



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

AUTOR: VALENTINA AVENDAÑO GODOY.

MEMORIA PRESENTADA A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE, PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADA EN
CIENCIAS JURÍDICAS CON MENCIÓN EN DERECHO DE LA EMPRESA.

PROFESOR GUÍA: RODRIGO BARCIA LEHMANN.

SANTIAGO, CHILE 2021.

ÍNDICE

RESUMEN DE LA OBRA	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: DERECHO DE PROPIEDAD.....	5
1.1 Naturaleza de la Propiedad	5
1.2 Función de la Propiedad	9
CAPÍTULO II: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	15
2.1 Importancia del Análisis Económico del Derecho de Propiedad	15
2.2 Teoría Económica de la Propiedad	18
2.2.1 Teoría de la Negociación	19
2.2.2 Teorema de Coase	21
2.2.3 El gobierno de los bienes comunes	25
CAPÍTULO III: LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CHILE	31
3.1 Constitucionalidad del Derecho de Propiedad	31
3.2 Chile y el desafío de una nueva Constitución	33
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41

RESUMEN DE LA OBRA

El análisis económico del derecho de propiedad es lo que lleva a desarrollar el presente trabajo, debido a la presencia de métodos propios de la economía que se aplica al razonamiento jurídico y que han hecho que sea el motivo de ahondar en temáticas que, en la sociedad, se convierte en un interesante tema a reflexionar. Lo anterior, debido a la importancia de reformular acerca de la eficiencia que cumplen las normas jurídicas en la vida, como también determinar cuáles son las mejores herramientas que aplicar para enfrentar las necesidades que surgen en la sociedad producto de la conducta humana y que son resueltas a través del ordenamiento jurídico.

La misión de este trabajo es poder analizar al derecho de propiedad desde la teoría de la economía y sus diferentes métodos aplicados en esta materia. Para poder llegar a ese efecto, primero se debe analizar el concepto de derecho de propiedad, su naturaleza y función, lo que permitirá determinar la importancia que cumple el análisis económico en esta área y la aplicación que tiene en el derecho chileno.

Este trabajo será tratado desde la investigación bibliográfica, puesto a su carácter dogmático o de la ciencia jurídica. Esto quiere decir que se deberán estudiar las normas sobre la materia para lograr una mejor comprensión de este.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto del estudio en el análisis económico acerca del derecho de propiedad. Para comenzar, se entenderá el concepto de propiedad del mismo modo en que es definido en el artículo 582 del Código Civil por Andrés Bello *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. / La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.”*¹. De la definición anterior, se destaca que se asimila al concepto de propiedad con el de dominio, como también, que es este dominio considerado como un derecho real que recae sobre una cosa corporal, cuestión que amerita mencionar que no excluye que el dominio o propiedad pueda recaer también en cosas incorporales². La Constitución Política de la República de Chile, establece, además, en su artículo 19 número 24 que el derecho de propiedad forma parte de las garantías fundamentales, de las cuales el Estado se compromete a asegurar y que, por lo tanto, recae sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

La norma de rango constitucional establece a la propiedad como una garantía de carácter general, debido al ejercicio que detentan todos los habitantes de la sociedad sobre este derecho. Sin embargo, a pesar de ser una garantía considerada como uno de los derechos sociales, este no es absoluto, y tiene presente la posibilidad de poder ser limitado o restringido cuando se vean dañados los derechos o garantías de terceros³. En relación con limitación, solo puede ser realizada a través de una ley general o especial que autorice la expropiación en los casos calificados por el legislador.

¹ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código Civil. [fecha de consulta: 01 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>.

² ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. La Propiedad. [fecha de consulta: 01 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>>.

³ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 02 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

Ahora bien, las situaciones que se encuentran en el hecho de que el derecho de propiedad no es de carácter absoluto y que, por tanto, no puede ser ejercido en contra de la ley o del derecho ajeno, se determinarán en el ordenamiento jurídico aplicable, aquellas situaciones que permiten el desarrollo de la esencia del derecho de propiedad, sin que sea un problema para la vida en comunidad.

Una vez establecido un concepto de lo que es la propiedad, dable es considerar que conforme al análisis económico lo que se busca es demostrar cómo frente a determinados aspectos, los seres humanos buscan asignar los recursos que existen frente a las distintas posibilidades, con el objetivo de lograr aumentar sus beneficios y reducir sus costos. El derecho al ser creado para regular la conducta humana lo que persigue entregar es una solución a las necesidades que enfrentan los hombres. Sin embargo, en conjunto a la economía se logra simplificar la complejidad de la realidad y alcanzar los fines esperados para la correcta vida en sociedad.

A modo de introducir al lector en el camino que transitará, el cuerpo de esta memoria comienza, en primer lugar, con el estudio del derecho de propiedad propiamente tal, su naturaleza y las funciones que cumple.

En el Segundo Capítulo, se abordará el tema del análisis económico del derecho de propiedad, determinando su importancia en la materia y lo que se conoce como la Teoría de la Negociación.

En el Tercer Capítulo, a través de lo observado en los dos capítulos precedentes, se tratará acerca del derecho de propiedad desde la perspectiva constitucional, debido a la vasta trayectoria que este derecho ha tenido a nivel constitucional y que es preciso abordar por el intenso periodo que vive Chile en la actualidad en la búsqueda de una nueva Constitución.

Finalmente, en el Cuarto Capítulo, se expondrán las conclusiones obtenidas durante el desarrollo del trabajo, que como se ha mencionado anteriormente, evidenciará la estrecha relación que pueden tener dos áreas de estudio diversas, es decir, el derecho y la economía.

CAPÍTULO I: DERECHO DE PROPIEDAD

1.1 Naturaleza de la Propiedad

El derecho de propiedad es una de las garantías fundamentales que contempla la Constitución Política de la República de Chile, considerándola como un derecho en su más amplio sentido, debido a que entrega legitimidad a sus habitantes en cuanto al ejercicio de esta garantía constitucional, estableciendo en su artículo 19 número 24 que la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Sin embargo, este no se trata de un derecho que contemple como característica el ser absoluto, puesto que en el mismo numeral se señala que en la eventualidad de que el dominio o la propiedad de uno afecte o transgreda el derecho de otro, éste puede ser limitado a través de una ley general o especial, la que, de todas formas, no puede afectar su esencia y que puede presentar la más importante de sus limitaciones, es decir, el caso de la expropiación. Eso sí, esta limitación podrá ser impuesta exclusivamente cuando se vea comprometida la utilidad pública o el interés nacional⁴.

No obstante, frente a la posibilidad de limitar el derecho de propiedad, siempre su titular tendrá la posibilidad de poder ejercer el denominado Recurso de Protección, acción cautelar que tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de esta garantía, la que forma parte de aquellas que son enumeradas de forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

La Carta Fundamental, trata a la propiedad no solo en su artículo 19 número 24, sino que desde el mismo número 23 establece la libertad de poder

⁴ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 09 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

adquirir toda clase de bienes, exceptuando aquellos que se consideran comunes a todos los individuos, ya sean los bienes nacionales de uso público, y los que la ley declare excluidos⁵. El derecho de propiedad es, por tanto, aquella facultad que permite a su titular detentar el poder más amplio sobre una cosa, usar, gozar y disponer de ella. Lo anterior, denota la gran diferencia que contempla la propiedad frente a los demás derechos reales, los cuales otorgan, a sus titulares, poderes limitados sobre la cosa y sólo autorizan aprovechamientos parciales de las cosas⁶.

Para entender mejor acerca de la propiedad, se resalta la idea que se plasma en el artículo 582 del Código Civil, ya que este cuerpo normativo, utiliza como sinónimos al concepto de propiedad con el de dominio, señalando que el dominio también siendo posible llamarlo como propiedad, es aquel derecho real en una cosa corporal, que permite a su titular gozar y disponer de ella de forma arbitraria, mientras no sea contraria a la ley o el derecho ajeno⁷. Hoy en día, la distinción entre ambos conceptos no es un tema a discutir, puesto que, como lo alude la normativa legal chilena, ambos conceptos se entienden como sinónimos. La propiedad, entonces, es una serie de facultades que son otorgadas a quien detenta este derecho y que es ejercido sobre un bien en particular.

Ahora bien, un tema que podría ser discutido en la actualidad, responde a la naturaleza de la propiedad, puesto que, al referirse a su naturaleza, a lo que se alude es a las características fundamentales que, en su conjunto, son comunes y propias de un ser humano o una cosa.

Para atender a la naturaleza jurídica de la propiedad, se puede recurrir a algunos de los filósofos que se destacaron por tratar a la propiedad. En este sentido, para Rosario De La Fuente y Hontañón, Aristóteles, consideraba a la

⁵ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 09 noviembre 2018]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

⁶ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. La Propiedad. [fecha de consulta: 12 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>>.

