

Legal |

Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

# Balance del Derecho Público Chileno 2024

"...Se trata, naturalmente, de una selección que no pretende ser sistémica y está limitada al derecho constitucional, administrativo y regulatorio, y de la libre competencia. En efecto, es una selección con vocación dinámica: muchos de estos temas, tensiones y desafíos seguirán siendo relevantes (y controversiales) durante el próximo año..."

Lunes, 30 de diciembre de 2024 a las 14:05



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**José Francisco García**

Este foro, y algunos de sus columnistas, vienen desde hace al menos una década realizando balances anuales acerca de la evolución de las principales líneas jurisprudenciales de nuestros máximos tribunales. De manera más reciente, se incluye un análisis de los criterios más relevantes de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. Se trata de un indudable aporte a la profesión y a la academia.

Quisiera, a partir de este año, realizar un ejercicio diferente: mirar nuestro derecho público no solo desde los hitos jurisprudenciales, sino también ampliando la mirada hacia otras dimensiones institucionales y su práctica. Se trata, naturalmente, de una selección que no pretende ser sistémica y está

limitada al derecho constitucional, administrativo y regulatorio, y de la libre competencia. En efecto, es una selección con vocación dinámica: muchos de estos temas, tensiones y desafíos seguirán siendo relevantes (y controversiales) en 2025.

*Tercera sala de la Corte Suprema: fin de la "era Muñoz" y reconfiguración*

Sin duda, un hito fundamental de 2024 fueron las destituciones de los ex ministros Muñoz —mediante acusación constitucional— y Vivanco —mediante acusación y remoción por el proceso respectivo de la Corte Suprema—. En los dos casos que concluyeron en destitución frente al Congreso la causal de "notable abandono de sus deberes" se entendió configurada como infracciones graves a la probidad. Además, la acusación constitucional contra el ministro Matus no prosperó y otra anunciada contra el ministro Carroza no obtuvo los patrocinios necesarios para ser presentada.

En el caso del ex ministro Muñoz, generó controversia que su acusación constitucional fuera presentada de manera conjunta con la de una de las acusaciones contra la ex ministra Vivanco, dando cuenta no solo de su compleja naturaleza jurídico-política, sino que esta sigue generando tensiones institucionales relevantes acerca del debido proceso legal exigible, las garantías procesales mínimas de los afectados y el estándar

probatorio requerido para declarar la culpabilidad (profundice en estas dimensiones [acá](#) y [acá](#)). Además, también en el contexto de la acusación Muñoz, se debatió públicamente acerca de si la mayoría en el Senado había también expresado en su voto una crítica a su filosofía judicial (un juez héroe bajo las ya canónicas categorías de [Sunstein 2015](#)) y a decenas de sus sentencias controversiales, representativas de [activismo judicial](#) (ver también nuestro libro [García & Verdugo 2013](#)).

La salida de los ex ministros Muñoz y Vivanco marca el cierre de un ciclo en la Tercera Sala y el inicio de uno nuevo liderado por los ministros Ravanales, Matus y Simpertigue, a los que se debieran sumar (en reemplazo de los destituidos) quienes resulten finalmente designados en el proceso que se inició mediante concurso público abierto el pasado [viernes 20 de diciembre](#).

Las orientaciones y líneas jurisprudenciales de la nueva Tercera Sala titular serán, quizás, una de las principales novedades de 2025, no porque no sea esperable que en las líneas gruesas se mantenga la jurisprudencia en áreas como responsabilidad del Estado, procedimiento administrativo, sanciones administrativas, entre otras, sino que en materias asociadas a derechos sociales (judicialización de casos de isapres), urbanísticas, medioambientales o respecto del recurso de amparo económico, una mezcla de minimalismo y legalismo estricto que generen un cambio de escenario respecto de lo que se entendía como el *statu quo* de la última década, la "era Muñoz".

### *El "nuevo" Tribunal Constitucional: desafíos y tensiones*

En enero de 2024 juraron cuatro nuevos ministros del Tribunal Constitucional (Lagos, Mery, Peredo y Precht). A mediados de año se sumaría el ministro Gómez Montoya, confirmando de paso (luego del nombramiento del ministro Mera a mediados de 2023) una potente señal institucional de la Corte Suprema: designaciones judiciales para sus tres cupos en el TC, cambiando su práctica institucional de nombramiento de académicos.

