

Libertad económica y Estado empresario: Cuando la interpretación importa¹



SEBASTIÁN ZÁRATE ROJAS²
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente comentario se analizan tres acciones intentadas en contra de CONAF en las que se le imputa la realización no autorizada de un ejercicio empresarial. Dos empresas intentan en forma separada ante la Corte de Apelaciones de Santiago acciones de amparo económico, en tanto que una tercera interpone una demanda por competencia desleal y predación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Independiente del resultado judicial, el presente comentario se centra en la importancia que tiene para el ejercicio de la libertad económica la correcta interpretación de aquellos conceptos de los que deben pronunciarse los tribunales, y que inciden directamente en el resultado de la acción que intentada. Se propone interpretar conceptos tales como empresa y lucro, órgano público, servicio público o el alcance de la subsidiariedad de acuerdo a una presunción de libertad y del principio de proporcionalidad. Se concluye que son estos dos criterios los que permiten la necesaria extensión o restricción de cada concepto, teniendo en consideración que tratándose de un derecho de libertad, cualquier técnica interpretativa debe girar en torno a esa misma libertad que predica.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Hechos de la causa en sede ordinaria civil y especial. 2.1. Acciones de amparo económico en contra de CONAF. 2.2. Requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 3. Interpretación constitucional de la libertad económica y del Estado empresario: una mirada originalista (y no originalista). 4. Extensión y restricción de los conceptos en función de la libertad. 4.1. El concepto de empresa y el lucro. 4.2. El concepto de órgano público. 4.3. La transformación del servicio público. 4.4. Subsidiariedad. 5. Conclusiones

¹ Comentario de las sentencias “Helicópteros del Pacífico Ltda. contra CONAF y Ministerio de Agricultura”, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 67, Rol C124-07, 17 de junio de 2008.; “Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6594-2006, 26 de enero de 2007.; y “Aerozonal con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34-2007, 10 de mayo de 2007.

² Agradezco al profesor Arturo Fermandois V. por sus valiosos comentarios y orientación en materia constitucional. Agradezco también al Director Ejecutivo del Centro de Libre Competencia, profesor Ricardo Jungmann Davies por su ayuda en materias de libre competencia. Cualquier error en este trabajo es solo atribuible mi persona.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) relativa a la actividad de extinción de incendios forestales desarrollada por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), tiene una importancia e interés mucho más allá de lo resuelto. En ella, una empresa busca impugnar la actividad de CONAF como constitutiva de un ejercicio empresarial, no estando legalmente habilitada de conformidad a la Constitución para ello. La empresa requirente denuncia que dicho acto generaría una competencia desleal o pre-dación.

Sin perjuicio del resultado, resulta interesante analizar los argumentos utilizados por el TDLC para interpretar la actividad desarrollada por CONAF. A partir de ellos se pone en duda el razonamiento clásico utilizado por los tribunales ordinarios en materia de derecho constitucional económico. Elementos como el concepto de empresa, la importancia del lucro, o los requisitos de la intervención empresarial del Estado, son categorías que requieren de un alcance preciso y que son vistos por el TDLC de un modo diferente.

La interpretación constitucional siempre resulta relevante, pero cuando se trata de defender la libertad, el sentido o alcance de un elemento determinado debe guardar relación con la misma libertad que busca proteger.

En el presente artículo, junto con destacar aquellos argumentos más relevantes del caso resuelto por el TDLC, se analizarán dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago motivadas por los mismos hechos (sección 2). La sección 3 estará dedicada a responder a los cuestionamientos efectuados por un sector minoritario de la doctrina en relación al rol que le corresponde al principio de subsidiariedad y la historia fidedigna de la Constitución en materia de libertad económica. Con el fin de responder a tales objeciones, nos referiremos al debate del originalismo.

Finalmente, se adoptará un criterio de presunción de la libertad, que vinculado al principio de proporcionalidad servirá para acotar o expandir determinados conceptos de los que habitualmente se han tenido que hacer cargo los tribunales ordinarios: actividad empresarial y lucro, órganos públicos, servicio público y subsidiariedad.

2. HECHOS Y DERECHO DE LAS CAUSA EN SEDE ORDINARIA CIVIL Y ESPECIAL

En septiembre de 2006 CONAF llama a licitación para prestar el servicio de extinción de incendios forestales con tres aviones cisterna de su propiedad. De acuerdo a las bases de licitación³, junto con solicitarse información legal de los oferentes, se requiere la aportación de datos financieros, incluyéndose los balances de los últimos ejercicios, declaraciones de IVA⁴, y estructura detallada de costos⁵.

A dicho proceso licitatorio se presentan tres empresas: Aerozonal S.A., Inversiones Aérea Patagonia Limitada e Iberochilena de Aviación Limitada. La licitación es declarada desierta, y con posterioridad CONAF contrata personal, instalaciones y obtiene los permisos necesarios para operar por sí mismo los servicios que fueron objeto de la licitación. Frente a ello, las dos primeras empresas oferentes citadas interponen una Acción de Amparo Económico. Por su parte, un tercer agente económico, *Helicópteros del Pacífico Limitada*, intenta una demanda ante el TDLC. Las tres acciones procesales fueron rechazadas.

2.1. Acciones de amparo económico en contra de CONAF

Ambas acciones son rechazadas en atención a que la Corte de Apelaciones de Santiago considera que la actividad de extinción de incendios efectuada por la recurrida era llevada a cabo en forma gratuita y sin una finalidad de obtener lucro. Asimismo, el hecho de la gratuidad es vinculado con el cumplimiento del bien común. En tal sentido, el argumento de la Corte viene a significar que la gratuidad y falta de lucro impiden calificar a un acto como constitutivos de una actividad empresarial del Estado que no cumpliendo con la autorización constitucional restrinja o impida el ejercicio de la libertad empresarial de los recurrentes.

El argumento de la Corte se resume en el siguiente considerando de una de las dos sentencias:

³ CONAF (septiembre de 2006) Bases de licitación pública para contratar servicios para el combate de incendios forestales con tres aviones cisterna de propiedad de CONAF con bases en las regiones V y VIII para el período de mayor exposición al riesgo de incendios forestales 2006-2007. Disponible en www.chilecompra.cl.