⁷ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código Civil. [fecha de consulta: 09 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>.

propiedad desde dos perspectivas, la primera *“como parte de la economía doméstica, la cual debe encontrárselo formado o procurárselo, so pena de no poder reunir los medios indispensables de subsistencia, sin los cuales no se formarían ni la asociación del Estado ni la asociación de la familia. Sin las cosas necesarias son imposibles la vida y el bienestar”*⁸. La otra mirada de la propiedad, según los autores mencionados *“[...] alude a la posesión de las cosas en cuanto los bienes que se poseen son un instrumento para la vida, la riqueza no es más que la abundancia de los instrumentos domésticos y sociales, la propiedad en general una multitud de instrumentos, el esclavo, una posesión animal y todo subordinado. Por lo que la propiedad comprenderá tanto a las cosas como a las personas. Aristóteles, entiende al esclavo como el que por naturaleza no se pertenece a sí mismo, sino a otro; es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión, y la posesión es un instrumento activo e independiente”*⁹. Bajo la mirada de Aristóteles, la propiedad puede, entonces, recaer en cosas como en personas. Además, los autores señalan que *“Aristóteles tiene presente la idea de la necesidad de la división de las propiedades, porque sin las cosas necesarias son imposibles la vida y el bienestar [...], aludiendo a la vida familiar, donde la propiedad es un medio para que el hombre alcance sus fines, pues [...] es necesario disponer de los instrumentos adecuados si ha de llevarse a cabo su obra. Ya quedó apuntado que considera a la economía como el medio adecuado para la adquisición de lo necesario, puesto que al hombre le resulta placentero la consideración de algo como propio y poder brindar auxilio con ello a sus amigos, lo que será posible si el hombre tiene alguna posesión propia”*¹⁰. Esta distinción en el tratamiento de la propiedad denota la transformación que el alcance de la propiedad podría tratar, y es que, actualmente, la propiedad se concibe solo respecto de bienes, los que como se ha dicho en el Código Civil o en la Carta Magna, pueden ser de cualquier clase, pero siempre aludiendo al término de bien,

⁸ DE LA FUENTE, Rosario y HONTAÑÓN. La Propiedad Privada desde la ética de la ley natural: Naturaleza y límites de derecho de propiedad. [fecha de consulta: 15 noviembre 2018]. Disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2467/Propiedad_privada_desde_la_etica_ley_natural.pdf?sequence=1>.

⁹ Op. Cit.

¹⁰ Op. Cit.

cosa u objeto y no más a las personas, las que son imposibles de apropiación, dominio o, lo que también se conoce como esclavitud.

Los autores, consideran también, la obra de Tomás de Aquino, quien es considerado uno de los representantes más fieles de Aristóteles, y en donde se consideran dos de las nueve interrogantes que plantea el filósofo, que a saber son: “1) *si es natural al hombre la posesión de los bienes exteriores* y 2) *si es lícito que alguien posea una cosa como propia*”¹¹. De este último filósofo, es posible inferir que, en respuesta a sus interrogantes, se responde que la intención de detentar dominio sobre las cosas forma parte de la naturaleza humana y que, como tal, los individuos sólo toman propiedad sobre las cosas que se consideran propias o necesarias para el hombre.

Es por lo anterior, la necesidad de volver a las ideas principales del capítulo, debido a que, como se venía anunciando, el derecho de propiedad se encuentra consagrado en la Carta Fundamental, y es así, no por un mero capricho del legislador, sino más bien, porque el derecho de propiedad, posee una naturaleza constitucionalista, que responde a la demanda que ejercen los seres humanos sobre los bienes que se encuentran presentes y que hace necesario garantizar, mediante una norma jerárquicamente superior a las otras, que asegure a los seres humanos, tanto el derecho de propiedad como su derecho a la propiedad, con la intención de asegurar la capacidad de poder dominar aquellos bienes que les son propios o que les son necesarios para su existencia, como también, para el desarrollo de sus fines.

El derecho a la propiedad consagrado constitucionalmente en la Carta Magna asegura a sus ciudadanos el poder de adquirir toda clase de bienes siempre que no sean aquellos comunes a todos, los que pertenezcan a la nación o que la ley haya determinado. Así, este derecho lo que reconoce es la posibilidad

¹¹ Op. Cit.

que tienen todas las personas para ser sujetos de derechos, asegurando su libertad, sin distinción alguna, para adquirir el dominio o propiedad. La idea anterior, se refuerza con el tenor literal del artículo 57 del Código Civil, el cual señala que *“La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles [...]”*¹².

Acerca del aludido derecho de propiedad, es menester resaltar que la Constitución Política de la República de Chile también asegura a todos los individuos *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”*¹³. Por lo tanto, lo que la norma busca asegurar aquí es el derecho privado que poseen todas las personas y que, además, es reconocido y protegido por el Estado. Asimismo, Héctor Riesle señala que *“[...] el hombre, al seguir su inclinación natural, deduce que la propiedad privada es necesaria para la mayor diligencia, orden y paz entre los hombres”*¹⁴. Esto es así, porque los hombres al gozar de plena libertad en su derecho de propiedad, actuarán alcanzando el interés social, el que no se concibe ni satisface sin la interacción libre de los ciudadanos.

Dicho en forma breve, al recurrir al Código Civil para encontrar el concepto de la propiedad, en conjunto con la naturaleza que le entrega la Constitución, se establece que la propiedad es la facultad que se reconoce de forma jurídica y socialmente a un individuo sobre una cosa, en donde se le otorga las más amplias potestades para usar, gozar y disponer de dicho bien.

1.2 Función de la Propiedad

¹² BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código Civil. [fecha de consulta: 16 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>.

¹³ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 16 noviembre 2018]. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

¹⁴ RIESLE CONTRERAS, Héctor. La inviolabilidad del derecho de propiedad ante la doctrina pontificia. Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 28.

Respecto a la función de la propiedad, se observa que ésta cumple una doble función, por cuanto, existe una denominación a la propiedad en su función individual y otra que habla acerca de la función social de la propiedad. En este sentido, existen diversas opiniones respecto a las funciones que cumple este derecho y, en particular, la doctrina encuentra las más divergentes razones para defender una y/o la otra. Asimismo, la sociedad también se encuentra dividida al considerar una por sobre la otra como la función definitiva.

Para referirse a la visión que plantea a la propiedad en su función de ser un derecho individual, Axel Kaiser entrega una serie de argumentos para señalar el razonamiento que se utiliza para entender hacia qué destino se quiere encaminar el reconocimiento de la propiedad como un derecho privado e individual. Sin embargo, dicha acepción cuenta con cierto tenor político, ya que Kaiser, quien se define como un liberal, a lo largo de sus publicaciones ha manifestado que el rol que cumple la propiedad es ser un derecho que le corresponde a cada uno de los individuos, función que se entrega desde la naturaleza misma del ser humano y que como tal, corresponde ser comprendida dentro de la propia dignidad humana. El individuo, en busca de alcanzar sus proyectos de vida y satisfacer sus necesidades, adquiere el dominio sobre las cosas que le rodean para alcanzar dichos objetivos. Pese a que, para promover esta idea de la funcionalidad de la propiedad, compara su postura con la de la izquierda y la derecha más conservadora, quienes postulan que la función de la propiedad corresponde a un derecho social. Para defender su postura, Kaiser afirma que los liberales intentan derrocar la ideología de la izquierda *“[...] demostrado que su propuesta es moralmente inferior y dejando en evidencia que su idea de justicia supone, contrario a lo que ellos plantean (la izquierda y parte de la derecha conservadora), el desprecio por la dignidad de las personas además de una insana adoración por*

*el poder*¹⁵. Lo anterior, debido a que, al reconocer la función de la propiedad como un derecho social, lo que hace es limitar per se a la propiedad.

La afirmación anterior se puede suscitar en la ideología que profesa la izquierda y sólo una parte de la derecha conservadora, en vista de que consideran que todas las personas deben detentar y recibir lo mismo, cayendo seriamente en una utopía que se respalda de la perfección moral del ser humano en que comparte todo lo que posee. Pero, olvidan la realidad nacional en cuanto los recursos que tiene una nación son escasos y como tal, hace necesaria la existencia de un mercado que permita entregar libertad a sus individuos en la adquisición de bienes y/o servicios, lo que rompe por completo el paradigma de una igualdad de dominio o propiedad.

Se logra inferir, además, que la visión que contemplan los integrantes de la izquierda y parte de la derecha más conservadora, a diferencia de lo que plantean los liberales, es que los primeros observan a la sociedad como un ente distinto e independiente de las personas que lo componen. Por ende, la propiedad debe responder al servicio del individuo desde el Estado, quien a su vez tiene la capacidad de administrar de una forma correcta los recursos y equilibrar las desigualdades que se presentan en la vida en comunidad. Thomas Jefferson, en contraposición a la idea mencionada señala que *“el bien común se promueve de la mejor manera por el esfuerzo de cada individuo buscando su propio bien a su propio modo”*¹⁶. El bien común, entonces, se alcanza asegurando la plena libertad de las personas en cualquier ámbito de su vida, para que, actuando por sí y para sí busquen el desarrollo de su existencia y el de su familia, basándose en sus propias necesidades y capacidades, sin la intervención de un tercero o un ente

¹⁵ KAISER, Axel. Capítulo I: El liberalismo como maldición, el socialismo como salvación. En su: La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015. Pp. 25.

¹⁶ WOOD, Gordon. The idea of America, Penguin, Nueva York, 2001. Pp. 106 En: KAISER, Axel. Capítulo I: El liberalismo como maldición, el socialismo como salvación. La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015. Pp. 42.

que los limite en el campo del ejercicio de sus derechos fundamentales, como es el caso puntual, el de la propiedad.

