

# COMPETENCIA NORMATIVA RESTRINGIDA DE LAS MUNICIPALIDADES EN MATERIA DE SANIDAD PÚBLICA

ALBERTO CORTÉS NIEME

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *La sanidad pública*; 2. *Sanidad pública y funciones municipales*; 3. *Sanidad pública y atribuciones municipales*. II. ACTUAL APLICACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES NORMATIVAS MUNICIPALES EN MATERIA DE SANIDAD PÚBLICA, IDENTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA NORMATIVA. A) *Contenido temático de las ordenanzas municipales*; B) *Conflicto de competencia normativa*. III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES COMPETENTES EN MATERIA DE SANIDAD PÚBLICA. 1. *Situación anterior a los códigos sanitarios*; 2. *Ley municipal de 1891*; 3. *El Código Sanitario de 1918*; 4. *El Código Sanitario de 1925*; 5. *El Código Sanitario de 1931*; 6. *La ley municipal de 1949*; 7. *El Servicio Nacional de Salud*; 8. *El Código Sanitario de 1967*; 9. *La ley municipal de 1976*; 10. *Reestructuración del Ministerio de Salud y los Servicios de Salud*; 11. *Corolario*. IV. ANÁLISIS INTEGRADO DE LA MATERIA. Premisas. 1. *Legalidad de las competencias*; 2. *Jerarquía normativa y restricciones a las garantías constitucionales*; 3. *Competencia normativa; acciones de salud y delegación de facultades*; 4. *Apreciación global*. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En este estudio se analiza el ejercicio de las funciones y atribuciones municipales en materia de sanidad pública, y en especial el conflicto de competencia normativa originado en la manera en que se ha desarrollado ese ejercicio, de frente a la legislación que rige la materia. En términos prácticos, se intentará determinar si aquella atribución municipal puede ser entendida en forma amplia, que pueda llegar incluso a invadir campos normativos reservados por la ley a otros entes, o bien debe ser restringida, dentro del contexto de la legislación pertinente.

### 1. La Sanidad Pública

La materia objeto de estudio, en Derecho Administrativo Económico, se identifica bajo la expresión de "Derecho de la Sanidad Pública"

y no, como naturalmente pudiera denominarse, "Derecho Sanitario"; término este con que se alude a la disciplina concerniente a la regulación de la actividad de servicios sanitarios, agua potable y alcantarillado.

La sanidad pública corresponde a uno de los contenidos básicos de la denominada "Medicina Social", cuyos orígenes, forjamiento y desarrollo tienen en Chile una apasionante evolución<sup>1</sup>; se orienta con una finalidad esencialmente preventiva, y obedece, como acertadamente se le ha reconocido en términos prácticos, a que "no basta con curar a los enfermos, sino que además debe procurarse vigilar el am-

<sup>1</sup> Sobre esta materia ver: Jiménez, Jorge; Editor. *Medicina Social en Chile*. Ediciones Aconcagua, 1977; y Cruz-Coke, Ricardo. *Historia de la Medicina Chilena*. Editorial Andrés Bello, 1995, p. 474.

biente en que se desenvuelven las personas sanas para evitar que se enfermen", resultando absurdo para los médicos de inicios del último siglo constatar que mientras se afanaban por curar a una persona que padecía de una enfermedad epidémica, no se hiciere nada para acabar por todos los medios posibles con los focos que originaban esa enfermedad. De ahí que la sanidad pública comprenda acciones relativas a la medicina preventiva, la higienización ambiental y la educación higiénica de la comunidad<sup>2</sup>.

Ni los autores ni la legislación han sido uniformes en la terminología al referirse a esta materia: desde luego, se le ha denominado "salubridad pública", "higiene pública", "higiene ambiental", "higiene y sanidad estatal", "higiene y salubridad nacional", "sanidad", "policía de salubridad", "policía sanitaria", y "salud pública". Circunscribiéndome solo a los textos constitucionales, se puede constatar que se han empleado al efecto expresiones como "policía de salubridad", en las Constituciones de 1823, 1828 y 1833; en tanto que en la Constitución de 1925, se aprecia un mayor desarrollo de la materia, donde junto con incluir aquella expresión, se consagra también el explícito deber del Estado de velar por "la salud pública y el bienestar higiénico del país" y la mantención de un "servicio nacional de salubridad"<sup>3</sup>.