⁴ *Ibid.*, 7.8

⁵ *Ibid.*, 7.9 y Anexo C

“Séptimo: Que de lo señalado precedentemente es que no pueden calificarse las actividades desarrolladas por la recurrida como destinadas al lucro ni que revistan el carácter de empresariales, pues las descritas de acuerdo a su estatuto corresponden al cumplimiento del mandato constitucional contenido en las normas de bases de la institucionalidad, en cuanto se trata de la promoción del bien común y de la protección a la población conforme a los incisos cuarto y quinto del artículo 1° constitucional”⁶.

Como explicaremos con posterioridad, el criterio de la Corte de establecer esta triple equivalencia lógica entre: actividad no lucrativa, actividad no empresarial y actividad conducente al bien común es tal vez el que predomine en la justicia ordinaria, y con cierto apoyo en la doctrina nacional. Sin embargo, en lo que sigue intentaremos demostrar que estas equivalencias utilizadas con una lógica casi matemática, no resultan acordes a una interpretación que guarde armonía con la libertad económica reconocida por la Constitución (art. 19 N° 21 CPR).

2.2. Requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Por su parte, la estrategia adoptada por otro agente económico del rubro es la de intentar un pronunciamiento del TDLC en relación a que la conducta de CONAF estaría contraviniendo el D.L. 211.

Argumenta la demandante que por una parte existiría competencia desleal por parte de CONAF: (1) al ofrecer y prestar servicios aéreos de extinción de incendios sin contar con la habilitación legal necesaria; (2) por intervenir en el mercado relevante respectivo con privilegios tales como la existencia de exenciones tributarias y financiamiento público del que no gozan los agentes económicos de naturaleza privada como la actora en el proceso; y (3) por obtener información confidencial y estratégica de sus competidores mediante licitación que luego declara desierta.

Por otra parte, la demanda atribuye a CONAF la realización de conductas predatorias, constituidas por el hecho de no cobrar por sus servicios, lo que estaría destruyendo la oferta privada.

La respuesta del tribunal consiste en reconocer la falta de habilitación legal y constitucional de CONAF para intervenir en el mercado

⁶ “Aerozonal con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34-2007, 10 de mayo de 2007.

en cuestión. No desconoce el hecho de la no existencia de una ley de quórum calificado, o de la autorización de beneficios especiales de que goza CONAF. Sin embargo, el TDLC estima que no hay predación, ya que la conducta de la demandada no tuvo “el objeto de expulsar del mercado, en forma ilícita, a los operadores privados en este negocio”⁷; tampoco estima que haya habido competencia desleal, puesto que el actuar de CONAF no se encontraría “suficientemente acreditado en autos que dicha conducta haya tenido por objeto alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado”⁸.

Pero hay dos argumentos contenidos en el fallo en los que quisiera detenerme: la definición de empresa y la interpretación del rol subsidiario que le cabría a CONAF en este caso. Con respecto a lo primero, el TDLC realiza un acucioso y certero examen –a mi juicio– de lo que consiste el mercado relevante en cuestión: provisión de servicios aéreos de extinción de incendios forestales. Dicha actividad puede tener lugar ante la eventualidad de un siniestro, celebrando un contrato por temporadas en el que CONAF se compromete a extinguir el incendio forestal, lo que es asimilado por el Tribunal a un contrato de seguro. También puede intervenir en aquellos casos en los que ha sido detectado el incendio, no habiéndose celebrado un contrato anterior. Se señala que CONAF ha participado en ambas modalidades, dejándose constancia de la existencia de convenios en razón de los que se acuerda pagar el valor de los recursos de detección y combate utilizados por CONAF.

Para efectos constitucionales, este análisis que ya parece novedoso y útil de trasladar a la sede jurisdiccional ordinaria, es complementado por el concepto amplio de “agente económico”:

“cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes y servicios”⁹.

En cuando a la calificación constitucional del rol subsidiario de CONAF, el TDLC comprueba la inexistencia de autorización legal previa para que CONAF desarrolle la actividad en cuestión y del régimen jurídico más favorable que el de los privados en materia

⁷ “Helicópteros del Pacífico Ltda. contra CONAF y Ministerio de Agricultura”, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 67, Rol C124-07, 17 de junio de 2008. Considerando 45°.

⁸ Ibid. Considerando 54°.

⁹ Ibid. Considerando 10°.

tributaria. Con ello concluye que CONAF como órgano público habría cometido una “infracción de las restricciones constitucionales y legales establecidas respecto de su participación en actividades económicas”¹⁰. No considera que el hecho de encontrarse inhabilitado constitucionalmente para actuar como agente económico tenga influencia en sí misma en la calificación del ilícito, debido a la falta de intencionalidad en la infracción. Sin embargo, el TDLC formula la siguiente prevención:

“Que, en tanto no se dicte una ley de quórum calificado que la autorice a prestar el servicio aéreo de extinción de incendios forestales a terceros como actividad empresarial, no podrá prestar dichos servicios en forma remunerada respecto de predios que sean distintos de aquellos que administra”¹¹.

Si bien esta prevención, puede presentar algunas dudas en cuanto a su efectividad, es el examen de intervención subsidiaria que efectúa el propio Tribunal el que llama poderosamente la atención:

“Que, por último, cabe destacar que la participación de CONAF, ya sea directamente o contratando servicios de terceros, en la extinción de incendios en predios públicos, y también en predios privados puede maximizar el bien social, por lo que parece justificable la intervención subsidiaria del Estado en estas materias, siempre y cuando se garantice que los particulares también puedan hacerlo en la mayor medida posible”¹².

¿Qué alcance tienen estas consideraciones? ¿Se puede materializar la prevención del TDLC fuera del ámbito de su competencia jurisdiccional, o incluso en casos futuros, dada la importancia del precedente en materia de libre competencia? Con respecto al segundo argumento, ¿Qué grado de habilitación legal o de legitimidad política tendría el TDLC para enjuiciar si se justifica la intervención empresarial del Estado? ¿Pueden ser entendidos ambos argumentos como un mensaje al legislador?

En lo que sigue de este artículo, intentaremos responder estas interrogantes.

¹⁰ Ibid. Considerando 59°.

¹¹ Ibid. Primera Prevención.

¹² Ibid. Considerando 44°.