Al entender que la naturaleza de la propiedad es responder a un derecho privado, se defiende con esta idea, la importancia de mantener un mercado, donde las personas puedan tomar decisiones libres acerca si quieren participar en él y los bienes que quieren y pueden obtener. Cuando exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de esta libertad en el mercado, Kaiser, señala que “[...] *las personas en general cuidan su reputación cumpliendo con lo prometido, respetando la propiedad del otro y la palabra empeñada [...] el ideal del cual surge el capitalismo es el del hombre honrado y digno de crédito*”¹⁷, argumento que sigue la línea que no sería, entonces, necesaria la intervención de externos para que se asegure el buen funcionamiento del mercado, ni mucho menos en la efectividad por alcanzar el bien común. Esto porque, los individuos dentro de sus planes y proyectos de vida, intercambian y toman decisiones con aquello que es suyo, aportando en la aspiración de otro que participa de esa interacción.

Ahora, para quienes consideran que la propiedad se encuentra revestida de una función social, refuerzan su postura argumentando que el reconocimiento de la propiedad como derecho social, permite que los individuos queden protegidos por la esfera de lo estatal. Es el Estado el único ente capaz de resguardar que la propiedad sea respetada y detentada por todos sus ciudadanos, lo que conlleva inevitablemente a la disminución de la desigualdad y la balanza entre lo económico, social, y cultural quede en estado de equilibrio para todas las personas. Como es indicado por la oposición a quienes se consideran liberales, es decir, aquellos que se podrían denominar a sí mismos, partidarios de la izquierda política chilena “[...] *en general la anima una idea hobbesiana de libertad, esto es que el hombre es un lobo para el hombre y por tanto necesita un Leviatán, un Estado todopoderoso que la discipline y ordene de modo que no se coma al*

¹⁷ KAISER, Axel. Capítulo I: El liberalismo como maldición, el socialismo como salvación. En su: La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015. Pp. 50.

*vecino*¹⁸. El refuerzo de este derecho social entonces busca asegurar igualdad de oportunidades y recursos a sus ciudadanos, quienes reciben porque tienen derecho a recibir y, del mismo modo, entregan porque forma parte del interés y bienestar común.

En este sentido, Fernando Atria consagra en la obra colectiva “El Otro Modelo”, la idea que, durante los últimos años de la historia chilena, se ha experimentado una notable negación a la idea de interés común que, con el fortalecimiento del mercado y la privatización de los derechos sociales, sólo contribuyen a aumentar la desigualdad entre los ciudadanos de la sociedad. *“No es lo mismo tolerar que el hijo de una persona acomodada sobreviva a una grave enfermedad porque su familia pudo sufragar los gastos de un tratamiento caro, mientras que el hijo de otra persona con la misma enfermedad y diagnóstico muera porque su familia no cuenta con los mismos recursos. Cuando ciertas esferas de la existencia humana [...] quedan entregadas al individuo y a su familia, el sentido de vivir en comunidad se pierde y el malestar aparece”*¹⁹. No se trata, por ende, de suprimir las oportunidades de los individuos ni de obligarlos a llevar una determinada forma de vida, sino más bien *“[...] rescatar a la política de la lógica del mercado en el sentido de rescatar esa dimensión de la vida social, caracterizada por la comunidad de intereses, de aquella esfera en la que cada uno persigue sus intereses individuales. No se trata de negar el interés individual [...] porque es una de las objeciones más predecibles y convencionales a nuestro argumento: se trata de entender que no vivimos solo como individuo, sino que también como ciudadanos, en una comunidad de origen y destino”*²⁰.

¹⁸ KAISER, Axel. Capítulo II: La idea de ciudadanía como fundamento del colectivismo. En su: La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015. Pp. 109.

¹⁹ ATRIA, Fernando, LARRAÍN, Guillermo, BENAVENTE, José Miguel, COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo. Capítulo I: El modelo chileno. En su: El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. Santiago de Chile: Debate, 2013. Pp. 25.

²⁰ *Ibíd.* Pp. 26.

La idea de función social de la propiedad pretende, por tanto, imponer las limitaciones que tiendan a suplir las necesidades sociales. La propiedad, en tanto, no puede ser entendida como un derecho intangible e inamovible, sino que corresponde comprender que se trata de un derecho que exige la adaptación según las necesidades sociales que surjan en la sociedad. En caso, de no lograr satisfacer o responder a las demandas sociales, es el legislador quien debe intervenir para organizar nuevamente la apropiación de los recursos²¹.

En el cuidado de una correcta participación intervencionista por parte del Estado, en cuanto a la propiedad cuando es concedida en su función social, Atria plantea que es necesario que se instaure en el sistema público el principio de transparencia, ya que dicho ente, conocido como Estado, no lo es sin los individuos que lo conforman, ni muchos menos por quienes trabajan en el servicio público en aras de la comunidad. Pero, entendiendo que dichos trabajadores son seres humanos como el resto de la sociedad, sería utópico o irrisorio creer que éstos no tenderán a su interés particular. Es por ello, que parece razonable la idea de instaurar transparencia en el quehacer público, lo que evita que las personas se vean impulsados por su interés personal y operen en la administración pública de forma virtuosa²². El objetivo de esta postura es defender que la propiedad atienda a una función social. La vida en comunidad supone la existencia de un interés que es común a todos o que se conoce también como interés común, la que ve justicia e igualdad en cuanto todos ganen y no solo unos pocos.

²¹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. El principio constitucional de la función social de la propiedad. [fecha de consulta: 18 noviembre 2018]. Disponible en: <<http://vlex.com/vid/principio-funcion-social-propiedad-231603261>>.

²² ATRIA Fernando, LARRAÍN, Guillermo, BENAVENTE, José Miguel, COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo. Capítulo III: Devaluación de la ciudadanía y privatización de lo público. En su: El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. Santiago de Chile: Debate, 2013. Pp. 37.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

2.1 Importancia del Análisis Económico del Derecho de Propiedad

Una forma adecuada de establecer la importancia que cumple el análisis económico en el derecho de propiedad es dejar en claro, desde el principio, que el derecho y la economía son ciencias que cumplen un rol que se satisface por sí mismo, pero que en su conjunto logran desarrollar estrategias y respuestas que surgen a partir del intercambio de bienes que desarrollan los seres humanos. De esta manera, no se debe olvidar que el derecho forma parte de las más antiguas instituciones, y que, por lo tanto, es revestida de una notable importancia debido a su vasta trayectoria que tiene en la sociedad. La economía, por otro lado, es aquella ciencia que se encuentra más avanzada en la actualidad, la que ha sido objeto de importantes estudios y que día a día crea nuevos métodos de entendimiento acerca de las múltiples interrogantes que nacen a partir del intercambio en las relaciones humanas.

La importancia de un análisis desde la perspectiva económica del derecho permite, entonces, juntar dos formas de estudio acerca del comportamiento humano, ya que el sistema normativo enfrenta las necesidades que los ciudadanos se plantean e intenta regular sus actuaciones para poder desarrollar una vida en comunidad lo más eficaz posible, es decir, alcanzar el buen convivir de los ciudadanos.

Los economistas al estudiar el derecho y sus diversas aristas tienen la facilidad de poder adaptar las situaciones que el sistema legal regula, en función de ejemplos y asimilando los preceptos normativos a las formas que su estudio presenta. Así, por ejemplo, el Libro de “Derecho y Economía” escrito por Robert D. Cooter y Thomas Ulen plantean que *“Para los economistas, las sanciones son*

*como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios*²³.

El análisis económico del derecho estudia, además, las consecuencias que pueden acarrear las decisiones judiciales que se adoptan frente a determinadas disputas legales. Gracias a la economía se comprende que las decisiones que toman los jueces tienen una doble función. Por un lado, la decisión del tribunal permite resolver la disputa entre partes y, por otro lado, la resolución de una determinada disputa permite que luego sea utilizada de referencia para futuros conflictos en donde se presenten similitudes en las circunstancias que han llevado a las partes a resolver sus problemas en un litigio. El beneficio que aportan las dos funciones anteriores es demostrar que las ciencias del Derecho y la economía conviven en perfecta armonía facilitando la creación de reglas que regulan a los ciudadanos, ya que permiten establecer si una determinada norma creada logra satisfacer las disputas futuras cuando se predice una determinada forma de comportamiento²⁴, lo que no sería posible de establecer sin el trabajo colaborativo de las ciencias en cuestión.

Pese a lo anterior, tomando en cuenta el derecho de propiedad en particular, es complejo pronosticar, a pesar de los esfuerzos de la economía, estándares de comportamiento, si los efectos logrados con las resoluciones judiciales crearán una tendencia de comportamiento de los propietarios, como por ejemplo, las incertidumbres que surjan respecto a quién es el verdadero propietario de un determinado bien. Un tema que es relevante plantear es la primacía de la eficiencia sobre la distribución al analizar el Derecho privado, debido a que la economía hace que las normas reguladoras agreguen incentivos de comportamiento que logren, a través del beneficio particular, el beneficio social.

²³ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo I: Introducción al Derecho y la Economía. En su: Derecho y economía, 6° edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp 14.

²⁴ *Ibíd.* Pp 19.

Otro factor importante en el desarrollo del análisis económico del derecho de propiedad es comprender que para entrelazar ambas ciencias parece necesario que quienes las estudien por separado, se dediquen también a estudiar acerca del derecho o la economía en caso de no ser su área. Esto por cuestiones de poder comprender de mejor manera cómo la eficiencia de las normas genera incentivos para quienes utilizan el derecho de propiedad y no infrinjan las normas que la regulan producto de las sanciones que se les aplica a quienes ya hayan cometido una infracción. Así se crean precedentes en la conducta humana y se encamina al buen funcionamiento del sistema legal²⁵.

