

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2021

UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1° edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera
Pardo director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable
en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

- COVID-19 (Enfermedad). Chile.
- Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
- Chile. Constitución 1980.
- Reformas constitucionales. Chile.
- Migrantes.
- Derecho internacional. Chile.
- Pandemia.
- Estallido social. Chile.
- Estados de excepción constitucional. Chile.
- Prisioneros políticos. Chile.
- Ahorro para el retiro.
- Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2021

© Domingo Lovera (editor), 2021

© VV.AA., 2021

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2021

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2021
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas
Javier Couso
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa
Matías Guiloff
Domingo Lovera
Judith Schönsteiner

DIRECTOR

Domingo Lovera



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Palabras del decano	13
Presentación del director	15

PARTE 1: PROCESO CONSTITUYENTE

Contrapunto: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar ... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (Art. 135 inc. final, Constitución Política de la República de Chile)

La Nueva Constitución y los tratados internacionales

<i>Ximena Fuentes</i>	23
-----------------------------	----

Derecho internacional y derecho chileno. Análisis y propuestas

<i>Sebastián López</i>	37
------------------------------	----

Artículos

La paridad constitucional: raíces y proyecciones

<i>Yanira Zúñiga</i>	65
----------------------------	----

Estado social y proceso constituyente chileno. Hacia un Estado en perspectiva social

<i>Tomás Jordán</i>	81
---------------------------	----

El derecho humano al agua frente a los desafíos de una Nueva Constitución política	
<i>Christian Rojas</i>	101
La paridad chilena y la lucha por una representación efectiva de las mujeres en política	
<i>Javiera Arce y Julieta Suárez-Cao</i>	129
El debate sobre la forma de gobierno en el contexto del cambio constitucional en Chile	
<i>Pamela Figueroa</i>	149
Más allá de la paridad	
<i>Mariana Canales</i>	171

PARTE 2: LA EMERGENCIA

La excepción constitucional durante la pandemia de COVID-19: un análisis desde la proporcionalidad	
<i>Pablo Soto y Pablo Aguayo</i>	183
Cuando el Estado abdica de actuar como tal. La requisición administrativa y el caso “Espacio Riesco”	
<i>Flavio Quezada</i>	207
El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal: un fallo sin mayoría y una decisión sin competencia	
<i>Rocío Lorca y Luis Felipe Manques</i>	221
Violaciones a la libertad de cultos durante la pandemia del Covid-19	
<i>Macarena Bustamante y Vicente Hargous</i>	237

PARTE 3: DESARROLLOS DEL DERECHO PÚBLICO

DERECHO CONSTITUCIONAL

Contrapunto: Reformas constitucionales inconstitucionales

Auge y Caída de la Doctrina de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021

Marianne Poehls y Sergio Verdugo 263

¿Inconstitucionalidad de fondo del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales?

Miriam Henríquez 289

Artículos

Comaternidad en Chile. Comentarios a partir de la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago del 8 de junio de 2020

Ximena Gauché 305

Rebelión y castigo. Consideraciones acerca de la criminalización del “estallido social” y el proyecto de indulto general a los “presos de la revuelta”

Julio Cortés 329

Requerimiento de inaplicabilidad como mecanismo inidóneo de control abstracto de constitucionalidad. El caso jibia y sus alcances

Carlos Cáceres 349

La reforma del Consejo para la Transparencia y su órgano de gobierno: Entre la transparencia y la protección de datos personales

Pablo Contreras 371

Nueva ley de migraciones y sentencia del Tribunal Constitucional: ¿hasta dónde llega la protección de la Constitución cuando se es migrante en Chile?