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD ECONÓMICA Y DEL ESTADO EMPRESARIO: UNA MIRADA ORIGINALISTA (Y NO ORIGINALISTA)

Como se indicó en la introducción, el presente trabajo lo queremos abordar desde una perspectiva de interpretación constitucional de los problemas que se plantean a partir de la libertad económica empresarial y su relación con el Estado empresario.

Lo primero que habría que indicar a este respecto es que tratándose de la interpretación constitucional de un derecho fundamental, el rol del intérprete es esencial para el proceso hermenéutico.

La primera condición es que debe existir una independencia entre quien analiza la norma y esta. La dificultad interpretativa que puede existir entre dos sujetos analizando la misma norma consiste en que pueden partir de bases y esquemas distintos, y que intenten –intencionalmente o no– dar sentido a una norma a partir de concepciones personales. Luego, esta primera tarea consistirá en aislar esas preferencias personales e indagar el verdadero sentido del derecho, con una actitud de *buena fe*¹³. Como ha señalado Cea Egaña:

“Sea que el intérprete esté o no de acuerdo con su contenido, comparta o disienta de lo preceptuado en él, haga o no suyos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico articulados en su texto. La buena fe, entonces, quiere decir aquí la aceptación transparente de lo mandado por la Carta Fundamental, actitud que lleva a respetarla o acatarla, a cumplir fiel y celosamente sus mandatos, sin caer en resquicios, manipulaciones o tergiversaciones movidas por designios ideológicos, partidistas, sectarios, de oportunidad o conveniencia, etc.”¹⁴.

Se ha señalado en nuestro medio que con respecto al Estado empresario, no sería aplicable el principio de subsidiariedad a nivel constitucional, puesto que se trataría de una mera formulación ideológica no escrita de la Constitución, además de una concepción ajena a la tradición jurídica chilena¹⁵. Otros, han incluso pretendido sostener que se trataría de un mito propio de una interpretación conservadora de la Constitución, cuya base de legitimidad

¹³ BURTON, S. J. (1994) *Judging in good faith*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁴ CEA EGAÑA, J. L. (2002) *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 169-170.

¹⁵ RUIZ-TAGLE, P. (2000) Principios Constitucionales del Estado Empresario. *Revista de Derecho Público*, 35, 48-65.

no sería suficiente como para atribuirle el carácter de principio¹⁶. Los dos trabajos aludidos sugieren que la existencia de dicho principio se basaría en una interpretación originalista de los derechos fundamentales que tendría serios problemas de legitimidad como técnica interpretativa.

Dada la importancia de la subsidiariedad dentro de nuestra Constitución, estimo conveniente despejar estos cuestionamientos. Comencemos pues con el carácter no escrito del principio de subsidiariedad en la Constitución de 1980. La pregunta de quienes niegan su validez como fuente del Derecho lo hacen sobre la base de nuestra tradición jurídica anterior, pero sin considerar ningún elemento de la génesis de la actual Constitución. Pues bien, estimo que tanto desde una perspectiva no originalista como la defendida por los aludidos, así como una versión originalista (que en lo personal apoyo), se puede llegar a la misma solución: que el principio de subsidiariedad tiene un innegable efecto en la Constitución.

Situémonos primero desde la perspectiva de los no originalistas, es decir quienes niegan la interpretación histórica de la Constitución de 1980, contenida en los documentos históricos del constituyente originario y del constituyente derivado o constituido. Aun efectuando el ejercicio de asumir la no existencia de una variable –principalmente, de las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC)– se puede llegar a sostener que bajo el régimen constitucional de 1980 se ha “construido” y reconocido un sólido principio de subsidiariedad. Así es como jueces ordinarios y el propio Tribunal Constitucional han reconocido sistemáticamente tal principio, y específicamente han argumentado que el artículo 19 N° 21 de la Constitución es una consecuencia del mismo.

Ahora bien, ¿cómo se justifica el amplio reconocimiento de un principio jurídico por parte de los operadores jurídicos? Si se desconoce la base histórica de nuestra Constitución cabrían dos explicaciones: la mutación constitucional o la construcción de un principio jurídico. Aquí es donde nos aproximamos por primera vez a la legitimidad que los objetores del principio aluden.

La legitimidad, en su perspectiva jurídica propiamente tal significa la aceptación de una determinada norma, principio o acto como jurí-

¹⁶ GARRETÓN, R. V. & LORENZO, D. P. (2008) Derribando mitos sobre el Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 35, 135.

dicamente obligatorio¹⁷. En el caso de la subsidiariedad desprovisto de su origen histórico en quienes redactaron la Constitución, no solo existe una convicción de cumplir con un mandato constitucional, sino que claramente los operadores jurídicos (partiendo por el Tribunal Constitucional) relacionan este principio con normas específicas de la Constitución: art. 1º inc. 3º y art. 19 Nº 21, entre otros.

Por su parte, la legitimidad, en su perspectiva sociológica implica aquella aceptación de la norma, principio o acto como obligatorio como “justificada, apropiada, o bien que merece ser respetada aun cuando no exista el miedo a recibir una sanción”¹⁸. Con respecto a ello, no se requiere ahondar en el reconocimiento del principio de subsidiariedad, sin perjuicio de que algunos puedan discrepar del énfasis en la libertad en lugar de la intervención excepcional del Estado como sociedad mayor.

Por último, la legitimidad en su esfera moral¹⁹ va a implicar que los operadores jurídicos reconocen lo correcto de su actuar al aplicar o interpretar una norma, ya sea porque es aquello que es justo, o porque es la mejor decisión para los destinatarios. A este respecto, los operadores jurídicos chilenos han encontrado en la subsidiariedad una forma de respeto de la autonomía del individuo y los cuerpos intermedios, y su libertad en el cumplimiento de los fines que se propone en materia económica.

En el sistema jurídico donde surge el debate del originalismo –EE.UU.–, aquellos que siendo contrarios al mismo²⁰, han reconocido ciertos principios que suplementan al texto constitucional, y dotan al juez de toda la amplia discrecionalidad y apertura que los no originalistas predicán.