En el libro de Cooter y Ulen se plasma también la importancia del por qué los abogados deben estudiar economía y los economistas deben estudiar derecho señalando que *“Es importante mejorar la efectividad del derecho para el desarrollo económico de los países pobres. El derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, y la economía necesita al derecho para entender los fundamentos de los mercados. [...] Si los economistas escuchan lo que el derecho les puede enseñar, podrán aproximarse más sus modelos a la realidad”*²⁶.

En suma, lo que la microeconomía pretende aportar en el derecho de propiedad es alcanzar la maximización en el comportamiento de los individuos que interactúan con los bienes que poseen. De esta forma, se insertan conceptos que son fundamentales para el ámbito económico y que sirven para alcanzar los fines esperados del derecho de propiedad, tales son la maximización de los derechos, el equilibrio y su eficiencia. Los seres humanos al ser seres dotados de racionalidad toman sus decisiones en base a lo que resulte más adecuado para el logro de sus objetivos, dentro de la esfera de lo que una ley o normativa

²⁵ AGUILAR GONZÁLEZ, José M. El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII (2009) [fecha de consulta: 10 diciembre 2018] Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2916230.pdf>>.

²⁶ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo I: Introducción al Derecho y la Economía. En su: Derecho y economía, 6ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp. 25.

establezca, permitiendo, en definitiva, el alcance de los conceptos claves antes mencionados.

No obstante, a pesar de querer alcanzar fines individuales, la presencia de un mercado que permita tomar decisiones libres, muchas veces se ven afectadas por fallas que este mismo presenta, ya sea la existencia del monopolio o el poder de mercado que se ejerce en contra de los individuos que lo crean. Aquí las políticas públicas o un sistema legal coherente con las necesidades de cada sociedad se encaminan para derrocar las deficiencias del mercado estableciendo un equilibrio general, en donde la competencia sea posible en aras de limitar los precios que el monopolio desea acentuar²⁷.

Como se ha mencionado a lo largo del trabajo, los individuos interactúan entre sí en cuanto a los bienes que les son propios y que la normativa les permite. Sin embargo, en muchas ocasiones en que no exista la intención de interactuar con sus pares, el comportamiento de un individuo que goza y utiliza su derecho de propiedad sobre algún determinado bien, puede ser causante de externalidades que afecte a terceros y que requiera la interacción obligada para hacerse cargo de los efectos que causa el aprovechamiento de su derecho. En este sentido, las políticas que se crean deben operar en el marco de obligar a los consumidores de su derecho de propiedad a cumplir con un deber social haciéndolos responsables por los costos externos que produce el costo marginal privado.

2.2 Teoría Económica de la Propiedad

Cooter y Ulen identifican en la Teoría Económica de la Propiedad interrogantes fundamentales acerca de la forma en que se asignan los derechos de propiedad: *“1. ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad? 2. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada? 3. ¿Qué pueden hacer los propietarios*

²⁷ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo II: Revisión breve de la teoría microeconómica. En su: Derecho y economía, 6° edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp. 65.

*con su propiedad? 4. ¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de la propiedad?*²⁸. Con las interrogantes expuestas se intentará desarrollar el presente capítulo de la memoria, explicando el trabajo que realiza el análisis económico en el derecho de propiedad.

No se debe olvidar el desarrollo de lo que se entendía por derecho de propiedad. A modo de recordar se dirá que la propiedad en su ámbito normativo se contempla como el conjunto de derechos que se le entrega a quien detente el derecho de propiedad. Dicho conjunto de derechos aborda las más amplias facultades a su titular, quien puede decidir el destino que fijará para sus bienes. Asimismo, se debe recordar que el derecho de propiedad al ser un derecho real, es impersonal, por lo tanto, recae sobre los bienes y no en las personas. El derecho de propiedad otorga a su titular la posibilidad de ejercer con libertad los derechos que entrega la propiedad y quien no sea su titular, no puede interferir en el ejercicio de tal derecho.

2.2.1 Teoría de la Negociación

La teoría de la negociación es una de las teorías que forma parte de una teoría macro que es la Teoría Económica de la Propiedad.

La teoría económica de los juegos de negociación se estudia a partir del intercambio constante que realizan los titulares de derechos de propiedad en sus diversas posibilidades de utilización, es decir, ya sea la venta de un bien, el arrendamiento, etc. En general, lo que estimula la negociación es la intención de cooperar en las distintas formas de interacción de los individuos. Esta teoría facilita a su vez la necesidad de un sistema legal que regule exhaustivamente el comportamiento del derecho de propiedad, ya que al permitir que los ciudadanos

²⁸ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo IV: Teoría económica de la propiedad. En su: Derecho y economía, 6ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp. 107.

negocien sus intenciones, promueve la independencia en la toma de decisiones y genere responsabilidad en sus individuos al momento de negociar, ya que ambas partes experimentan la posibilidad de plantear sus necesidades y los logros esperados al finalizar una negociación. Del mismo modo, la teoría de la negociación plantea que en caso que los ciudadanos concuerden en el requerimiento de un ente que reconozca y proteja los derechos de propiedad, podrán negociar los términos y condiciones de quien detente dicha facultad. Esto no se podría alcanzar si los individuos no tienen internalizado en su fuero interno el beneficio de cooperar en la negociación para llegar a acuerdos que maximicen sus fines y alcancen el bien común. En este sentido *“Los filósofos llaman contrato social al arreglo finalmente logrado por tales negociaciones, porque establece las condiciones básicas de la vida social”*²⁹. La negociación además, cumple fines sociales, ya que *“Las sociedades crean la propiedad como un derecho legal para estimular la producción, desalentar el robo y reducir los costos de proteger los bienes”*³⁰.

Al estudiar la teoría de la negociación se distingue en qué áreas de la vida social es aceptable y tiene una mejor aplicación esta teoría y, es que, a pesar que el ser humano, es un ser racional y en sus actuaciones individuales tiende a buscar el bien común, muchas veces siente mayor atracción por tomar en cuenta sus necesidades propias sin medir los fines o las consecuencias que se podrían enfrentar para el resto de los habitantes de la sociedad, provocando por tanto, el fracaso de la negociación. Cuando se presentan este tipo de negociaciones se justifica que las condiciones y los términos de una negociación sean planteados por un agente que no sea partícipe de la negociación y, en este caso, el derecho cumple un rol importante, ya que será una ley la que determine quién tiene derecho sobre una propiedad, qué cosas se pueden o no hacer con la propiedad y quiénes pueden interferir en la propiedad de otro. Se concluye entonces, que un

²⁹ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo IV: Teoría económica de la propiedad. En su: Derecho y economía, 6° edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp. 114.

³⁰ *Ibíd.* Pp. 117.

sistema legal es necesario cuando las negociaciones fracasen y no lo será cuando las negociaciones logren tener éxito entre sus participantes.

2.2.2 Teorema de Coase

Según Coase, un error común que se comete en el ámbito de la propiedad se da cuando se cree que las políticas públicas no tienen costos al regular las interacciones de los individuos de la sociedad. Lo que se conoce como el Teorema de Coase, plantea que *“[...] en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen contra éstos”*³¹. En efecto, la problemática se presenta cuando dos titulares de derecho de propiedad que detentan sus facultades colisionan, por lo que resulta cuestionable determinar cuál de las partes es la que tiene el derecho de poder ocasionar daño a la otra o, en definitiva, cómo se puede restringir a alguien que en uso de sus facultades cause perjuicio a otra. Para resolver este tipo de situaciones, es necesario conocer si quien ha causado daño es responsable o no del mismo, es decir, cuáles son las delimitaciones de los derechos para que existan transacciones de mercado sin problemas.

Ronald Coase plantea, en su artículo “El Problema del Costo Social”, un caso para explicar de forma práctica lo que su teorema quiere consagrar. Las partes en cuestión son Sturges versus Bridgman, en este caso *“[...] un panadero usaba dos amasadoras en su negocio. Un médico vino a ocupar el predio vecino. La maquinaria del panadero no le causó daño al médico hasta que, ocho años después de haber ocupado el predio, construyó un consultorio en la parte posterior de su jardín contiguo a la panadería. [...] el ruido le impedía examinar a sus pacientes auscultando para diagnosticar enfermedades del pecho. [...] El médico*

³¹ COASE, Ronald H. El problema del Costo social. Pp. 81.

inició entonces acción legal para forzar al panadero a cesar el uso de la maquinaria. [...] / El fallo de la Corte estableció que el médico tenía derecho de evitar que el panadero usara su maquinaria. Pero, por supuesto, podrá haber sido posible modificar el resultado de aplicar las disposiciones legales mediante un convenio entre las partes. El médico hubiese deseado renunciar a sus derechos y permitir que la maquinaria continuara actuando si el panadero le hubiese pagado una suma de dinero que fuese mayor que la pérdida de ingresos que sufriría por tener que trasladarse a una ubicación más costosa o menos conveniente o por tener que reducir sus actividades en esta ubicación [...]. El panadero hubiese estado deseando hacerlo si la cantidad que debería pagar al médico fuese menor que la disminución del ingreso que sufriría si tuviese que cambiar su forma de operación en esta ubicación. Abandonar su operación o trasladar su negocio de panadería a otro lugar [...]. / La opinión de los jueces de que estaban fijando cómo debía usarse la tierra sería cierta sólo en el caso de que los costos de realizar las transacciones de mercado necesarias excediesen de la ganancia que podría lograrse mediante cualquier reasignación de derechos.”³². Como se observa en el caso precedente, la decisión establecida por un tribunal conlleva necesariamente perjudicar a uno de los litigantes que se encuentran en conflicto por colisionar sus derechos de propiedad. El teorema de Coase, plantea que las decisiones legislativas serían eficientes si los costos de transacción fueran nulos. Sin embargo, como se aprecia, la decisión adoptada en el caso mencionado escapa de aquella realidad.