No hay duda alguna: la nueva integración vino a consolidar un cambio en la cultura interna de una institución que hasta hace muy poco era sinónimo de crisis, acusaciones cruzadas y judicialización de los conflictos entre sus integrantes (incluyendo la sede penal). Las nuevas integraciones fortalecieron un nuevo clima interno que comenzó a gestarse bajo los liderazgos de sus presidentas Yáñez, primero, y Marzi, después.

Con todo, el "nuevo" TC enfrenta múltiples desafíos. En primer lugar, la crítica pública de tener un sello o *ethos* progresista, que se manifiesta en un sesgo pro-oficialismo, especialmente al conocer los casos de controles preventivos de proyectos de ley.

Pero también la crítica ha apuntado a cambios jurisprudenciales importantes en sede de inaplicabilidad que se justifican, en primer lugar y en buena parte, solo en el cambio de integración, la peor de las razones y que afecta una concepción robusta de la práctica del precedente —la que sí creo se toma en serio el TC; ver mi opinión reciente [acá](#)—. Así, también, se ve reflejado en un mayor formalismo de sus salas: la admisión a trámite y admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad se han vuelto una barrera compleja de superar, no siendo claros los criterios al interior de cada sala o comparativamente entre ellas.

Así, el TC parece estar decidido a aplicar una lógica de *certiorari* para racionalizar las inaplicabilidades; sin embargo, al tratarse de una práctica de facto, que no tiene sustento normativo ni en la Constitución ni en

la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, está por verse su extensión y lógica, pero sigue siendo relevante la explicitación de los criterios de inadmisión, *intra* e *inter* salas.

Creo que el riesgo institucional de esta dinámica al prestigio y rol institucional del TC es alto y debe ser objeto de examen (auto) crítico y ponderación permanente por parte de sus integrantes.

### *Reformas constitucionales destacadas: sistema político y gobierno judicial*

Los procesos constituyentes fallidos de 2019-2022 y 2023 nos dejaron aprendizajes valiosos, pero también patologías. Entre estas últimas, que las constituciones pueden ser expresiones de las políticas públicas de nuestros programas de gobierno favoritos (cuya sede natural es la política democrática ordinaria), lo que se ha denominado coloquialmente "maximalismo" y "partisanismo". En efecto, las numerosas reformas constitucionales presentadas este año son reflejo de esta conducta patológica, a lo que se ha sumado el populismo constitucional (especialmente en materia de seguridad pública), desnaturalizando el sentido de una Constitución Política.

Con todo, el maltrato que está sufriendo en el Congreso la institución de la reforma constitucional (que es reflejo de que el problema constitucional sigue abierto y que la Constitución vigente es inestable), cuenta entre sus excepciones con la denominada "reforma política" y la reforma al gobierno judicial. Estas últimas son genuinas materias constitucionales, como pensaron Hamilton, Madison y Jay en [El Federalista](#), al justificar la necesidad de aprobar la primera constitución escrita moderna.

La reforma política impulsada por un grupo transversal de senadores ([Boletines refundidos N° 17253-07 \\*matriz\\* / 17298-07](#)), que en realidad es una limitada reforma electoral y criticada como una iniciativa basada en instrumental inidóneo y deficitario desde el punto de vista técnico, descansa esencialmente en un (nuevo) diagnóstico crítico sobre aspectos específicos del sistema político que ofrecieron (apurados) algunos integrantes de la Comisión Experta del proceso constitucional 2023. Este diagnóstico crítico buscaba fortalecer el régimen presidencial desanclándolo, incluso, de su naturaleza esencial: la aplicación del principio de separación estricta de los poderes políticos, a cuya base se requieren pesos y contrapesos fuertes, y una relación equilibrada Presidencia-Congreso, contra el diagnóstico técnico de la última década y la opinión y propuestas de reforma de los principales científicos políticos y expertos del país.