Pero junto con una explicación no originalista de la Constitución que desconozca el elemento histórico de la redacción del texto de la Carta, se encuentra la interpretación originalista. No obstante la variedad de formas de originalismo que podemos encontrar en EE.UU., desde aquella clásica versión de Bork²¹, que sufrió duros cuestionamientos durante los años ochenta, hasta versiones contemporáneas como la

¹⁷ FALLON JR, R. H. (2005) Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118, 1787-1853., p. 1794-5

¹⁸ *Ibid.*, p. 1795. (traducción propia del inglés).

¹⁹ *Ibid.*, pp. 1796-1801

²⁰ Véase, GREY, T. C. (1988) The Uses of an Unwritten Constitution. *Chicago-Kent Law Review*, 64, 211-238.

²¹ BORK, R. H. (1971) Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *IND. L.J.*, 47, 1-35.

de Barnett²² o Solum²³, no han sido pocos quienes se han convencido con el tiempo de la importancia de esta forma de interpretación constitucional. En efecto, la vinculación de tesis originalistas a sectores conservadores ya no se produce en la actualidad²⁴, y como ejemplo de ello es que uno de los nuevos seguidores del originalismo es Balkin²⁵, un conocido académico de línea progresista.

¿Qué utilidad tendría una tesis originalista para interpretar la intervención empresarial del Estado como una excepción a la libertad económica? En el originalismo se produce una sintonía entre el texto, la historia u origen de la redacción del precepto, y el principio que subyace. Nunca puede existir una contradicción entre estos, aunque las nuevas versiones del originalismo puedan concebir una interpretación más abierta y sujeta a cambios futuros, pero sin destruir la esencia del triple compuesto que mencionamos (texto, contexto y principio). En tal sentido –aunque ya hemos sostenido que una tesis que desconozca el contexto histórico puede igualmente llegar a la misma conclusión– una tesis originalista aplicada a la intervención empresarial del Estado permitirá una interpretación con la coherencia que se requiere para la solución judicial de los casos que se plantean.

En fin, el traer el debate del originalismo a nuestro sistema puede parecer algo extraño a la realidad constitucional chilena. Sin embargo, no creemos que se trate de una categoría forzosamente incorporada a nuestro entorno. Por el contrario, tiene la ventaja de importar un enriquecido debate que nos servirá para despejar una piedra de tope de la interpretación constitucional patria. A nuestro entender, el acoger el originalismo como un método legítimo y adecuado de interpretación de la Constitución de 1980, nos permite reconocer que nuestro

²² BARNETT, R. E. (2008) The Choice between Madison and FDR. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 1005-1016, BARNETT, R. E. (1999) An Originalism for Nonoriginalists *Loyola Law Review*, 45, 611-654, BARNETT, R. E. (2003) Original Meaning of the Necessary and Proper Clause, *The U. Pa. J. Const. L.*, 6, 183-221, BARNETT, R. E. (2004) *Restoring the lost constitution: the presumption of liberty*, Princeton University Press, BARNETT, R. E. (2006) Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism. *U. Cin. L. Rev.*, 75, 7-24.

²³ SOLUM, L. B. (1989) Originalism as Transformative Politics. *Tul. L. Rev.*, 63, 1599-1630, SOLUM, L. B. (2007) Constitutional Texting. *San Diego Law Review*, 44, 123-152, SOLUM, L. B. (2008) Semantic Originalism. *SSRN, Illinois Public Law Research Paper No. 07-24*, 1-173.

²⁴ STRAUSS, D. A. (2008) Why Conservatives Shouldn't Be Originalists. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 969-976.

²⁵ BALKIN, J. M. (2007a) Abortion and Original Meaning. *Const. Comment.*, 24, 291-352, BALKIN, J. M. (2007b) Original Meaning and Constitutional Redemption. *Const. Comment.*, 24, 427-532, BALKIN, J. M. (2008) Framework Originalism and the Living Constitution. *SSRN, Northwestern University Law Review*, 2009.

texto no salió como fruto de la nada, sino que se trata del más estudiado de nuestra historia constitucional, y cuyo texto y contexto han sido refrendados por los chilenos por medio de una ratificación y más de cien reformas democráticamente pactadas.

4. EXTENSIÓN Y RESTRICCIÓN DE LOS CONCEPTOS EN FUNCIÓN DE LA LIBERTAD

La utilidad específica de una interpretación originalista a que hacíamos mención en la sección anterior para el caso del Estado empresario consiste en asumir que siendo el derecho reconocido en el art. 19 N° 21 de la Constitución un derecho de libertad, todos los conceptos que puedan relacionarse con dicha libertad, con sus límites y excepciones deben interpretarse con un claro criterio también de libertad, y en caso de existir una duda interpretativa, que sea resuelta con la regla del *in favorem libertatis*. Esta es una consecuencia que resulta predicable de cualquier derecho de libertad, y que extraemos también de uno de los defensores del originalismo “nuevo” o contemporáneo²⁶.

La tesis de Barnett consiste en que es necesario acudir al texto y principios de la Constitución frente al riesgo de ir borrando su vocación libertaria. Por eso Barnett reconoce una presunción de libertad frente a cualquier limitación de un derecho. Cualquier acto que limite o regule el libre ejercicio de un derecho no solo debe ser legítimo desde un punto de vista general, sino que tiene que justificarse como un medio legítimo, excepcional y limitado para proteger precisamente la libertad. La presunción de libertad tiene la finalidad que por la vía interpretativa no se reste el valor de la libertad contenido en la Constitución, que generaría el despojar al texto de su sentido original.

La tesis de Barnett es en tal sentido asimilable en Europa al principio de proporcionalidad, haciendo alusión a los requisitos de idoneidad y necesidad, e intensidad de la intervención²⁷.

Por tanto, el planteamiento que expondremos en este trabajo para la interpretación de conceptos relacionados con la libertad económica

²⁶ BARNETT, R. E. (2004) *Restoring the lost constitution: the presumption of liberty*, Princeton University Press.

²⁷ ALEXY, R. (2000) On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, 13, 294-304, ALEXY, R. (2002) *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, RIVERS, J. (2006) Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, 65, 174-207.

y el Estado empresario es una mezcla del principio de presunción de libertad con el principio de proporcionalidad. Conforme a ambos, podremos obtener un concepto más extendido o acotado que servirá de base para la solución de un caso particular. En tal sentido, el principio de subsidiariedad juega un rol vinculante entre libertad y proporcionalidad, según veremos, ya que indica reglas de optimización entre la libertad y la intervención del Estado.