Martín Canessa, Tomás Greene y Francisca Vargas..... 391

Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección <i>Ángela Vivanco</i>	419
--	-----

DERECHO ADMINISTRATIVO

Non bis in ídem: tendencias actuales en materia de sanciones administrativas <i>Rosa Fernández Gómez</i>	447
--	-----

Consideraciones sobre el principio de coordinación administrativa a partir de la jurisprudencia administrativa y judicial <i>Vicente Aliaga y Lizzy Seaman</i>	471
--	-----

La administración invisible bajo la mirada de la Contraloría <i>José Miguel Valdivia</i>	505
--	-----

DERECHO AMBIENTAL

La participación ciudadana en el proyecto de ley marco de cambio climático: aún queda camino por andar <i>Ximena Insunza y Juan Pablo Arístegui</i>	525
---	-----

La Ley de Humedales Urbanos en Chile: el tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración) <i>Verónica Delgado</i>	545
---	-----

Consideraciones sobre cambio climático en la jurisprudencia chilena. Análisis crítico del fallo de la Corte Suprema en contra del proyecto de continuidad operacional Compañía Minera Cerro Colorado <i>Arturo Brandt y Félix Vergara</i>	571
---	-----

DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Algunas consideraciones sobre la condena de la Corte Penal Internacional a Dominic Ongwen <i>Francisco Cox</i>	585
--	-----

Ley 21.255 (2020): La nueva Ley Antártica Chilena
Luis Valentín Ferrada 605

Una lectura de la decisión sobre acoso sexual escolar: Corte IDH, Guzmán Albarracín vs. Ecuador, 24 de junio de 2020
Lidia Casas 627

La Suprema Corte y el Presidente frente a la “cuarta transformación” de México
Andrea Pozas-Loya 645

PARTE 4: CÁTEDRA JORGE HUNEEUS ZEGERS

31. ¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?
Rosalind Dixon 657

PALABRAS DEL DECANO

Tras una pausa larga, y gracias al empeño de sus editores, el Anuario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales vuelve a salir a la luz.

Como señala la presentación de su director, el profesor Domingo Lovera, las circunstancias que obligaron este receso – las “protestas constituyentes” y la pandemia – se convirtieron también en el contexto principal de la reflexión académica con la que nos encontraremos en esta edición. Las consecuencias políticas e institucionales del estallido social y de la pandemia constituyen hitos cuya interpretación y explicación el Anuario no podía soslayar. Y es que, desde su primer número, como hace poco más de una década explicaba su entonces director, el profesor Javier Couso, esta publicación se propone ofrecer a la comunidad legal “una síntesis analítica de los sucesos más importantes ocurridos durante el año anterior” en los diversos ámbitos y especialidades del derecho público nacional.

Desde esa primera edición, el año 2010, el Anuario ha logrado instalarse, también gracias a la labor que desempeñó su segundo director, el profesor Rodolfo Figueroa, como un referente nacional, y ha sido capaz de convocar a un muy rico y diverso grupo de autores y autoras, con diversas afiliaciones académicas, que nos siguen honrando con su desinteresada participación.

De esta forma, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales cumple con un aspecto central de su vocación, procurando contribuir al desarrollo del derecho y de las instituciones de la democracia a través de la producción y difusión de contribuciones que cumplan con los estándares de la investigación académica, pero de una forma que sea directamente aprovechable para el debate y las deliberaciones que tienen lugar la esfera pública.

La constitucionalización de la política de masas, y la democratización del debate constitucional, que han irrumpido en Chile en estos últimos dos años, vuelven más urgente que nunca ese aspecto de la misión universitaria en el campo del derecho público. El proyecto que el Anuario de Derecho Público busca desarrollar adquiere así una relevancia que once años atrás apenas podíamos intuir.

Con la satisfacción de seguir aportante al debate público con este nuevo número, y con un nuevo sentido de responsabilidad, dada la importancia que en la hora presente han adquirido espacios de debate constitucional como el que él ofrece, tenemos el gusto de poner a disposición del público la edición 2021 del Anuario de Derecho Público de la UDP.

JAIME COUSO SALAS.
DECANO.
FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

Tengo el agrado de presentar a la comunidad nacional la versión 2021 del Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales. La última versión publicada del Anuario fue la del año 2019. Ello se debe a uno de los dos acontecimientos que han marcado la suerte de nuestro país – y, como veremos, la estructura de esta versión del Anuario –. Y es que la pandemia producto del virus del CODIV-19, que nos encontró a todas y todos con escaso conocimiento a su respecto, pero también con pocas herramientas para enfrentar el ciclo de cuarentenas, hizo imposible la publicación de la edición 2020. Como sabemos, para muchas personas y sus familias la posibilidad de mantener su trabajo de forma regular se volvió muy difícil.