Esto último fue advertido de manera enfática hace algunos meses en un informe del [Centro de Estudios Públicos](#) (quizás el más citado entre los expertos) y antes en el [informe de la Comisión de Venecia](#) recaído sobre el proceso 2023, más bien crítico de las propuestas que buscaban asociar causales de cesación en el cargo parlamentario para fortalecer directa o indirectamente la disciplina partidista. Lamentablemente, las soluciones institucionales de fondo para promover la cooperación Ejecutivo-Congreso, un ecosistema racional del tradicional multipartidismo chileno (y su expresión en el Congreso) y partidos políticos con mayor orientación programática, no han sido parte de la discusión legislativa de esta reforma.

Por otro lado, la reforma al sistema de nombramientos en particular, y al gobierno judicial, en general ([Boletín N° 17.193-07](#)), descansa en un diagnóstico técnico y político asentado por más de dos décadas, centrado en la separación de las funciones administrativas y jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia, especialmente de la Corte Suprema, fortaleciendo en esta última su función casacional y de garante de la correcta interpretación del derecho. Más importante aún, con algunos matices, es un diagnóstico compartido por la propia Corte Suprema, que ha venido reflexionando sobre este asunto desde

la última década y ha tenido una voz favorable y reformista en la materia (ver mi columna sobre la opinión de la Corte y otras propuestas de reforma, [acá](#)).

Como dimos cuenta en un informe de [agosto de 2023](#) de Derecho UC, en conjunto con colegas del Programa de Reforma a la Justicia del mismo plantel, la tendencia a nivel comparado sobre gobierno judicial se caracteriza por buscar maximizar un diseño institucional que fortalezca la independencia e imparcialidad judicial (desde la política partidista), aumentando los niveles de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas, mediante modelos caracterizados por ser descentralizados (distintas funciones del gobierno judicial en distintos órganos) e híbridos (diferente status y regulación constitucional y legal para garantizar los principios antes descritos).

En términos generales, la propuesta del gobierno lograría alcanzar estas características de manera razonable (y en todo caso mejor respecto de las propuestas de la Convención 2022 y de la Comisión Experta y Consejo Constitucional 2023), centrándose el debate legislativo en aspectos técnicos y/o específicos (como la composición de la comisión de nombramientos).

#### *Derecho administrativo y regulatorio: nueva contralora titular y permisología*

A comienzos de noviembre, y con 46 votos a favor, uno en contra y dos abstenciones, el Senado ratificó el nombre de Dorothy Pérez para asumir, luego de casi un año ejerciendo la subrogancia, la titularidad del cargo de contralora. Su ratificación fue un hito, al transformarse en la primera mujer en ocupar este cargo. Se trata de un hito que es, asimismo, su principal desafío: modernizar una institución casi centenaria.

Con todo, su debut como titular se vio empañado luego de que el [Dictamen N° E561358](#), que dispuso que la Contraloría no emitiría pronunciamientos respecto de los reclamos en los que se alegara vulneración al principio de confianza legítima por parte de funcionarios públicos a contrata—uno de los criterios de jurisprudencia administrativo más icónicos del ex contralor Bermúdez—, al tratarse de un asunto de carácter litigioso que debía ser resuelto por los tribunales de justicia, fuera suspendido en sus efectos a comienzos de este mes, al acogerse por parte de la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago una orden de no innovar en el marco de un recurso de protección (Rol ICA Santiago N° 24.805-2024).

Por otro lado, 2024 ha sido el año de la “permisología”. Más allá de la discusión académica, el debate se ha centrado en los dos proyectos de ley presentados por el Ejecutivo ante el Congreso Nacional: la Ley Marco de autorizaciones sectoriales ([Boletín N° 16.566-03](#)), que incluye un nuevo sistema para la regulación y evaluación sectorial, y el proyecto denominado “evaluación ambiental 2.0”, que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficiencia ([Boletín N° 16.552-12](#)).

Si bien se trata de iniciativas bien orientadas, en lógica de mejora regulatoria, considerando especialmente los diagnósticos y propuestas de diversos informes de la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (por ejemplo, [CNEP 2023](#), [2021](#) o [2019](#)), y algunas prácticas comparadas exitosas, carecen de la ambición necesaria para enfrentar desafíos monumentales que enfrenta nuestro país tanto en materia de crecimiento económico y certeza regulatoria, cuanto para enfrentar los desafíos de la transición energética.