El texto constitucional de 1980, vigente, se apartó de la especificidad anotada, y en el desarrollo del derecho a la protección de la salud, de su artículo 19 N° 9, alude genéricamente a este punto en la declaración que el Estado protege el acceso a acciones de "promoción y protección de la salud"; sin perjuicio de considerar determinadamente, en el artículo 19 N° 16, la "salubridad pública" como un límite a la libertad de trabajo; y, en su artículo 19 N° 24, también la "salubridad pública" como un componente de la función social de la propiedad, que autoriza a la ley, por tanto, a establecer limitaciones y obligaciones a ese derecho fundándose en aquel cometido.

La doctrina ha identificado precisamente al resguardo de la salubridad pública como un "cometido estatal esencial", que no concibe sea entregado a particulares por apuntar claramente al bienestar general de la colectividad, sin perjuicio del concurso de aquellos en la consecución de este<sup>4</sup>.

## 2. Sanidad Pública y funciones municipales

El artículo 4, letra b), de la Ley N° 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante, LOC de Municipalidades) contempla, como una posibilidad de estas, la de "desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: la salud pública y la protección del medio ambiente". A su turno, los artículos 22 y 23 de esa misma ley encargan a unidades internas del municipio las funciones de "proponer y ejecutar medidas tendientes a materializar acciones y programas relacionados con la salud pública". Esta función municipal corresponde a una de aquellas que se identifican en la doctrina del derecho público como "funciones relacionadas", que se diferencian de las otras calificadas como "funciones privativas" de los municipios, según su naturaleza.

Sobre este mismo particular, pero dentro de un plano más específico, existe legislación especial que le asigna a las municipalidades determinadas funciones en materia de sanidad pública:

- A) Así, el artículo 11 del Código Sanitario, contenido en el Párrafo relativo a las "atribuciones y obligaciones sanitarias de las municipalidades", establece expresamente lo siguiente<sup>5</sup>: "Sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salud (léase Servicios de Salud), corresponde, en el orden sanitario a las municipalidades:
- a) Proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de sitios públicos, de tránsito y de recreo;

<sup>2</sup> Ver Vio Valdivieso, Francisco. *El Derecho a la Salud en la Legislación Chilena*. Editorial Jurídica de Chile. Cartillas. Santiago, 1956, p. 86 y 96.

<sup>3</sup> Cfr: Constitución de 1823, Artículo 220; Constitución de 1828, Artículo 122; Constitución de 1833, Artículo 128; Constitución de 1925, Artículos 10 N° 14 y 105.

<sup>4</sup> Ver Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, p. 16.

<sup>5</sup> Más adelante, en este mismo estudio, se precisará el origen histórico jurídico del contenido de esta norma, a fin de determinar su sentido y alcance dentro del contexto de la legislación respectiva.

- b) Recolectar, transportar y eliminar por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía urbana;
- c) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que sobre higiene y seguridad se establecen en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización;
- d) Reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de las casas-habitación, fábricas, edificios públicos, cuarteles, conventos, teatros y otros locales públicos y particulares;
- e) Establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos y niños, así como baños y servicios higiénicos públicos; y
- f) Proveer a la limpieza y conservación de los canales, acequias y bebederos, considerando además las condiciones de seguridad necesarias para prevenir accidentes".

En lo pertinente a este estudio, dentro de ese mismo Párrafo, el artículo 12 del Código Sanitario, establece una especie de nulidad de derecho público para el caso que los reglamentos municipales estén en pugna con las normas que reglamenten la forma en que las municipalidades deben ejercer las atribuciones que allí se le encomiendan.

