

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

Desde el año 2010, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales viene publicando el Anuario de Derecho Público. Es un agrado presentar a la comunidad nacional el décimo Anuario de Derecho Público 2019. En el sitio web de la Facultad podrán acceder a todas las ediciones del Anuario:

<https://derecho.udp.cl/investigacion/informes-y-anuarios/>

Estructura del Anuario

Siguiendo la estructura de ediciones anteriores, el Anuario se compone de dos secciones. La primera y más extensa contiene artículos elaborados por académicos y abogados, nacionales y, en ocasiones extranjeros, que presentan estudios, análisis y comentarios sobre asuntos relevantes en el Derecho Público ocurridos durante el año anterior.

La presente edición del Anuario contiene 22 artículos, separados en las categorías tradicionales: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional, derecho ambiental. Esta separación se torna, cada día, más obsoleta porque las conexiones entre esas distintas ramas del derecho son tan estrechas que, a menudo, sucede que un caso específico o un problema particular puede ser enmarcado en varias de esas categorías y puede resultar incluso difícil discernir en cuál de ellas quedaría mejor situado. Si persistimos en esas categorías, es sólo para efectos prácticos, aunque lo práctico se está tornando cada vez menos claro. En la profesión esto parece ocurrir en igual medida: un asunto que en principio surge desde una perspectiva de derecho constitucional, puede arrastrar consigo ramificaciones de derecho administrativo (que pueden resultar determinantes para su resolución), así como implicancias de derecho internacional, que terminen por situar al Estado en el

banquillo de los acusados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tanto, algunos artículos situados en algunas secciones bien pudieron ir en otras y espero que eso no sea un inconveniente para lectores y autores.

La segunda parte del Anuario corresponde al Catálogo de Publicaciones. Este catálogo se viene publicando desde el año 2011 y contiene un listado de libros, capítulos de libros y artículos de revistas publicados en Chile sobre las diversas disciplinas que cubre el Anuario. Este Catálogo de Publicaciones está destinado a facilitar a los investigadores la identificación de publicaciones relevantes en el ámbito del Derecho Público en Chile. La sección de Libros y Capítulos de Libros del Catálogo fue elaborada por Sofía Andrade y Nicolás Pérez. Ellos son una abogada y un alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. La sección de Artículos de Revistas Académicas del Catálogo fue elaborada por Sofía Andrade, Josefa Bejarano, Fabiola Cabezas, Valeria Canales, Lorena Cordini, Nadin El Hayeck, Marcos Emilfork, Doria Gallardo, Fernando Gibson, Nicolás Iturriaga, Christian Jélvez, Lesly Martínez, Mayte Morales, Joaquín Ortega, Nicolás Pérez, Carolina Rivas, Carolina Tagle y Ayleen Valencia. Ellos son abogados, egresados y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Quiero extender un muy sincero agradecimiento a todas estas personas que dedicaron su tiempo y realizaron un arduo trabajo para producir este catálogo.

Equidad de género en el Anuario

Los 22 artículos de este Anuario fueron elaborados por 27 personas, provenientes del mundo de la academia y la profesión, de las cuales 16 son mujeres y 11 hombres. Hace unos años, este Anuario impulsó una política de equidad de género, consistente en incrementar la participación de mujeres en esta publicación. El presente volumen del Anuario ha resultado ser bastante exitoso a ese respecto. En algún momento, el número de autores hombres superaba al número de autoras mujeres. Esa brecha se ha ido reduciendo. En la presente edición, las autoras mujeres corresponden al 59,3% del total y los autores hombres al 40,7%. En mi opinión, este es un espléndido resultado. Es un hecho de público conocimiento la desigualdad que sufren las mujeres, en los más diversos ámbitos de la vida, incluyendo la participación en publicaciones académicas. En el ámbito del ejercicio profesional, la publicación *Chambers and Partners* destacó en Chile a 4 mujeres el año 2017, frente a 117 abogados hombres.