Su paso por el Congreso Nacional no ha aumentado la ambición de sus objetivos ni la audacia de su instrumental regulatorio, lo que sigue siendo necesario y urgente, tal como lo planteamos en dos informes

este año para el Centro de Estudios Públicos (ver [García-Huidobro, García & Carrasco 2024](#) y [Carrasco, García y García-Huidobro 2024](#); ver también mis columnas en este foro: [acá](#), [acá](#), [acá](#) y [acá](#)).

### *Libre competencia: requerimientos FNE en casos de colusión*

Son diversos los hitos en materia de libre competencia que nos deja 2024. Por ejemplo, la sentencia TDLC 191-2024, que acogió el requerimiento de la FNE en contra del canal del fútbol, marcando un hito en este ámbito por ser la multa más alta aplicada a un agente económico. Con todo, han sido las acusaciones de la FNE por colusión las que han tenido el protagonismo.

Y si bien el requerimiento de la FNE por colusión relacionado a la industria de producción y comercialización de gases industriales y medicinales causó gran impacto (TDLC Rol N° 511-24), este año cierra marcado por la [acusación de colusión por parte de la FNE](#) contra los principales operadores de casinos físicos en Chile: Dreams S.A., Enjoy S.A., Inversiones Marina del Sol S.A., y cinco altos directivos de estas empresas. La FNE los acusa de haberse coludido para afectar el resultado de las licitaciones de permisos de operación de casinos a nivel nacional realizadas por la Superintendencia de Casinos de Juegos en 2020 y 2021, solicitando que se aplique multas a beneficio fiscal por un monto superior a los US\$ 150 millones y que, además, ponga término a los permisos renovados de estas empresas en los procesos de licitación respectivos (Rol TDLC N° 518-24).

Sabemos que el escenario de la colusión cambió con la publicación, a mediados de 2016, de la Ley N° 20.945, que modificó el DL N° 211, reintroduciendo la sanción penal para los casos de colusión. El legislador optó por un enfoque de secuencialidad en la persecución contravencional y penal con el fin de evitar juicios paralelos y garantizar que se agoten los mecanismos administrativos antes de activar la vía penal. En este caso, el artículo 62 del DL N° 211, incorporado por esta ley, tipifica como delito el celebrar, ejecutar u organizar acuerdos entre competidores para, entre otras conductas, afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos.

La acusación de la FNE contra los casinos físicos se produce en medio de la irrupción de las plataformas de apuestas en línea y el proyecto de ley que busca regular y abrir la competencia en esta industria (ver [Boletín N° 14.838-03](#), en segundo trámite constitucional ante el Senado), iniciativa a la que se han opuesto los incumbentes: casinos físicos, Polla Chilena y Lotería, y generado varios focos de judicialización (por ejemplo, la demanda civil de Polla contra varias Telco por casi US\$300 millones, pidiendo además el bloqueo de los sitios web de decenas de plataformas de apuestas en línea).

### *Al cierre: un derecho constitucional empantanado y en proceso de reconstrucción*

Este 2024 fue un año complejo para el Derecho Público. Nace bajo la sombra del fracaso del proceso constituyente 2023, cuya propuesta fue ampliamente rechazada el 17D.

Y es que los tres procesos constituyentes fallidos, pero especialmente los dos últimos, en vez de servir como catalizadores de un nuevo consenso político y social fueron, en cambio, amplificadores del proceso de polarización política en que está enfrascada la élite desde el estallido social. Por lo demás, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del derecho, una cultura legal atada al discurso de los derechos, el activismo judicial y la judicialización de la política, fueron todos fenómenos anteriores que

venían distorsionando el sistema de fuentes, la supremacía, eficacia y fuerza normativa de la Constitución.

Hoy, lamentablemente, nuestro derecho constitucional se encuentra empantanado y parece ser sinónimo de "política por otros medios" (el *ethos* del *Critical Legal Studies*), sin una dogmática y un método al cual sujetar un derecho público desestructurado y —vaya paradoja— desconstitucionalizado. Los primeros pasos en la reconstrucción ("radical" sugeriría Carlos Nino) del derecho constitucional chileno y su práctica aparecen como un gran desafío y una gran oportunidad para el constitucionalismo chileno a partir de 2025.

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online