Las transacciones de mercado son llevadas a cabo a sabiendas de quién es la persona con quien se está transando, del mismo modo en que parece indispensable, informar a los individuos sobre el deseo de intercambiar los bienes y en qué términos se está dispuesto a intercambiar. Para llevar a cabo una negociación eficaz será necesario, entonces, estipular en un contrato el convenio al que lleguen las partes que actúen en la propiedad y examinar que el contrato finalmente se cumpla.

³² *Ibíd.* Pp. 90 y 91.

El teorema de Coase señala, además, que frente a los costos de transacción que se producen en las negociaciones ineficientes, una alternativa para evitarlos es la presencia del Gobierno, quien, actuando directamente en las transacciones, establezca los límites de acuerdo a qué es lo que un propietario puede hacer y quiénes deben obedecer estas normas. Pese a lo anterior, la actuación gubernamental no necesariamente significa que no conlleva costos, puesto que es posible que la actuación administrativa se vea coludida por presiones políticas. Cuando las transacciones del mercado son costosas porque los derechos de las partes no están bien definidos y los resultados de las acciones legales no se pueden pronosticar, los jueces reconocen que sus decisiones producen efectos económicos, por lo que en presencia de futuros litigios toman en cuenta decisiones pasadas para evitar los efectos económicos producidos. La decisión está entonces en definir si en los ordenamientos jurídicos existentes es posible aplicar mejoras en el uso de los recursos y evitar así, que exista un costo por dañar a la otra parte en el ejercicio del derecho de propiedad³³.

A pesar de que un sistema legal pueda asignar la responsabilidad por los daños causados a un tercero, los individuos que pretendan negociar racionalmente en busca de un acuerdo basado en la cooperación, obtendrán un resultado eficiente, independiente de lo que establezca el ordenamiento. Si una determinada actividad interfiere o causa daño a otra, es evidente que debiese responder por los daños causados y se logre alcanzar la equidad. Sin embargo, el teorema de Coase se inclina en la eficiencia y, bajo este precepto, el derecho se debe asignar a quien lo valúe más. La correcta asignación de los derechos de propiedad es fundamental para que el uso de los recursos existentes sea eficiente y los costos de transacción sean nulos.

³³ *Ibíd.* Pp. 100 – 130.

La información entre las partes negociantes es también un punto relevante a tratar. Cuando la información es pública permite que el acuerdo se adopte tomando en consideración condiciones racionales para cada una de las partes, lo que, a su vez, se traduce en el grado de cooperación que tendrán los individuos a la hora de interactuar. Igualmente, si la información es sabida por las personas que se encuentran negociando, esto quiere decir que sus derechos estarán bien definidos. En un ordenamiento jurídico claro y simple, la negociación parece ser una excelente alternativa para determinar el derecho de propiedad, además de reducir los costos de transacción, el derecho de propiedad se podrá asignar a quien lo valore más³⁴.

Cuando los derechos de propiedad han sido violados, existen herramientas que los tribunales adoptan para remediar tal situación. La violación de los derechos de propiedad puede ser ejercida por una persona o por el Estado cuando interfieren con los derechos de propiedad de un titular. El sistema legal establece como método de resolución de infracciones en este derecho, el pago pecuniario de los daños ocasionados en función de ser compensado y en la presencia de un mandato judicial, en donde se busque remediar equitativamente una perturbación al derecho de propiedad. En esta materia, el juez Guido Calabresi y A. Douglas Melamed propusieron las siguientes reglas para remediar las violaciones de este derecho: *“Cuando hay pocos obstáculos para la cooperación (es decir, bajos costos de transacción), el remedio más eficiente es un mandato judicial contra la interferencia del demandado con la propiedad del demandante. / Cuando hay obstáculos para la cooperación (es decir, elevados costos de transacción), el remedio más eficiente es el pago de daños monetarios compensatorios”*³⁵.

³⁴ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Capítulo IV: Teoría económica de la propiedad. En su: Derecho y economía, 6ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. Pp. 129 – 133.

³⁵ *Ibid.* Pp. 142.

Ahora, para responder la interrogante planteada con anterioridad acerca de qué puede ser objeto de propiedad privada, se debe distinguir entre los bienes públicos y los bienes privados. Pues, Cooter y Ulen señalan que en aras de la eficiencia económica en la utilización de los recursos, los bienes privados corresponden a la propiedad privada, mientras que, los bienes públicos le pertenecen a la propiedad pública³⁶. Aquellos titulares de la propiedad privada excluyen del uso a los demás individuos, en cambio, los titulares de la propiedad pública no entran en esta problemática, puesto que todos pueden consumirlos.

Respecto a cuáles son los límites del dueño de la propiedad o, en otras palabras, qué es lo que pueden hacer, dependerá de cada legislación, pero en el caso del ordenamiento jurídico chileno, el titular del derecho de propiedad puede realizar cualquier actividad o uso del mismo siempre y cuando no interfiera con la propiedad o los derechos de otro titular. Lo anterior porque, la propiedad tiene como objeto maximizar la satisfacción de las necesidades y permitir el alcance de los fines esperados cuando pueden ser resueltos obteniendo los recursos materiales e inmateriales que se encuentran presentes y a disposición de los individuos. El conjunto de derechos que entrega la propiedad permite, además, establecer un mecanismo descentralizado en la asignación de los recursos, ya que contribuye al crecimiento económico, en donde los bienes podrán transferirse a quienes los valoren más, quienes estarán dispuestos a asumir el costo de su mantenimiento.

2.2.3 El gobierno de los bienes comunes

Anteriormente cuando se trató la interrogante respecto a qué podía ser objeto del derecho de propiedad privada, se distinguió entre bienes públicos y privados. Pues, dentro de la universalidad de bienes que existen y aquellos a los que este trabajo llama la atención, están también los denominados bienes

³⁶ *Ibíd.* Pp. 145.

comunes. Esta clase de bienes atiende a aquellos que pueden ser utilizados por un grupo, la comunidad o la sociedad en común, pero que, enfocados en lo que respecta a la propiedad, se plantea la problemática acerca del destino de éstos por tratarse de bienes finitos y que, por lo tanto, tienen un límite de aprovechamiento y un gran número de individuos que desean utilizarlos.

Los denominados bienes de uso común pueden provenir de la propia naturaleza o pueden ser elaborados por el hombre. Sin embargo, múltiples autores han investigado acerca de cómo administrar de mejor manera los recursos naturales. Elinor Ostrom. en su libro “El Gobierno de los Bienes Comunes” destaca a Garrett Hardin, por su obra denominada “La tragedia de los comunes”, quien advirtió de los problemas que surgían respecto a la sobrepoblación y el uso de los recursos naturales por parte de los individuos. Así, al tener la posibilidad de apropiarse de estos bienes, los aprovechan desmesuradamente sin medir las consecuencias que esto pudiera provocar para el medio ambiente. Hardin consideraba que, frente a esta problemática, estábamos sumergidos en una “nube de ignorancia”, debido a que la solución se centraba en dos alternativas: un sistema empresarial privado o el socialismo. Pese a ello, cualquiera que fuere la alternativa escogida debía ser introducida con toda la fuerza necesaria³⁷. De la misma manera, opiniones divididas defienden una o la otra alternativa, pero Elinor Ostrom rebate ambas por ser demasiado generales. Instaurar una u otra institución no significa crear un modelo que se pueda ejecutar con facilidad y que no acarree costos, sino que es un proceso complejo que requiere del estudio del tiempo y lugar donde se desea implementar, además de las reglas culturalmente aceptadas en una comunidad, por lo que solucionar el uso de los bienes comunes se resuelve en un proceso que requiere una especificación detallada de las nuevas reglas a implementar³⁸.

³⁷ OSTROM, Elinor. Capítulo I: Reflexiones sobre los comunes. En su: El gobierno de los Bienes Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000. [fecha de consulta: 27 febrero 2020] Pp. 35 y 36. Disponible en: <http://base.socioeco.org/docs/el_gobierno_de_los_bienes_comunes.pdf>.

³⁸ *Ibíd.* Pp. 42.

Para explicar mejor lo anteriormente mencionado, Elinor Ostrom nos demuestra a través de juegos, las infinitas posibilidades que se pueden dar a la hora de decidir la administración y gestión de los bienes de uso común. Demostrando así que para cierto tipo de problemática no existe un único e infalible modelo de solución, sino más bien existen muchas soluciones distintas. De esta forma, plantea como primer juego el denominado “Juego de Hardin de los pastores”. En este juego si *“cada pastor tuviera tantos animales como considere que puede llegar a vender con ganancia [...] se pueden dar distintas situaciones: “Si ambos pastores limitan su pastoreo a $L/2$, entonces obtendrán 10 unidades de ganancia, mientras que si eligen la estrategia de “deserción”, conseguirán una ganancia igual a cero. Si uno de ellos limita sus animales a $L/2$, mientras que el otro tiene tantos animales como desea, el “desertor” obtiene 11 unidades de ganancia y el “tonto” obtiene -1. / Llámese a este juego Hardin de los pastores o el juego 1, que tiene la misma estructura que el juego del dilema del prisionero. / El juego del dilema del prisionero se conceptualiza como un juego no cooperativo, en el que todos los jugadores tienen información completa. En los juegos de no cooperación, la comunicación entre los jugadores está prohibida, es imposible, o bien carece de importancia, siempre y cuando no se haya establecido explícitamente como parte del juego”*³⁹.

