. Census Bureau’s Current Population Reports.

La base de la prosperidad es la productividad, y las sociedades productivas fueron siempre las que no abusaron de las garantías¹⁸.

VI. No Necesitamos Un Destino Común

He hablado sobre evaluar las instituciones que regulan la propiedad y la clasificación de los principios de justicia en base a si estos nos ayudan a vivir mejor en una comunidad. No hace falta decir que un filósofo querría saber a qué me refiero exactamente con vivir mejor en una comunidad. He abordado el tema en otro lado y me resisto a discutirlo nuevamente aquí.¹⁹ Simplemente voy a decir que si nos preguntasen si los plomeros nos ayudan a vivir juntos, podríamos contestar que “en lo que respecta a plomería sí nos ayudan a vivir mejor”. La indeterminación filosófica sobre lo que significa *vivir bien* no nos causaría ningún problema en esa circunstancia. ¿Por qué no? En parte, debido a que esa es una cuestión ordinaria, señalando un contexto en donde el rigor filosófico no es deseado ni útil. Sabemos suficientemente bien lo que las palabras significan como para no tener problemas con ellas en una conversación ordinaria. Otra parte de la explicación, es que los plomeros contribuyen concretamente a la sociedad. Sabemos en qué contribuyen y sabemos que las contribuciones de plomeros honestos son directamente positivas, incluso si son limitadas. Si nos preguntásemos si los semáforos nos ayudan a vivir mejor, también tendría una respuesta directa. Los semáforos bien ubicados y que funcionan bien sí ayudan a los conductores a vivir mejor. Lo mismo podría decirse respecto de los derechos de propiedad.

Lo que significa prosperar –llegar a destino- es indeterminado por la teoría, pero las comunidades encuentran y definen los detalles. Sin embargo, la comunidad no prosperará a menos que juntos encuentren un sistema que no requiera el consentimiento en los detalles. Para progresar, las personas necesitan estar de acuerdo en quién tiene la jurisdicción, es decir, quien da las indicaciones. El fin de los derechos de propiedad es definir quién es el que tiene el derecho a dar las indicaciones. Esta parte de la explicación acerca de por qué las sociedades liberales son lugares en donde aumenta la prosperidad (y también por qué las medidas de prosperidad tienden a ser controversiales).

Para teorizar productivamente respecto de la justicia, debemos considerar lo que requiere la gente para prosperar en la comunidad. Sin embargo, un juez no necesita saber todas las facetas

¹⁸ Intentar erradicar el analfabetismo mundial es una cosa. Intentar erradicar el polio es una cosa. Estoy abierto a argumentos acerca de los cuales estos intentos son conjuntamente legítimos. Incluso a un costo elevado. Aun así, el intento en sí es una cosa. Las garantías no son necesarias ni suficientes.

¹⁹ David Schmitz, *Rational Choice and Moral Agency* (Princeton: Princeton University Press, 1995), Chapter 7.

de un ideal genuino para decir algo acerca de la justicia en un caso determinado. Todo lo que el juez necesita saber es que el manejo del tráfico aéreo comercial es un prerrequisito para llegar al ideal, en una interpretación non petitiio-principii. También necesita saber que algunos derechos de propiedad son un prerrequisito para el efectivo control del tráfico comercial. Un juez debe entender que los litigantes llegan a los juzgados con su propia visión de lo que es *vivir bien*. Usualmente las visiones son: “nunca debe saber los detalles de las visiones”. Pero en los casos difíciles el juez sí debe tener en mente que el trabajo del tribunal es clarificar los derechos de una manera tal que los litigantes puedan seguir su camino en busca de su visión sin conflictos y asistidos por una sentencia que les clarifica el camino de manera tal que ellos pueden saber qué esperar del otro. En términos metafóricos, necesitamos saber que nuestro sistema de manejar el tráfico está ayudando a las personas a llegar sanos y salvos a su destino. No necesitamos saber o evaluar los detalles de a dónde quieren ir, y además estamos en una mejor posición viviendo en sociedades en donde los burócratas no intentan micro-manejar nuestras elecciones de destinos.

Para resumir, en términos concretos, cuando un sistema de propiedad funciona, permite a las personas vivir *buenas* vidas porque les permite resolver un conjunto de problemas importantes:

1. Coloca a las personas en posición de producir.
2. Coloca a los productores en una posición para comerciar
3. Fomenta la destrucción creativa alentando a las personas a experimentar y a dejar de lado los experimentos que no funcionan, y a adquirir y transmitir la información acerca de qué experimentos funcionan y cuáles no.
4. Limita las externalidades. Es decir, provoca que las personas soporten los costos y beneficios de sus propios experimentos por lo que ayuda a que la sociedad progrese. Casi siempre esto va a significar un régimen mixto en donde pedazos de propiedad van a estar en manos del público pero cuyos medios de producción están en manos de privados. Esta clase de régimen mixto ha sido probado en reiteradas ocasiones, y por conocidas razones, simplemente funciona mejor.²⁰
5. Limita los costos de transacción. El sistema debe permitir a los productores tomar medidas para minimizar el costo de ubicar su producto en las manos de los consumidores. Las calles deben ser buenas, los impuestos no deben prevenir el comercio con proveedores extranjeros, etc.