En las subsecciones que siguen, analizaremos aquellos conceptos a los que nos referimos, haciendo las debidas referencias del caso que comentamos. Debemos aclarar que la interpretación que efectuamos la haremos en relación al tema que nos convoca, no teniendo un sentido universal, aunque ciertamente podrían ser invocados cada vez que se plantee un problema interpretativo en relación con otros derechos de libertad.

4.1. El concepto de empresa y el lucro

Hay notorias diferencias entre la forma de concebir la actividad económica en materia constitucional, y la que hace el TDLC. Como indicábamos en la sección 2, el TDLC define a un agente económico como:

“cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes y servicios...”²⁸.

Si bien dicha noción de actividad económica resulta aplicable respecto de los actos que puede conocer el TDLC en virtud del artículo 1º del D.L. 211, el TDLC considera el acto que esta actividad comprende en un sentido lato, como la oferta o demanda de bienes y servicios.

El concepto anterior difiere de aquel basado en el lucro, y que ha sostenido uniformemente la mayoría de la doctrina constitucional y los tribunales ordinarios. Así, en el presente caso la Corte de Apelaciones argumenta en los recursos de amparo respectivos lo siguiente:

8º) Que para los efectos de este recurso, ha de tenerse en consideración que por actividad empresarial se entiende aquella que uno o varios sujetos realizan a través de medios con los cuales realizan una actividad que importa un riesgo con la finalidad de obtener un lucro.

²⁸ “Helicópteros del Pacífico Ltda. contra CONAF y Ministerio de Agricultura”, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 67, Rol C124-07, 17 de junio de 2008. Considerando 10º.

Constituye un riesgo en la medida que deben adoptar diversas decisiones para el logro de sus fines sin que nadie les pueda asegurar un resultado; y constituye un lucro en la medida que el objetivo que se pretende no es la filantropía sino la obtención de una legítima ganancia²⁹.

Quinto: *Que corresponde determinar si las actividades que desarrolla la recurrida han tenido el carácter de empresariales, entendidas estas como aquellas que deben producirle un determinado lucro, esto es, una ganancia o provecho que se obtiene de una determinada cosa. Que de lo anterior es que ha de analizarse las funciones que la recurrida cumple, entre otras, la de prevención y combate de los incendios forestales³⁰.*

Como decíamos, la jurisprudencia ordinaria ha exigido la existencia de lucro para considerar que una actividad es empresarial en el sentido del art. 19 N° 21 inc. 2°. Fernandois Vöhringer³¹ cita casos en los que no existiendo ánimo de lucro por parte del agente estatal, no se consideran como situaciones de ejercicio empresarial: universidades³², escuelas de conductores³³, clínicas veterinarias³⁴.

¿Es el lucro un elemento esencial de una actividad económica para los efectos de definir que un órgano del Estado se convierte en un agente económico? Creemos que no. Recordemos que no se pretende efectuar un concepto unívoco de empresa para cualquier efecto jurídico o económico. Aquí se trata de interpretar si existe una vulneración de la libertad económica privada por parte del Estado. Pero además de ello, ¿por qué se requiere de un elemento volitivo para la configuración del lucro –entiéndase “ánimo de obtener lucro”–? ¿Podría un agente del Estado argumentar que sin perjuicio de obtener una ganancia, no ha pretendido nunca obtener lucro? ¿Acaso depende una vez más del revestimiento jurídico del ente estatal?

A nuestro entender, falta en esta interpretación un concepto que sirva como técnica de control entre aquellas actividades en que el Estado interviene habilitadamente en el ordenamiento jurídico y aquellas en que vulnera la libertad. El lucro solo puede ser relevante desde un

²⁹ “Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6594-2006, 26 de enero de 2007.

³⁰ “Aerozonal con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34-2007, 10 de mayo de 2007.

³¹ FERNANDOIS VÖHRINGER, A. (2006) *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

³² *Ibid.*, p. 136.

³³ Véase FERNANDOIS VÖHRINGER, A. (1999) Municipalidades, Corporaciones sin fines de lucro y Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 26, 193-201.

³⁴ FERNANDOIS VÖHRINGER, A. (2006) *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 242.

concepto de naturaleza netamente económica de empresa, y aun allí no tiene un rol tan protagónico como el que habitualmente le asignan los jueces ordinarios. Desde el punto de vista jurídico, como ejercicio libertario, lo que asegura la Constitución es la libertad económica, y no la libre obtención del lucro. En consecuencia, parece ser que el criterio que debe primar es el de libertad, sin importar si la actividad persigue en los hechos o permite en el derecho ser lucrativa.

En resumen, el argumento más llamativo de la sentencia del TDLC para quienes nos interesamos por el Derecho Constitucional, lo constituye el concepto amplio de actividad económica, únicamente restringida a la actividad de oferta o demanda de bienes y servicios.

4.2. El concepto de órgano público

El TDLC ha mantenido un criterio amplio de aquello susceptible de ser considerado como organismo del Estado, para los efectos del D.L. N° 211, tal como se pudo apreciar en el concepto antes transcrito. En efecto el TDLC cita en su fallo otras nueve decisiones en las que ha considerado al Estado y sus organismos como agentes económicos. Por tanto, se trata de un criterio uniforme que ha tenido oportunidad de aplicar.

La particularidad del caso de CONAF consiste en que la materia objeto del juicio ante el TDLC es la actuación del organismo no como un ente público ejerciendo potestades, sino que su actividad empresarial. Lo importante no radica en señalar si un acto administrativo se ha llevado a cabo de conformidad al Derecho. Lo que se discute son los efectos que tiene para la libre competencia un acto jurídico comercial que ha sido desarrollado sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Pero lo que más interesa desde el punto de vista interpretativo es el concepto de órgano público. CONAF es un caso único en el ordenamiento chileno en el que se trata de una Corporación de Derecho Privado que sin embargo ejerce potestades públicas. Lo anterior llevó al Tribunal Constitucional –solo pocos días después del fallo del TDLC– a pronunciarse sobre las potestades que se le confirieron a CONAF en el marco de la Ley N° 20.283, sobre Bosque Nativo y Fomento Forestal:

VIGESIMO TERCERO. Que sobre la base de las consideraciones precedentes se declarará la constitucionalidad de aquellas disposiciones del proyecto de ley que asignan a la CONAF funciones cuyo cumplimiento envuelve ciertamente el ejercicio de potestades públicas;

VIGESIMO CUARTO. Que, sin embargo, esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado³⁵;

Al igual que frente al caso del lucro, nos encontramos con la tarea interpretativa consistente en determinar si un órgano tiene la categoría de órgano público. Las partes requeridas en la causa seguida ante el TDLC insistieron que el hecho que se tratase de una Corporación de Derecho Privado impedía un trato como organismo del Estado. Pero la respuesta a esta dificultad de interpretación dependerá del caso a resolver. En efecto, si estamos ante la atribución de una potestad, se exigirá una interpretación estricta del órgano sobre el que se le confiere la potestad. Esto ha sido lo resuelto por el Tribunal Constitucional, al hacer un llamado al legislador de que regularice la situación de CONAF. El voto de minoría, entendió en forma aún más estricta que solo órganos públicos ejercen potestades de la misma naturaleza.

Pero el criterio del Tribunal Constitucional no puede ser trasladable al caso que nos convoca. No se trata aquí de efectuar un análisis de la naturaleza jurídica del órgano que recibe una potestad y que ingresa al área de lo estrictamente público. Aquí se trata de calificar la habilitación legal de un órgano que ingresa en un ámbito de libertad estrictamente privada. Ya no se pueden aplicar los mismos criterios. El analizar si un órgano participa de la personalidad jurídica del Estado o tiene otra forma jurídica o societaria, es un dato que no puede ser juzgada como relevante.

La razón está en que un órgano que recibe y ejerce potestades públicas no puede ser sujeto de derechos y libertades a nivel constitucional. Se trata de calidades incompatibles, no importando el ropaje jurídico que tenga dicho órgano. Y en esto consiste una de las características esenciales de los derechos fundamentales de libertad: se trata de garantías frente al Estado, buscando la realización individual y social, y precaviendo cualquier tentación de abuso por quienes detentan el poder. Lo contrario, el pretender que un órgano detentador

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1024, Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, de 1 de julio de 2008.

del poder puede reclamar derechos para sí y frente a sí, carece de lógica jurídica.

Para ilustrar esta idea, es útil recurrir nuevamente al derecho comparado, esta vez al Derecho Administrativo inglés. El Derecho Público británico ha sufrido uno de sus mayores cambios a raíz de la entrada en vigor de la *Human Rights Act 1998*, que incorpora en el derecho interno el catálogo de derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Una de sus características ha sido que la garantía de los derechos reconocidos procede respecto de violaciones de agentes públicos. Ello ha dado paso a una nutrida discusión con respecto a la aplicación de la categoría de órgano público que sin estar claramente definida, requiere de una respuesta interpretativa con respecto al sujeto activo de la presunta vulneración del derecho. Se trata de una determinación que no es simple, y que depende de la discrecionalidad judicial y de la evaluación de una serie de factores (tales como potestades atribuidas, controles democráticos y principios constitucionales)³⁶.

Un ejemplo de dicha interpretación se produjo en 2004 en el caso *Aston Cantlow*³⁷, donde la Cámara de los Lores efectuó un interesante análisis distinguiendo entre órganos públicos propiamente tales, cuyos actos son públicos por naturaleza; y órganos públicos híbridos, cuyos actos van a ser públicos o privados de acuerdo a la naturaleza de la función encomendada³⁸. Si bien un criticado³⁹ fallo de la misma Cámara de los Lores⁴⁰ efectuó un giro al basar su criterio en consideraciones formales (naturaleza privada de un contrato), lo cierto es que en el derecho administrativo inglés se reconoce que se trata de conceptos que no se pueden hacer valer en forma única para todos los casos, y que el hecho de tratar de interpretar si un órgano es público o privado depende de varios factores, siendo la libertad garantizada el más importante de ellos.

³⁶ OLIVER, D. (2000) The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act. *Public Law*, 476-493, pp. 485-486

³⁷ *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2003] UKHL 37; [2004] 1 A.C. 546 (HL) 2004.

³⁸ Para un comentario de la sentencia, véase MEISEL, F. (2004) The Aston Cantlow case: blots on English jurisprudence and the public/private law divide. *Public Law*, Spring, SUNKIN, M. (2004) Pushing forward the frontiers of human rights protection: the meaning of public authority under the Human Rights Act. *Public Law*.

³⁹ PALMER, S. (2007) Public, Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Divide. *The Cambridge Law Journal*, 66, 559-573.

⁴⁰ *YL v. Birmingham City Council* [2007] UKHL 27, [2007] 3 W.L.R. 112. 2007.

4.3. La transformación del servicio público

Los fallos de los amparos relacionados con esta causa, así como la jurisprudencia ordinaria aluden los conceptos de “servicio público” o “función pública”. La relación que hacen dichos fallos consiste en establecer un vínculo en el que necesariamente un servicio público u órgano que ejerce una función pública, lo hace en miras al bien común. ¿Es acaso el bien común una finalidad exclusiva del Estado? Ciertamente que no, y ello se extrae del propio concepto de bien común, así como de la evolución histórica del concepto de “servicio público”.

Con respecto a lo primero, hay que recordar que el Estado tiene como finalidad la promoción del bien común, sin implicar que ello lo sitúe en un plano de realizador exclusivo de tal principio. La función misma de extinción incendios puede ser considerada contributiva del bien común, que ciertamente el Estado debe promover, pero ello no excluye a la sociedad y sus cuerpos intermedios en la consecución del mismo. Lo contrario sería reconocer una concepción colectivista de bien común, que la Constitución no recoge.

Con respecto a lo segundo, se debe constatar la evolución del concepto de “servicio público” desde su raíz francesa clásica, caracterizada por una exclusividad de provisión de determinados bienes y servicios por el Estado⁴¹. La evolución en Europa de las últimas dos décadas demuestra lo contrario, y el concepto de servicio público ha debido acomodarse a una privatización en régimen de competencia, como asimismo conjugarse con los valores del *public utilities* británico⁴². Ello no ha significado tampoco un repliegue de la función de Estado, que se incrementa regulando allí donde aún no se logra el objetivo de la competencia. Tampoco este proceso ha implicado que se limiten los objetivos generales del servicio público: acceso universal, continuidad y buen servicio. Pero si algo caracteriza este profundo cambio es nuevamente esta falta de distinción clara entre lo público y lo privado, que se traduce en que la titularidad del servicio público sea asumida por privados. Por ello, resulta que la asimilación que hace la Corte de Apelaciones en el presente caso –entre servicio público y órgano público– alude a un concepto en cuyo entorno jurídico de origen ya ha sufrido una enorme evolución.