En un segundo juego se presenta la estructura de la autoridad central con información completa, en este modelo *“Los que proponen el control centralizado quieren una entidad gubernamental externa que decida las estrategias de pastoreo específicas que la autoridad central considera mejor para la situación: la autoridad central decidirá quiénes pueden usar la pradera, cuándo la pueden usar y cuántos animales pueden pastar. [...] Ahora bien, la solución al juego 2 es “cooperar, cooperar”. [...] Si la autoridad externa determina con precisión la capacidad de un recurso de uso común, la asigna sin ambigüedad, inspecciona las acciones y sanciona indefectiblemente el incumplimiento, entonces una entidad centralizada puede transformar el juego del pastor de Hardin para generar un*

³⁹ Ibíd. Pp. 29.

*equilibrio óptimamente eficiente para los pastores. / Sin embargo, el equilibrio óptimo logrado al seguir el consejo de centralizar el control se basa en supuestos concernientes a la exactitud de la información, la verificación de las capacidades, la credibilidad de las sanciones y los nulos costos de administración. Sin una información válida y confiable, una entidad central puede cometer errores, incluyendo el establecimiento de la capacidad de carga o la multa demasiado alta o baja, la sanción de los pastores que cooperan, o la falta de ésta a los desertores. [...] El supuesto implícito del juego 2 es que la entidad central supervisa todas las acciones de los pastores sin ningún costo e impone sanciones de manera correcta*⁴⁰. Luego de mostrar la posibilidad de contar con una autoridad central que contenga toda la información completa, se observa que su gestión es óptima, pero en un tercer juego en donde la autoridad no cuenta con información detallada y completa en alguna de las variables a considerar en el uso de los bienes comunes, como por ejemplo, tener información completa sobre las capacidades de carga de los pastizales, pero la información incompleta acerca de las acciones particulares de los pastores, es muy probable que la autoridad central cometa errores al imponer sus sanciones⁴¹.

Cuando la elección de una entidad central o un sistema privado no resuelvan por completo los problemas que se presentan en el uso de los recursos de uso común, Ostrom ofrece un nuevo juego, en donde sean los mismos consumidores de los bienes quienes se autorregulen mediante el fortalecimiento de un contrato tan vinculante que logre que los pastores sean capaces de comprometerse con una organización enriquecida por la cooperación de los individuos⁴². Este tipo de regulación estimula que las personas que desean aprovechar los bienes de uso común tengan preocupación para que el método de la autorregulación sea eficiente, es decir, el trabajo colaborativo de cumplir lo pactado y obtener beneficios, encaminará a los individuos por optar una estrategia en donde tengan plena libertad de decidir acerca de las acciones que conlleva

⁴⁰ *Ibíd.* Pp. 35 – 37.

⁴¹ *Ibíd.* Pp. 38.

⁴² *Ibíd.* Pp. 43 y 44.

apropiar bienes comunes. El compromiso por el respeto mutuo y el cumplimiento de las normas auto establecidas puede tender al bienestar colectivo.

Pese a las ideas planteadas por Elinor Ostrom, el análisis económico sobre los bienes comunes pareciera demostrar que el mejor método de evitar la denominada tragedia de los comunes es acabando con el sistema de propiedad común para dar inicio a un sistema de derechos de propiedad privada. A pesar de haber muchos que defienden la postura anterior, resulta complejo determinar el verdadero significado de transformar derechos de propiedad pública a derechos de propiedad privada, incluso dependiendo de la clase de bien a la que se aluda. *“Es claro que cuando se refieren a la tierra significa dividirla en parcelas separadas y asignar derechos individuales para tener, usar y transferirlas como lo deseen los propietarios individuales (sujetos a las normas generales de una jurisdicción en lo que respecta al uso y transferencia de la tierra). Respecto a los recursos no estacionarios, como el agua o las pesquerías, no es claro el significado de establecimiento de derechos privados”*⁴³. Además, no se debe olvidar que *“la privatización no necesariamente significa “dividir”, también puede querer decir asignarle a una sola empresa o a un solo individuo el derecho exclusivo de explotar un sistema de recursos”*⁴⁴.

Por lo tanto, es cuestionable determinar qué sistema sea mejor instaurar en el uso de los bienes comunes, dado que al igual que en los bienes de propiedad privada, siempre surgirán posturas divergentes que prefieran un sistema sobre otro, olvidando que la clave no está necesariamente en el método elegido, sino más bien en el proceso que conlleva desarrollar cada uno. Los esfuerzos por elegir el idóneo para asegurar la máxima satisfacción de las necesidades de los seres humanos en conjunto con el compromiso del mantenimiento de una regulación actualizada y eficiente que evolucione a medida que la sociedad va

⁴³ *Ibíd.* Pp. 41.

⁴⁴ *Ibíd.* Pp. 53.

cambiando tanto en sus relaciones con los recursos disponibles como entre los individuos de una comunidad.

CAPÍTULO III: LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CHILE

3.1 Constitucionalidad del Derecho de Propiedad

Como se ha tratado a lo largo de este trabajo, la propiedad es uno de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Fundamental chilena y, tanto para el derecho como para un análisis económico, importa saber la evolución y destino que tendrá esta garantía, ya que, en cuanto a su valoración, el alcance que tenga este derecho debe ser siempre contenido en una norma que sea jerárquicamente superior a las demás, la que proteja y promueva el ejercicio de la propiedad como garantía constitucional.

Cuando se ha tratado del derecho de propiedad y las funciones que ésta cumple en la sociedad, se han desarrollado los dos ámbitos que abarca el derecho de propiedad, y es que uno de ellos se enfoca en el titular de derecho a quien se le entrega la libertad de decidir acerca del uso, goce y disposición del mismo, el que solo puede ser limitado por el interés colectivo, mientras que el otro ámbito trata sobre los mismos intereses comunes, los que sin dejar de reconocer los derechos del titular, velan por el bienestar general, revelando la función social que cumple la propiedad.

El derecho de propiedad en Chile, contiene una amplia trayectoria a nivel constitucional, puesto que es tratado desde el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 el que en su artículo 9 señalaba que *“No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos”*⁴⁵. Desde este cuerpo normativo comienza a ser concebida la propiedad

⁴⁵ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. PROYECTO DE CONSTITUCION PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE PUBLICADO EN 10 DE AGOSTO DE 1818, SANCIONADO Y JURADO

privada como el mejor mecanismo de aprovechamiento de los bienes, donde se debía proteger a los titulares de este derecho frente a amenazas que el Estado pudiera imponerles⁴⁶. *“No obstante, la Constitución de 1925 da los primeros pasos respecto de la función objetiva que cumple el derecho de propiedad, es decir, la garantía del régimen jurídico de la propiedad en el uso y aprovechamiento de los bienes, aunque no de forma expresa, al reconocer que se pueden imponer limitaciones a las propiedades privadas por razones de orden social y de intereses generales, lo que significa que el constituyente habilita al legislador para hacer las correspondientes modificaciones y/o modulaciones al régimen jurídico general previsto en la legislación civil, a fin de reconducir el derecho de propiedad, dentro del marco del interés individual de su titular, hacia los intereses generales, que son los que en definitiva justifican su existencia y la titularidad privada”*⁴⁷.

En la actual Constitución Política de la República de Chile de 1980, se ha esgrimido que se caracteriza por ser de un matiz neoliberal, exagerando por algunos que se le ha entregado a la propiedad una primacía innecesaria, pudiendo ser uno de los derechos más protegidos. Sin embargo, otros aceptan que el establecimiento del derecho de propiedad en la Carta Magna significa un gran avance en la protección del dominio, ya que al proteger esta relevante garantía frente a la expropiación ha demostrado su preocupación por el desarrollo humano, social y económico del país⁴⁸.

En definitiva, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad lo sitúa en la categoría de los derechos fundamentales que deben ser resguardados

SOLEMNEMENTE EL 23 DE OCTUBRE DEL MISMO [fecha de consulta: 09 marzo 2020]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005251&idParte=>>.

⁴⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2006, vol.19, n.1 [fecha de consulta: 09 marzo 2020], pp.125-148. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso>.

⁴⁷ Op. Cit.

⁴⁸ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Coordinado por José García García. Santiago: Thomson Reuters. [fecha de consulta: 09 marzo 2020], pp. 213-242. Disponible en: <http://www.fermandois.cl/publicaciones/otras/AFV_213_242.pdf>.

por una nación y contenidos en una norma jurídica revestida de tal importancia como lo es la Constitución. *“El derecho de propiedad siempre ha sido una pieza clave de nuestra cultura y civilización. Su régimen jurídico constituye uno de los elementos arquitectónicos básicos del sistema social, político y económico, así como uno de los núcleos o pilares centrales de los ordenamientos jurídicos occidentales”*⁴⁹.