²⁰ Carol Rose, “Possession as the Origin of Property,” *University of Chicago Law Review* 52 (1985): 73-88. Carol Rose, “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property,” *University of Chicago Law Review* 53 (1986): 711-87. Elinor Ostrom, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

6. Permite a los productores crecer en sus negocios. Les permite armar proceso de producción tal que explotan las posibilidades productivas incrementando la división del trabajo y las economías de escala.

Los derechos de propiedad no hacen todo por nosotros, no hacen más que lo que hacen los semáforos o los plomeros. Los semáforos no curan el cáncer (aunque si nos ponen en una posición de investigar acerca del cáncer). Los derechos de propiedad no ayudan a asegurar nuestras posesiones lo suficiente como para que sea seguro ser parte de una comunidad. Es mucho, pero no es todo.

VII. Conclusión

Al menos en los casos complicados, en donde los jueces no apuntan solamente a aplicar los principios de justicia, sino que los integran, a veces por primera vez, ellos deben tomar decisiones acerca de dónde trazar los límites y en el proceso decidir ver si se falla a favor de uno o de otro. Los detalles de la justicia en un determinado tiempo y lugar no pueden ser especificados por la filosofía barata. La sustancia de la justicia en un determinado tiempo y lugar exhibirá un cierto grado de dependencia del camino. Será en parte, un producto del resultado de las presiones generadas en la resolución de un conflicto. Podríamos ver eso como un asunto epistemológico – diciendo que hay verdades eternas que se aprenden en los tribunales. También podríamos interpretar al asunto como metafísico: no hay una verdad sobre una cuestión hasta que un litigante fuerce la cuestión, creando la necesidad de que haya un veredicto y una verdad en donde anteriormente no había. Ciertamente, hay veces en donde no hay únicamente una verdad determinante acerca de lo que el derecho debe ser. (A veces, los veredictos parecen estar decidiendo si las distancias se van a medir en millas o en kilómetros, o si las personas deben manejar por la izquierda o la derecha. El razonamiento abstracto no nos dice si hay que manejar por la izquierda o por la derecha. En cambio, observar como las personas hacen las cosas en un determinado tiempo y lugar, sí). La única verdad definida es que alguien necesita decidir, de alguna manera u otra, para que las personas puedan continuar con sus vidas con una mejor idea de qué esperar del otro.

La propiedad es de alguna manera convencional, pero eso no es llamarla arbitraria. Podemos decidir arbitrariamente manejar por la derecha en vez de por la izquierda, pero una vez que se tomó la decisión, decidir respetar la convención de manejar por la derecha no es arbitrario. Las convenciones de la propiedad son aún menos arbitrarias. Hay razones convincentes (aun si no son universalmente decisivas) para tratar al productor como dueño del cultivo antes que, por ejemplo, atar la propiedad al próximo que agarre el trono, o el próximo que introduzca una enfermedad a los cultivos.

Los derechos de propiedad no hacen todo, pero si pueden hacer mucho. Pueden estructurar las oportunidades de las personas y los incentivos como para que lo más redituable sea ayudar a las personas de la comunidad. La clave para el crecimiento explosivo es simple: ubicar a las personas en una situación tal en donde la manera que pueden mejorar su vida sea descifrando una mejor manera de mejorar la vida de las personas a su alrededor.

La teoría no-ideal, en la filosofía moral y social, es un proyecto que involucra teorizar acerca de cómo las reglas y principios evolucionan en respuesta a la evolución de los nuevos problemas y de cómo se pueden formular esas reglas para que sean implementadas a través de instituciones de manera tal que puedan evolucionar. Este ha sido un trabajo en el *cómo* y *por qué* de la teoría no-ideal. En particular, cómo y por qué los principios de propiedad vienen primero y los principios de justicia segundos. Las convenciones de propiedad y las leyes de propiedad a medida que se van desarrollando con las resoluciones caso por caso, tienen a convertirse en un excelente ejemplo de cómo mediar conflictos por generaciones. Pueden ser imperfectas, reteniendo vestigios de adaptaciones a problemas antiguos que ya no existen. Sin embargo, siguen funcionando coordinando expectativas y haciendo más fácil la vida en común.