⁴¹ Sobre un estudio de la evolución del concepto de servicio público, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, Y. (2003) *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.e

⁴² PROSSER, T. (2000) *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*. *Law and Contemporary Problems*, 63.

En resumen, la existencia de particulares dentro del mercado en cuestión no excluye que ni la actividad de extinción de incendios, ni la contribución de los particulares a esta no esté encaminada al bien común. Tampoco excluye a un particular de participar en esta categoría de servicio público.

4.4. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, como expusimos al principio, logra imbricarse como un nexo entre la libertad económica y la intervención excepcional del Estado. Tal vez sería en tal sentido útil poder abstraernos por un instante de su origen iusnaturalista para rescatar la misma lógica con que ha quedado plasmada la subsidiariedad como principio básico de la Unión Europea⁴³. Recogiendo la misma lógica de que una sociedad mayor no puede intervenir cuando una sociedad menor puede hacerlo, la subsidiariedad en el Derecho de la Unión Europea viene a formar parte de un mecanismo de distribución competencial entre los órganos de la Unión y los Estados miembros.

Por lo anterior, decimos que la lógica de distribución de competencias con que se utiliza la subsidiariedad en Europa puede servirnos para asumirlo como un principio que distribuye la libertad e iniciativa individual de un modo general y preferente, solo invocando una intervención pública cuando ello no sea posible, pero siempre de acuerdo a un juicio de proporcionalidad.

El razonamiento acerca del análisis de espacios de libertad, de la conveniencia, formas e intensidad de la intervención pública resulta de tal importancia social y política, que no solo se encuentra radicado en el órgano político con mayor grado de representación –el Congreso–, sino que además el Constituyente ha agravado el nivel de consenso político que este juicio de intervención subsidiaria requiere, exigiendo una ley de quórum calificado.

Esta discrecionalidad del legislador no puede ser reemplazada por consideraciones de otros órganos del Estado. De ahí es que extraña desde el punto de vista constitucional la justificación que realiza el TDLC con respecto a la intervención empresarial del Estado, en una

⁴³ Sobre la relación de ambos sentidos del principio, véase WIDULSKI, P. (2004) Bakke, Grutter, and the Principle of Subsidiarity. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 32, 847-908, VISCHER, R. K. (2001) Subsidiarity as a Principle of Governance: Beyond Devolution. *Indiana Law Review*, 35, 103-142.

materia en que muchos argumentarán que ni el propio Tribunal Constitucional podría emitir un juicio de oportunidad.

Si bien el considerando 44° –que argumenta en favor de la conveniencia de una autorización empresarial del Estado– puede interpretarse como una recomendación de buena fe del TDLC, carece de efecto práctico desde el punto de vista constitucional, y para algunos pudiera ser entendida como una intromisión indebida a la discrecionalidad que le compete al legislador.

Pero además el concepto de un servicio público estatal, sin fines de lucro, y único agente del bien común, en contraposición al particular que desarrolla su actividad económica nos pone en el falso juego “del todo o nada” de la subsidiariedad. Así, como se desprende de los fallos de la Corte de Apelaciones, se intenta hacer creer que el ejercicio empresarial de los particulares no importa contribución alguna al bien común, el que solo puede proveer el Estado. En otras palabras, o existe una actividad encaminada al bien común, o existe subsidiariedad.

En la CENC dicho error doctrinario fue denunciado por Jaime Guzmán a propósito de la educación⁴⁴. Si a ello añadimos –como indicábamos– que el concepto de servicio público en manos del Estado ha sido superado en aquellos sistemas en los que tuvo su origen (Francia y Europa continental), llegamos a la forzosa conclusión de que es posible un ejercicio privado empresarial que pueda contribuir al bien común.

La lógica competencial europea puede ser beneficiosa para la aplicación de la subsidiariedad de nuestros servicios públicos, donde se impide este falso juego del “todo o nada”, ya que la competencia debe ser atribuida a un órgano (de la UE o el Estado Miembro). En materia de servicios públicos, la necesidad igualmente debe ser cubierta. El servicio debe estar disponible, debe ser regular y de calidad. En ello la lógica competencial de los servicios públicos va a permitir que con el claro objetivo de cumplir con la necesidad pública, se asigne su provisión preferentemente a los particulares, ingresando el Estado cuando estos no puedan cubrir dicha área. Ambos cubren la necesidad, y ambos actúan en miras del bien común. Un claro ejemplo de ello ocurre en materia de salud, donde habiendo necesidad y procedimientos impostergables, el sistema público asistencial del Estado recurre a los agentes del sistema privado para satisfacer tales requerimientos.

⁴⁴ Actas CENC, Sesión 143.

La actividad de extinción de incendios no presenta grandes diferencias. No se trata de una actividad indelegable del Estado, todo lo contrario. Se trata de una zona en la cual existen particulares en condiciones de intervenir, y en la que la participación del Estado se debe reducir a aquellas actividades en las que dicho interés no existe. Y aún allí, debe preferir y buscar la participación de particulares por medio de licitaciones. Por ello, la decisión de CONAF de optar por la gestión propia no es correcta desde el punto de vista subsidiario. No resulta congruente desde el punto de vista constitucional argumentar que CONAF era libre para no subcontratar (considerando 42º), ya que constitucionalmente no es un agente económico que goce de libertad en tal sentido.

En suma, el valor competencial subsidiario va a preferir: 1) en primera instancia, al particular para el todo; 2) va a solicitar su colaboración como segunda opción; y, 3) solo como último recurso va a actuar el Estado directamente. Para la primera opción, basta la libertad que reconoce la Constitución; para la segunda y tercera, la Constitución exige una habilitación legal.

5. CONCLUSIONES

El presente artículo ha intentado argumentar que entre la libertad económica y la intervención del Estado empresario hay un campo necesariamente fértil para la interpretación constitucional.