Hoy saldamos esa deuda con una versión extendida del Anuario, la que solo es posible por la labor desinteresada y profesional de litigantes, académicos y académicas que envían sus artículos para ser incluidos en esta publicación. A todos ellos y ellas nuestro agradecimiento.

El otro acontecimiento que ha marcado la suerte de nuestro país, y que sin duda es de especial relevancia para esta publicación, es el proceso constituyente que nos encontramos navegando desde fines de 2019 – cuando la edición del Anuario de ese mismo año se había recién cerrado –. Las masivas protestas constituyentes que comenzaron a desarrollarse a lo largo del país en octubre de 2019, y que terminarían siendo denominadas como el “estallido social”, abrieron paso para la concreción de una demanda política que se había comenzado a escuchar desde el primer día en que se insinuó el proyecto constituyente de la dictadura: la de poder avanzar a la transición, como hicieron otros países, con una Constitución otorgada en democracia.

El proceso constituyente que gatilló el “estallido social”, y que fue posible luego de un amplio acuerdo político al que le siguió una reforma constitucional publicada el día 24 de diciembre de 2019, no solo hace posible la concreción de ese momento constituyente que le fue negado al país. Sino que, además, trazó – y sigue dibujando – un hito fundamental para nuestro país: por primera vez en nuestra historia republicana la Constitución será producto de una deliberación democrática con amplia y significativa participación ciudadana.

En efecto, a las protestas constituyentes le siguieron una serie de hitos participativos en que la decisión se ha colocado en manos de la ciudadanía. Un plebiscito de entrada en octubre de 2020, donde fue la ciudadanía la que aprobó la decisión de discutir una Nueva Constitución (con el 78,28% de los votos) y la que determinó que su elaboración fuera entregada a una Convención Constitucional íntegramente electa para la tarea (con 79,00% de los votos). Y una elección popular en mayo de 2021, en la que fue la ciudadanía la que eligió a los y las integrantes de la Convención Constitucional, que a la fecha de esta presentación entera tres intensos meses de trabajo.

Además, durante los primeros dos meses de trabajo, la Convención, distribuida en diferentes comisiones transitorias, abrió espacios para audiencias públicas. Se realizaron más de 1200 audiencias de este tipo. El mismo reglamento de funcionamiento de la Convención, aprobado en septiembre de 2021, contempla el principio de participación ciudadana incidente como uno que informará el actuar de la misma. Consecuentemente, incorpora diferentes formas de intervención ciudadana, incluida la posibilidad de presentar mociones constituyentes. Por último, una vez que la Convención Constitucional termine su trabajo, el resultado de sus deliberaciones – una propuesta de Nueva Constitución – será sometida, una vez más, a la decisión del pueblo por medio de un plebiscito ratificatorio.

En un entorno tal, es decir, en uno en que nos ha tocado presenciar estos dos especiales acontecimientos – y seguimos haciéndolo –, es difícil no dedicar dos secciones particulares al análisis de algunos de los aspectos jurídicos del derecho público vinculados al proceso constituyente, por una parte, y la emergencia sanitaria, de otra.

La primera parte del Anuario 2021 se dedica al proceso constituyente. No se abordan todos los contornos de ese proceso acá, sino solo algunos. Se trata, además, de un proceso que está en curso. La sección se abre con un interesante contrapunto relativo al rol del derecho internacional en el proceso en desarrollo. Esto, producto de una inédita disposición (el art. 135 inc. final del

texto constitucional aún vigente) conforme a la que “el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar ... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Los demás artículos de esta sección se dividen en aquellos que repasan algunas de las innovaciones que se establecieron para el desarrollo del proceso, como la paridad de género del órgano constituyente – inédita no solo para Chile, sino para el mundo – y otras formas de inclusión, y aquellos que encaran algunos de los debates sustantivos que deberá abordar la Convención Constitucional, como los relativos a la forma de gobierno y los nuevos derechos.