3.2 Chile y el desafío de una nueva Constitución

En la actualidad nacional, Chile enfrenta un importante desafío porque al momento de hablar acerca de crear una nueva Constitución, muchas son las interrogantes que abordan esta tarea, más aún cuando el contexto que vive la sociedad chilena, tendrá por primera vez la oportunidad de decidir libre y democráticamente la Carta Fundamental que regirá al país, en donde el quehacer político, hoy en día, es una de las actividades más cuestionadas por la ciudadanía, quienes se han esforzado por hacer escuchar sus necesidades a la hora de legislar.

Como bien es sabido, la política chilena ha estado orientada por dos grandes corrientes políticas, la derecha e izquierda, quienes se han enfrentado a lo largo de la historia por sus diferencias ideológicas en los ámbitos que implica la vida en sociedad. Asimismo, se ha dicho que la propiedad cumple, para algunos, la función de fomentar el desarrollo individual de sus ciudadanos, mientras que, para otros existe una función social de la propiedad. Una vez destacado lo anterior y en el marco de lo que vive Chile, no existe precisión acerca de las variaciones que pueda sufrir el derecho de propiedad, ya que el debate se ha centrado generalmente acerca del organismo que será encargado de redactar nuestro texto magno y la satisfacción de las necesidades sociales que han surgido en la

⁴⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2006, vol.19, n.1 [fecha de consulta: 09 marzo 2020], pp.125-148. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso>.

sociedad chilena, tales como previsión, salud, educación, medioambiente, legalización del aborto, matrimonio homosexual y el reconocimiento de los pueblos originarios. Es por lo anterior, que frente a la discusión de la redacción de una nueva Constitución, Claudia Heiss, experta constitucionalista, en una entrevista con el periódico electrónico chileno CIPER, comenta que *“sería muy malo cerrar esta discusión sin haber socializado con los ciudadanos los detalles de lo que va a tener la Constitución”*⁵⁰.

Del mismo modo, Claudia Heiss asegura que la política chilena ha desprestigiado la igualdad de derechos, dado que se han confundido las garantías por libertades, en donde quien puede pagar por lo que necesita, es libre de hacer lo que desea, cuestionando que si *“una persona que está endeudada hasta el cuello, preocupada permanentemente de satisfacer sus necesidades materiales y las de sus padres o de sus suegros y sus hijos, que es como viven la mayoría de los chilenos, con un ingreso que ya es bajo para el costo de vida, ¿qué capacidad de acción política, de libertad, tiene?”*⁵¹. La Constitución al establecer los derechos fundamentales que protege, debe también regular la distribución de poderes, evitando que exista concentración del mismo en un solo ente que pueda obstaculizar el pleno ejercicio de los derechos que garantiza o en un solo sector de la población, provocando que surja el sentimiento de que existen privilegios a la hora de asignar los derechos.

Respecto a los derechos fundamentales que son contenidos en la Carta Fundamental, es importante destacar el contenido esencial que ellos consagran, la protección a dicho contenido y el conocimiento de ellos por parte de la ciudadanía. La actual Constitución chilena asegura en el artículo 19 número 26 *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en*

⁵⁰ ALBERT, Catalina. 2019. Para sumarse al debate: lo que debemos saber de la Constitución y por qué hay que cambiarla. En: CIPER [en línea]. Disponible en: <<https://ciperchile.cl/2019/11/12/para-sumarse-al-debate-lo-que-debemos-saber-de-la-constitucion-y-por-que-hay-que-cambiarla/>> [fecha de consulta: 09 marzo 2020].

⁵¹ Op. Cit.

que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” ⁵². Este precepto legal protege las garantías fundamentales que contempla la Constitución, asegurando que las demás leyes y cuerpos normativos deban encaminarse siempre en el marco de la protección a los derechos fundamentales. Asimismo, se debe complementar lo anterior con lo contenido en el artículo 5 inciso segundo del mismo cuerpo legal, cuando establece que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución [...]”*⁵³. Por lo tanto, al definir cuáles son los derechos fundamentales que debe resguardar una nación, se debe priorizar para que tanto el legislador como los demás órganos del Estado velen por la supremacía que contemplan los derechos esenciales. En este sentido, en la creación de una nueva Constitución, *“si asumimos que los derechos fundamentales son límites para todos los poderes del Estado, deberíamos saber con certeza cuál es su contenido”* ⁵⁴. La correcta información en esta materia permite que sus ciudadanos actúen de forma consciente en la vida en comunidad, así como también, tengan certeza sobre qué está permitido, cuáles son las actividades que deben y pueden realizar los distintos órganos del Estado y cuáles son las libertades que les son garantizadas.

De igual forma, parece lógico que la creación de una nueva Constitución tome en cuenta las peticiones de la sociedad y pueda darles solución, sobretodo, atender las demandas sociales en cuanto al resguardo de los recursos naturales que posee Chile y que han sido objeto de la privatización, puesto que es un área importante en materia de derechos de propiedad, ya que *“[...] el territorio nacional se ha saturado de actividades extractivas como la minera, forestal, pesquera,*

⁵² BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 10 marzo 2020]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

⁵³ Op. Cit.

⁵⁴ PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio. La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales: Una Propuesta en clave democrática. *Rev. chil. derecho* [online]. 2015, vol.42, n.1 [fecha de consulta: 10 marzo 2020], pp.245-265. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100010&lng=es&nrm=iso>.

*salmonera y frutícola, quienes aprovecharon la lógica constitucional de la dictadura, que da prioridad al derecho de propiedad e iniciativa empresarial por sobre el derecho de las comunidades a decidir sobre sus territorios y la conservación ambiental*⁵⁵. La privatización de los recursos naturales ha provocado que los ciudadanos sientan desconfianza en la legitimidad del Estado y los métodos de resolución de estos conflictos, dado que se han provocado graves consecuencias medioambientales, en el contexto en que “[...] *el sobreconsumo y un modelo capitalista que entiende la naturaleza como recursos, necesitamos que, en la nueva constitución, se replantee seria y responsablemente cuál es el rol de la naturaleza de nuestra sociedad y economía*”⁵⁶.

Un ejemplo específico que demuestra la necesidad de precisar el contenido de los derechos fundamentales y en lo que este trabajo trata, existe el derecho de propiedad sobre el agua, recurso que es regulado tanto en la Constitución como en el Código de Aguas, cuerpos normativos que contienen contradicción a la hora de garantizar dicho derecho y que crean confusión acerca de su contenido. Cuando la Constitución establece en el artículo 19 número 24 inciso final que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*”⁵⁷, permite inferir que es posible el aprovechamiento de las aguas sobre un modelo empresarial del mismo, mientras que el Código de Aguas consagra en su artículo 5 que “*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.*”⁵⁸. Lo lógico sería que ambas normas siguieran una congruencia en el ejercicio del derecho de aguas, pero, aunque esa haya sido

⁵⁵ BUSTOS, Beatriz y PRIETO, Manuel. 2019. Reflexiones sobre lo ambiental en la nueva Constitución. En: El Desconcierto [en línea]. Disponible en: <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/25/reflexiones-sobre-lo-ambiental-en-la-nueva-constitucion/>> [fecha de consulta 10 marzo 2020].

⁵⁶ Op. Cit.

⁵⁷ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 10 marzo 2020]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

⁵⁸ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código de Aguas. [fecha de consulta: 10 marzo 2020]. Disponible en: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>>.

la intención del legislador, a primera vista es confuso el contenido en el aprovechamiento de aguas.

El agua es un bien que puede estar sujeto a las distintas variaciones que existen respecto a su aprovechamiento, es decir, la propiedad sobre el agua puede estar consagrada a través de diferentes regímenes a lo largo de las normativas, dependiendo de la consideración que se haga de este recurso, puede existir la propiedad del agua como un bien público, privado o común. La regulación chilena en la Constitución de 1980 no consagra expresamente un derecho subjetivo al agua, ni el deber del Estado frente a este recurso. Sin embargo, otras legislaciones han optado por describir oportunamente el contenido sobre los derechos del agua y el régimen de propiedad utilizado. De esta forma, Ecuador en su Constitución asegura mantener un régimen único de propiedad sobre el agua, el que establece un dominio inalienable e imprescriptible del Estado, ente que asegura los deberes de conservación y la prestación de los servicios relacionados a este recurso. Por otro lado, Estados Unidos utiliza un régimen múltiple de propiedad otorgando a cada Estado la autonomía para regular la propiedad sobre el agua que se encuentra dentro de sus límites. Una consagración constitucional sobre el agua reconocida en África del Sur garantiza a sus habitantes el sustento de agua y comida suficientes que sus recursos disponibles le permitan, obligando al Estado a tomar todas las medidas necesarias que permitan asegurar dichos derechos como, por ejemplo, prohibir el corte del suministro del agua a quienes se encuentren en las condiciones que le impidan costear el servicio⁵⁹. Es por lo anterior, evidente que la consagración del agua a nivel constitucional deba ser específica en su alcance y contenido cuando se le reconoce la posibilidad de ser utilizada mediante los derechos de propiedad, donde se le reconoce como recurso de uso público, pero en cuanto a los derechos que de aprovechamiento que se le

⁵⁹ BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La consagración constitucional del agua y sus límites: entre derecho patrimonial y extrapatrimonial. [fecha de consulta: 12 marzo 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21335/4/Derecho%20constitucional%20al%20agua_y_3.pdf>.

otorgan permite comercializar al agua como cualquier otro bien disponible en el mercado.