El 2018 y 2019 ese número se mantuvo en 4 y el año 2020 subió apenas a en 1 punto. Ciertamente, la invisibilidad que experimentan las mujeres

abogadas y académicas se traduce en desigualdad. Por ello, considero que el 59,3% de mujeres autoras este año es un logro relevante que contribuye a reducir la invisibilidad que afecta a académicas y abogadas.

Temáticas del Anuario.

Libertades provisionales para violadores de derechos humanos.

El año 2018 hubo bastante revuelo y discusión académica, política y profesional sobre libertades provisionales otorgadas por la Corte Suprema a personas condenadas por violaciones de los derechos humanos. El asunto condujo incluso a que se presentara ante el Parlamento una acusación constitucional destinada a remover a los ministros de la Corte Suprema que concurrieron con su voto favorable a conceder dichas libertades provisionales. Sobre este tema, presentamos 3 artículos de Enrique Aldunate Esquivel, Valeria Lübbert Álvarez y Jaime Gajardo Falcón.

Remedios de alto costo.

Desde hace algunos años, la Corte Suprema ha estado acogiendo recursos de protección en los cuales ordena al Estado financiar remedios de alto costo, entre ellos el Spinraza. Estos medicamentos no se encuentran dentro del sistema GES, ni la ley Ricarte Soto ni la programación del Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud. Un estudio señala que el Estado ha sido condenado a pagar cerca de 13.000 millones de pesos para financiar estos medicamentos. Sobre este tema presentamos dos artículos, elaborados por Alejandra Zúñiga-Fajuri, María Belén Saavedra Prats y Rodrigo Bustos Bottai.

Objeción de conciencia y aborto.

El aborto ha sido un tema muy presente en la agenda jurídica, política y social en Chile por varios años. Un hito fue la aprobación de la ley que despenalizó el aborto en tres causales, ley que fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, pero finalmente declarada conforme con la Constitución, por una estrecha votación. El único tema en el cual el Tribunal acogió la impugnación dice relación con la objeción de conciencia y extendió la titularidad de ella, abarcando incluso a personas jurídicas. El funcionamiento de la objeción de conciencia fue regulado por un reglamento, el que no sólo ha causado una intensa discusión sino que fue declarado inconstitucional por el Tribunal

Constitucional. Sobre este punto presentamos dos artículos, de los profesores James Black, Tomás Blake y Patricia Miranda.

Acoso sexual en las universidades.

Estefanía Esparza Reyes presenta un trabajo destinado a mostrar que el acoso sexual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Se refiere a las movilizaciones feministas de mayo 2018 y argumenta que los reglamentos que proscriben el acoso sexual adoptados por la mayoría de las Universidades provienen de la propia estructura de los derechos fundamentales.

Ley sobre identidad de género.

El año 2018 se publicó en Chile la ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Constanza Valdés Contreras ofrece un trabajo que analiza, en primer lugar, el concepto de identidad de género. En segundo lugar, se explican los aspectos generales de la ley. Finalmente, se formulan comentarios críticos sobre lagunas y desafíos que presenta esta ley. El análisis de este trabajo discurre bajo la luz de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 24/17, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

El recurso de revisión ante condenas de Consejos de Guerra.

Ricardo Lillo escribe un comentario sobre la sentencia Rol N° 1488-2018 de la Corte Suprema, que alude al recurso de revisión como mecanismo de protección judicial ante condenas de los Consejos de Guerra. En opinión del autor, esta sentencia "...no solo es relevante por tratarse de una de las escasas ocasiones en que ha sido acogido este recurso, sino porque, siguiendo el primer paso dado en el 2016 por la Corte Suprema en el fallo del recurso de revisión Rol n° 27543-2016, se utilizó al recurso de revisión como un medio de cumplimiento con una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."

Tipificando delitos ambientales.