La segunda parte especial del Anuario 2021 se dedica a la emergencia sanitaria producto de la expansión del virus del COVID-19. Los gobiernos, enfrentados a la expansión del virus, adoptaron una serie de medidas de regulación y restricción de derechos y libertades, en especial las relativas a los usos y desplazamientos en los lugares de uso público. Esas regulaciones, incluido un intenso y extenso estado de excepción constitucional que ha sirvió para mantener un prolongado “toque de queda” a lo largo del país, acarrearón una serie de otras consecuencias que solo develaron el desigual impacto que las medidas tuvieron en la ciudadanía. En efecto, las prohibiciones de circulación hicieron que para muchas familias el acceso al sustento diario fuera imposible. Sabemos de sobra que parte importante de las discusiones políticas más intensas durante 2020 y parte de 2021 giraron en torno a cuáles eran las medidas adecuadas para aliviar el día a día de todas esas familias que se vieron afectadas por la merma (más o menos severa) en sus ingresos.

Los trabajos de esta sección abordan diferentes aristas de las diferentes intervenciones – o en algunos casos, de la falta de ellas – del Estado, frente a los desafíos que impuso la pandemia. Las lecciones de esta sección, desde luego, están lejos de radicarse únicamente en la pandemia, sino que debieran arrojar luz sobre la forma en que se delinearán constitucionalmente los estados de excepción en la futura Nueva Constitución.

El resto del Anuario mantiene las secciones que tradicionalmente componían esta publicación: desarrollos en el ámbito del derecho constitucional, del derecho administrativo, del ambiental, del internacional y del comparado.

Una de estas secciones, la relativa a los desarrollos del derecho constitucional, se inaugura con otro contrapunto que merece especial mención. Se trata de trabajos que abordan una de las discusiones más relevantes del ámbito en el último tiempo y que se encuentra tangencialmente conectada con la pandemia: la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Como se

recordará, los retiros parciales de fondos de pensiones acumulados en las cuentas de capitalización individual de las personas, se ofrecieron – en medio de la discordia entre el Congreso y la presidencia – como una de las medidas a que antes se aludía para aliviar el pasar de las familias durante la pandemia. Una de las vías (no la única) a través de las que esos retiros fueron posibles, consistió en la aprobación de una reforma constitucional que introdujo un artículo transitorio. El Tribunal Constitucional, sin embargo, declaró inconstitucional uno de esos proyectos de reforma constitucional. En otras palabras – aunque los alcances exactos están tratados en ambos artículos –, el TC sostuvo que una reforma constitucional encontraba límites en la propia constitución que modificaba. ¿Cuáles son las implicancias de una decisión tal? ¿Cuánto innova el Tribunal con una decisión tal? ¿Qué conclusión podría extraerse del hecho de que el TC rechazara, luego, un requerimiento prácticamente calcado al que ya había acogido? Las respuestas a estas interrogantes se abordan en este segundo contrapunto.

El Anuario cierra con la presentación que la profesora Rosalind Dixon realizara en el marco de la Cátedra de Derecho Constitucional Jorge Huneeus Zeegers, dedicada, en esta ocasión, también al proceso constituyente chileno. En dicho trabajo – una transcripción editada de su cátedra – la profesora Dixon aborda los desafíos que el proceso constituyente chileno debe enfrentar si quiere alcanzar transformaciones profundas, por una parte, pero posibles, de otra.

Como en años anteriores, el Anuario mantiene la equidad de género entre autores y autoras. Los 31 artículos que componen la edición 2021 del Anuario fueron redactados por 20 mujeres y 21 hombres.

Por último, quiero cerrar esta presentación agradeciendo al profesor Matías Guiloff, codirector del Programa de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, a la profesora Dominique Hervé y al profesor Javier Couso, quienes con sus buenos oficios ayudaron a cursar invitaciones a diferentes autores y autoras cuyos trabajos hoy se incluyen en esta edición del Anuario. Finalmente, quiero destacar la labor editorial y de asistencia de la abogada Violeta González, abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y ayudante del Programa de Derecho Público. Su asistencia, como en años anteriores, ha sido fundamental para que este Anuario vea la luz.

DOMINGO LOVERA PARMO.
DIRECTOR.
ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO.
CODIRECTOR DEL PROGRAMA DE DERECHO PÚBLICO
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.