En primer lugar, frente a la pretendida exclusión del principio de subsidiariedad como parte de la libertad económica, hemos demostrado que tanto desde una mirada originalista como no originalista es posible reconocer tal principio.

En segundo término, hemos adoptado una tesis originalista que sea capaz de considerar una plena sintonía entre el texto, el contexto y los principios que subyacen en ambos. A partir de esta tesis, sostenemos que el criterio esencial para la interpretación de los conceptos con los que se encuentra la práctica judicial en relación a la libertad económica corresponde al de presunción de libertad, utilizando la técnica *in favorem libertatis*.

Lo anterior implica mantener una actitud atenta frente a cualquier restricción o regulación de la libertad económica, en tanto se justifique para la protección de la misma libertad. Ello también vincula a esta presunción con el principio de proporcionalidad.

Con ambos elementos –presunción de libertad y proporcionalidad– es posible concebir conceptos que resulten adecuadamente interpretados, reduciendo o extendiendo su contenido. Una demostración de este ejercicio hermenéutico se manifiesta en el concepto de actividad económica que adopta el TDLC, y que merece ser destacado como una contribución importante en materia constitucional para superar aquel requisito del lucro como un aspecto objetivo y subjetivo de la actividad económica del Estado.

La segunda noción que se incorpora en el fallo del TDLC es la de órgano público, en la que se ha preferido darle un sentido amplio para efectos del ejercicio libertario. Ello, sin perjuicio que el Tribunal Constitucional haya optado por una definición estricta, al tratarse de atribución de potestades. Dicha diferencia radica en el hecho de que la interpretación de los conceptos debe hacerse en función de la utilidad específica que se está juzgando, más que asumir que los conceptos tienen el mismo significado para todos los eventos en los que se les quiera interpretar.

El tercer término que debe ser considerado es el de servicio público, que en la actualidad no se identifica con aquel de raíz francesa de carácter esencialmente público y monopólico. La evolución del mismo concepto indica que se trata de servicios que manteniendo sus características, son ahora desarrollados por particulares en régimen de competencia. Por tanto no cabe efectuar una asimilación entre servicio público y órgano público. Menos aún corresponde suponer que solo un órgano público puede satisfacer el bien común, excluyendo a particulares que se encuentren en condiciones de realizar una misma labor, tal como se infiere de los fallos de la Corte de Apelaciones que se comentan en el artículo.

Finalmente, con respecto a la subsidiariedad, esta mantiene una finalidad común de asegurar la libertad y de facilitar que la intervención cuando sea necesaria, permitiendo garantizar derechos y libertades en lugar de restringirlos innecesariamente.

Los tres fallos que se han comentado en este artículo demuestran que la interpretación tiene una importancia esencial para la defensa de la libertad, y el control de cualquier acto en el que un órgano del Estado pretenda ingresar a una esfera de libertad exclusiva de los particulares. Lo anterior no obsta a la intervención del Estado cuando sea necesaria para garantizar la misma libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Actas CENC, Sesión 143.
- “Aerozonal con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34-2007, 10 de mayo de 2007.
- Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank [2003] UKHL 37; [2004] 1 A.C. 546 (HL) 2004.
- “Helicópteros del Pacífico Ltda. contra CONAF y Ministerio de Agricultura”, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 67, Rol C124-07, 17 de junio de 2008.
- “Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con CONAF”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6594-2006, 26 de enero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1024, Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, de 1 de julio de 2008.
- YL v. Birmingham City Council [2007] UKHL 27, [2007] 3 W.L.R. 112. 2007.
- ALEXY, R. (2000) On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, 13, 294-304.
- ALEXY, R. (2002) *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press.
- BARNETT, R. E. (1999) An Originalism for Nonoriginalists *Loyola Law Review*, 45, 611-654.
- BARNETT, R. E. (2003) Original Meaning of the Necessary and Proper Clause, *The U. Pa. J. Const. L.*, 6, 183-221.
- BARNETT, R. E. (2004) *Restoring the lost constitution: the presumption of liberty*, Princeton University Press.
- BARNETT, R. E. (2006) Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism. *U. Cin. L. Rev.*, 75, 7-24.
- BARNETT, R. E. (2008) The Choice between Madison and FDR. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 1005-1016.
- BORK, R. H. (1971) Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *IND. L.J.*, 47, 1-35.
- BURTON, S. J. (1994) *Judging in good faith*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CEA EGAÑA, J. L. (2002) *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CONAF (septiembre de 2006) Bases de licitación pública para contratar servicios para el combate de incendios forestales con tres aviones cisterna de propiedad de CONAF con bases en las regiones V y VIII para el período de mayor exposición al riesgo de incendios forestales 2006-2007. Disponible en www.chilecompra.cl.
- FALLON JR, R. H. (2005) Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118, 1787-1853.

- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (1999) Municipalidades, Corporaciones sin fines de lucro y Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 26, 193-201.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2006) *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Y. (2003) *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- GARRETÓN, R. V. & LORENZO, D. P. (2008) Derribando mitos sobre el Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 35, 135.
- GREY, T. C. (1988) The Uses of an Unwritten Constitution. *Chicago-Kent Law Review*, 64, 211-238.
- MEISEL, F. (2004) The Aston Cantlow case: blots on English jurisprudence and the public/private law divide. *Public Law*, Spring.
- OLIVER, D. (2000) The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act. *Public Law*, 476-493.
- PALMER, S. (2007) Public, Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Divide. *The Cambridge Law Journal*, 66, 559-573.
- PROSSER, T. (2000) Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring. *Law and Contemporary Problems*, 63.
- RIVERS, J. (2006) Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, 65, 174-207.
- RUIZ-TAGLE, P. (2000) Principios Constitucionales del Estado Empresario. *Revista de Derecho Público*, 35, 48-65.
- STRAUSS, D. A. (2008) Why Conservatives Shouldn't Be Originalists. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 969-976.
- SUNKIN, M. (2004) Pushing forward the frontiers of human rights protection: the meaning of public authority under the Human Rights Act. *Public Law*.
- VISCHER, R. K. (2001) Subsidiarity as a Principle of Governance: Beyond Devolution. *Indiana Law Review*, 35, 103-142.
- WIDULSKI, P. (2004) Bakke, Grutter, and the Principle of Subsidiarity. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 32, 847-908.