Tomás Darricades e Izaskun Linazasoro analizan y critican la metodología utilizada en Chile para abordar la tipificación de delitos ambientales: critican la tendencia a la abstracción, sostienen que un desafío es conservar y fortalecer el sistema administrativo y argumentan que debe reservarse la esfera penal para casos "...que, por su gravedad y características, no puedan ser resueltos adecuadamente sin una amenaza de cárcel."

Litigación ambiental.

En esta materia tenemos tres trabajos. Alejandra Donoso Cáceres analiza una sentencia de la Corte Suprema recaída en un recurso de protección presentado por un caso de envenenamiento masivo en la denominada “zona de sacrificio” de Quintero y Puchuncaví. Esta sentencia desarrolla el concepto de “desarrollo sustentable” y, en opinión de la autora, aplica los principios preventivo, precautorio y de justicia ambiental “...para definir estándares mínimos para el resguardo de los derechos de las personas, exigibles a la Administración del Estado, mediante una intervención débil, respetuosa de la separación de poderes y de la función conservadora de los tribunales superiores, que constituye un nuevo trato para las “zonas de sacrificio” y un hito jurisprudencial en el Derecho Ambiental chileno.”

En un segundo trabajo, Marie Claude Plumer Bodin analiza dos sentencias del Tribunal Ambiental de Santiago: una contra el Consorcio Santa Marta S.A. por la operación del Relleno Santa Marta; la segunda contra de la Municipalidad de Nogales por la operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas El Melón. En opinión de la autora, ambas sentencias “... coinciden en lo medular en varios aspectos, tales como, la afectación al mismo componente ambiental, esto es, aguas superficiales, incumplimientos normativos, medios probatorios similares. No obstante, la ponderación del Tribunal Ambiental difiere en cada caso, evidenciando las variaciones para interpretar la exigencia de la “significancia” como criterio para determinar la existencia de daño ambiental.”

Un tercer trabajo es el de Pilar Moraga Sarriego, quien escribe sobre una acción de tutela interpuesta contra el estado de Colombia, por tala ilegal y deforestación de la Amazonía colombiana. Este caso se considera particularmente relevante no sólo para Colombia sino para el derecho comparado porque la corte interpreta el derecho a vivir en un medio ambiente sano desde una perspectiva ecocéntrica y otorga reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derecho. La autora analiza el cambio de paradigma en conceptos jurídicos tradicionales, aplicado a la litigación ambiental en el contexto del cambio climático.

El “Acuerdo de Escazú”.

Constance Nalegach Romero analiza el “Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, conocido como Acuerdo de Escazú.

En opinión de la autora, este acuerdo se considera un avance sustantivo para la protección del medio ambiente, los derechos humanos, la buena gobernanza y el multilateralismo. La autora analiza la postura de Chile sobre esta materia, explica los rasgos de una inédita negociación regional y resalta algunos aspectos claves del Tratado.

Código de Aguas: la nueva indicación sustitutiva.

Pablo Jaeger Cousiño analiza la tramitación del Código de Aguas, que lleva ocho años en el Congreso. En particular, analiza la indicación sustitutiva presentada por el gobierno de la presidenta Bachelet y la formulada recientemente por el gobierno del presidente Piñera. En opinión del autor, son escasas las probabilidades de que se apruebe este proyecto en el corto plazo, “...porque no se han logrado consensos sobre materias esenciales y porque la Administración no cuenta con las mayorías parlamentarias que le permitan aprobar la indicación que ha presentado.” Argumenta el autor que la reciente indicación sustitutiva cambia sustancialmente el texto del proyecto y es una reacción a la indicación presentada por el gobierno precedente.

El caso de la Villa San Luis.