Al referirnos sobre el destino que tendrá el derecho de propiedad en la nueva Constitución que se origine en Chile, es difícil determinar si tenderá a resguardar la función social o si prevalecerá la función individual, dado que, en la actual Constitución, si bien se reconoce la función social que cumple el derecho de propiedad, no se refiere a la redistribución y la primacía por la mejora de las condiciones de vida de los individuos. Lo anterior, por reconocer la prioridad de velar por el bien individual cuando al reconocer en su artículo 1 inciso tercero que la finalidad del Estado es promover el bien común, estando al servicio de los individuos, consagra que se deben asegurar las condiciones para que todos los ciudadanos logren el desarrollo espiritual y material en el ejercicio de sus derechos que le son reconocidos⁶⁰.

⁶⁰ CRISTI, Renato. 2019. Abecedario del derecho de propiedad. En: El Mostrador [en línea]. Disponible en: <<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2019/11/26/abecedario-del-derecho-de-propiedad/>> [fecha de consulta: 10 marzo 2020].

CONCLUSIONES

El trabajo que se ha desarrollado anteriormente ha sido el esfuerzo por determinar los elementos de lo que bien anuncia el título de esta obra, el análisis económico del derecho de propiedad. Las razones por las que se ha dividido el texto en tres capítulos ha sido para demostrar al lector que las ciencias del derecho y la economía nos puede llevar a grandes estudios, los que requieren un manejo de la propiedad desde ambas áreas y que como se ha trabajado aquí nos ha permitido desarrollar el cuerpo de esta memoria.

Una sociedad nada sería sin la existencia de sus individuos. La interacción de los seres humanos que conviven dentro de una sociedad hace necesaria la consagración de un ordenamiento jurídico que regule las relaciones entre individuos, quienes dotados de racionalidad y que, en la búsqueda por el desarrollo de sus fines, sociabiliza con sus pares y aprovecha los bienes que le son necesarios y que se encuentran presentes en la comunidad. Aquí la propiedad y el derecho a ella, cumplen un rol importante estableciendo las bases fundamentales para intercambiar los bienes que poseen. El hecho de que la propiedad se encuentre contenida en la Constitución Política de la República dota a este derecho de una vital importancia, reconociéndola como parte de la naturaleza humana que debe ser reconocida, protegida y garantizada. La economía por otro lado, permite analizar el comportamiento humano y entrega soluciones a los problemas que surgen en la vida en sociedad, dado que, gracias a los principios económicos, como el del costo y beneficio de las relaciones humanas y sus intercambios, nos permite determinar mejoras en la legislación de un país, elegir mejor el sistema económico y crea incentivos a la conducta de los sujetos en estudio. Por lo tanto, un análisis económico del derecho permite comprender que las leyes son herramientas para la justicia, que en colaboración con la economía se utilizan como instrumentos para crear políticas eficientes, válidas y efectivas.

Pese a lo anterior, cuando abordamos el derecho de propiedad, y las consecuencias negativas que este puede provocar en la economía de una nación, producto de fallas en las normas legales como, por ejemplo, tener un escenario en donde exista monopolio en el mercado de los bienes o colusión entre empresas, la solución pareciera estar presente en políticas públicas capaces de corregir dichas fallas, asegurando igualdad de condiciones y oportunidades a la hora de negociar con los bienes que son propios de un sujeto.

Finalmente, el malestar social y la extensa frustración de los habitantes en Chile, han provocado que la lucha por la creación de una nueva constitución no soporte la idea de que sea realizada a puertas cerradas. En este sentido Yáñez señala que *“En lo económico, los chilenos se cansaron de un modelo neoliberal que hace más ricos a los ricos y más pobres a los pobres, donde se exalta el rol del mercado, se privatizan las ganancias y se socializan las pérdidas”*⁶¹. Con el desarrollo de una nueva Carta Fundamental, y abarcando las eventualidades que Chile tendría para cambiar su sistema político, económico y social se podría pensar que dos serían las posibilidades que se implementarían: por un lado, mantener el modelo capitalista, partidario de la economía de mercado, el desarrollo de los particulares y la maximización de la libertad o, por otro lado, el fortalecimiento de un sistema estatal, cambiando la función subsidiaria del Estado y haciéndola partícipe y protagonista de la economía, redistribuyendo la riqueza y aumentando la igualdad. Así las cosas, cualquiera que sea la estrategia adoptada debe ser capaz de resolver todas las dimensiones de la vida humana asegurando mejoras en las condiciones de vida, superando las diferencias, la pobreza y el descontento social, el que, sin lugar a dudas, debe reformular el contenido del artículo 19 número 24 para comprender con certeza el sentido de los derechos que asegura.

⁶¹ YAÑEZ, Eugenio. 2013. Economía Social de Mercado en Chile: ¿Mito o realidad? Ediciones Altazor, 2013. [fecha consulta: 11 marzo 2020]. Pp. 24. Disponible en: <https://www.academia.edu/12471867/Econom%C3%ADa_Social_de_Mercado_en_Chile_mito_o_realidad>.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GONZÁLEZ, José M. El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII (2009) [fecha de consulta: 10 diciembre 2018] Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2916230.pdf>>.

ALBERT, Catalina. 2019. Para sumarse al debate: lo que debemos saber de la Constitución y por qué hay que cambiarla. En: CIPER [en línea]. Disponible en: <<https://ciperchile.cl/2019/11/12/para-sumarse-al-debate-lo-que-debemos-saber-de-la-constitucion-y-por-que-hay-que-cambiarla/>>. [fecha de consulta: 09 marzo 2020].

ATRIA, Fernando, LARRAÍN, Guillermo, BENAVENTE, José Miguel, COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo. El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. Santiago de Chile: Debate, 2013.

BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código Civil. [fecha de consulta: 01 hasta 16 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>.

BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La Constitución. [fecha de consulta: 02 hasta 16 noviembre 2018; 10 marzo 2020]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de agosto de 1818, Sancionado y jurado solemnemente el 23 de octubre del mismo. [fecha de consulta: 09 marzo 2020]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005251&idParte=>>.

BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. Código de Aguas. [fecha de consulta: 10 marzo 2020]. Disponible en: <
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>>.

BIBLIOTECA Nacional Congreso de Chile. La consagración constitucional del agua y sus límites: entre derecho patrimonial y extrapatrimonial. [fecha de consulta: 12 marzo 2020]. Disponible en: <
https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21335/4/Derecho%20constitucional%20al%20agua_v3.pdf>.

BUSTOS, Beatriz y PRIETO, Manuel. 2019. Reflexiones sobre lo ambiental en la nueva Constitución. En: El Desconcierto [en línea]. Disponible en: <
<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/25/reflexiones-sobre-lo-ambiental-en-la-nueva-constitucion/>> [fecha de consulta 10 marzo 2020].

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Derecho y economía, 6° edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2006, vol.19, n.1 [fecha de consulta: 09 marzo 2020], pp.125-148. Disponible en: <
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso>.

CRISTI, Renato. 2019. Abecedario del derecho de propiedad. En: El Mostrador [en línea]. Disponible en: <
<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2019/11/26/abecedario-del-derecho-de-propiedad/>> [fecha de consulta: 10 marzo 2020].

DE LA FUENTE, Rosario y HONTAÑÓN. La Propiedad Privada desde la ética de la ley natural: Naturaleza y límites de derecho de propiedad. [fecha de consulta: 15 noviembre 2018]. Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2467/Propiedad_privada_desde_la_etica_ley_natural.pdf?sequence=1>.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Coordinado por José García García. Santiago: Thomson Reuters. [fecha de consulta: 09 marzo 2020]. Disponible en: http://www.fermandois.cl/publicaciones/otras/AFV_213_242.pdf>.

KAISER, Axel. La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. La Propiedad. [fecha de consulta: 01 hasta 12 noviembre 2018]. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>>.

OSTROM, Elinor. Capítulo I: Reflexiones sobre los comunes. En su: El gobierno de los Bienes Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000. [fecha de consulta: 27 febrero 2020]. Disponible en: http://base.socioeco.org/docs/el_gobierno_de_los_bienes_comunes.pdf>.

PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio. La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales: Una Propuesta en clave democrática. *Rev. chil. derecho* [online]. 2015, vol.42, n.1 [fecha de consulta: 10 marzo 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100010&lng=es&nrm=iso>.

RIESLE CONTRERAS, Héctor. La inviolabilidad del derecho de propiedad ante la doctrina pontificia. Editorial Jurídica de Chile, 1968.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. El principio constitucional de la función social de la propiedad. [fecha de consulta: 18 noviembre 2018]. Disponible en: <<http://vlex.com/vid/principio-funcion-social-propiedad-231603261>>.

WOOD, Gordon. The idea of America, Penguin, Nueva York, 2001. En: KAISER, Axel. Capítulo I: El liberalismo como maldición, el socialismo como salvación. La Tiranía de la Igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso. Santiago de Chile: El Mercurio, 2015.

YAÑEZ, Eugenio. Economía Social de Mercado en Chile: ¿Mito o realidad? Ediciones Altazor, 2013. [fecha de consulta: 11 marzo 2020]. Disponible en: <https://www.academia.edu/12471867/Econom%C3%ADa_Social_de_Mercado_en_Chile_mito_o_realidad>.