Rosa Fernanda Gómez González se refiere el caso de declaración de monumento nacional de la Villa San Luis, con el objeto de estudiar el derecho a la audiencia en los procedimientos administrativos que concluyan con actos administrativos de contenido desfavorable. La autora da cuenta de los aspectos más relevantes del caso “Villa San Luis”, analizando el carácter supletorio de la Ley N° 19.880 y de cómo ella representa un estándar base de derechos y garantías para los sujetos interesados en los procedimientos administrativos.

Diseño del mercado de telecomunicaciones.

Catalina Medel discute los alcances del fallo de la Corte Suprema en relación al concurso de la banda 700 MHz. Se aborda las relaciones entre la Corte Suprema, el Tribunal de la Libre Competencia y la Subsecretaría de Telecomunicaciones; en particular, se analiza el rol de la Corte Suprema como revisor de las decisiones del Tribunal. El objetivo del trabajo es discutir el diseño institucional en el mercado de telecomunicaciones. La autora pone el tela de juicio que el diseño institucional en materia de telecomunicaciones haya sido estructurado para que la Corte Suprema pueda reemplazar decisiones del Tribunal de la Libre Competencia.

Inamovilidad de la Subcontralora General de la República.

Pablo Soto Delgado analiza el fallo de la Corte Suprema recaído en un recurso de protección presentado por la Subcontralora General de la República, interpuesto en contra de la resolución del Contralor General de la República, que declaró vacante su cargo. El autor, echando mano de algunos rudimentos de teoría del derecho, discute la supuesta inamovilidad de la Subcontralora.

Guetos verticales de Estación Central.

Javiera Tohá Saavedra analiza el dictamen de la Contraloría General de la República, por el cual ordena a la Municipalidad de Estación Central invalidar los permisos de edificación que otorgó a diversas constructoras e inmobiliarias. La razón fue que tales permisos violan la normativa urbanística. La autora también discute la legitimidad en el actuar de Contraloría, al declarar ilegales actos administrativos ejerciendo su potestad dictaminadora y, ordenando la invalidación de tales actos, con efecto retroactivo. Junto con ello, la autora aborda el impacto de esta resolución en la confianza legítima, la seguridad jurídica y la buena fe. Finalmente, concluye con una reflexión relativa a los efectos de este dictamen y el debate social que generó el conflicto.

El derecho salud en la Corte Interamericana: el caso Poblete Vilches.

Laura Clérico y Martín Aldao analizan el caso en que la Corte Interamericana condena al Estado de Chile por no haber garantizado el derecho del señor Poblete Vilches, una persona pobre de 76 años que muere por falta de atención médica. Los autores sostienen que “...se consolida la tesis de que i) el derecho a la salud es un derecho social autónomo protegido por el art. 26 CADH, y ii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección para el goce efectivo de los derechos.” Los autores sostienen que de la argumentación de la Corte se desprende que se puede determinar en abstracto el contenido del derecho y aplicarlo a un caso concreto de violación. Añaden que el examen de la corte desatiende el contexto del sistema de salud en el que se produce la violación, lo que impide poner atención en los déficits estructurales de los sistemas de salud en la región.

Derechos humanos en Nicaragua.

Antonia Urrejola y Alexandro Álvarez analizan la grave crisis de derechos humanos en Nicaragua, a partir de la represión estatal de protestas, que ha dejado un gravísimo balance de víctimas y mostrado serias falencias de la

institucionalidad del país, principalmente en términos de estándares democráticos sobre falta de independencia de los órganos de control y contrapeso al gobierno. Los autores se refieren al uso desproporcionado de la fuerza por parte del Estado y varias otras formas de represión de la protesta y la disidencia, y le aplican parámetros desde el derecho internacional, para enfocar posibles vías de superación.

Quiero cerrar estas palabras de presentación agradeciendo a Violeta González, abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y ayudante del Programa de Derecho Público, al alero del cual se ejecuta este Anuario.

RODOLFO FIGUEROA G.
DIRECTOR.
ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO.
DIRECTOR DEL PROGRAMA DE DERECHO PÚBLICO.
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.