Asimismo, cabe señalar que la norma programática del artículo 9, letra c), de ese mismo Código (deficientemente modificada en el año 1997 por la ley N° 19.497), establece que "Sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio de Salud (...), corresponde en especial a los Directores de los Servicios de Salud en sus respectivos territorios: c) Solicitar al Presidente de la república, a través del Ministerio de Salud, la dictación de los reglamentos del presente Código y proponerle las normas que deben regular las funciones de orden sanitario a cargo de las municipalidades".

A fin de evitar un enfoque sesgado de la materia, estimo oportuno aclarar el sentido y alcance de la última norma transcrita. Una autora ha pretendido sostener que la nueva redacción que se le ha dado a la letra c) del artículo 9 del Código Sanitario "hace suponer que corresponderá a los Servicios de Salud proponer al Presidente de la República, a través del mi-

nisterio del ramo, las normas que deben regular las funciones de orden sanitario de las municipalidades ubicadas en sus respectivos territorios de competencia<sup>6</sup>.

Al respecto, cabe señalar que la modificación anotada envuelve una grave discordancia técnica y jurídica, puesto que se pretendió simplemente reemplazar la alusión al Director General de Salud (jefe superior del ex Servicio Nacional de Salud) que contenía dicha norma por la de los directores de los actuales servicios de salud, sin percatarse que había atribuciones de aquel que resultan impensables radicar en los directores locales de salud. Es lo que ocurre en la materia que me ocupa: desde luego, en un primer aspecto, no parece prudente ni adecuado establecer legalmente que a un director de un servicio local le compete proponer los reglamentos para la ejecución del Código Sanitario, con alcance necesariamente nacional; y, en segundo término, en el plano municipal, tampoco puede aceptarse lo que sostiene la referida autora, por cuanto la facultad que se le reconoce a los directores de los servicios de salud locales no puede ser entendida como si ellos pudieran proponer nuevas atribuciones de orden sanitario para que las asuman las municipalidades de su jurisdicción, sino que simplemente la expresión "funciones de orden sanitario a cargo de las municipalidades" a que alude la norma no implica que por vía reglamentaria puedan crearse nuevas funciones para los municipios, ni menos aún al mero criterio de directores de servicio locales, sino que se refiere a que estos puedan proponer la implementación en su territorio de aquellas funciones de la especie que las leyes han consagrado a cargo de las municipalidades. Es decir, que es siempre la ley la que debe reconocer la función; es ella la única que puede colocar la función "a cargo de las municipalidades" (antes de la modificación, la norma empleaba la expresión "que están a cargo", ratificando así esta conclusión). De no otorgársele esta interpretación restrictiva a dicha norma, se expondría a los ciudadanos a ser objeto de una regulación sanitaria absolutamente ilícita.

<sup>6</sup> Ver Maturana Schulze, Adriana. *Código Sanitario Comentado, Concordado, Jurisprudencia y Leyes*. Tomo I. Editorial ConoSur, Santiago, 1998, p. 23.

B) Por su parte, el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, faculta a las municipalidades para disponer el traslado de "las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario", dentro del plazo que se les señale, no inferior a un año, previo informe del Servicio de Salud y de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda.

Esta atribución específica, de frente a lo dispuesto en el artículo 84 del Código Sanitario por el que se otorga a los servicios de salud la facultad de "disponer el traslado de aquellas industrias o depósitos de materiales que, a su juicio, representen un peligro para la salud, seguridad y bienestar de la población", también en un plazo no inferior a un año, ha generado una controversia que resulta necesario precisar.

A este respecto, la Corte Suprema, ha tenido ocasión de declarar que el mandato de la Ley de Urbanismo y Construcciones, por tratarse de una norma posterior al artículo 84 del Código Sanitario, había dejado sin atribuciones en la materia al director de un servicio de salud, siendo competente para disponer el traslado la municipalidad<sup>7</sup>. A su vez, sobre este punto, ciertos autores han sostenido que la Ley de Urbanismo y Construcciones ha derogado tácita y orgánicamente la facultad que el artículo 84 del Código Sanitario concede al servicio de salud, en forma parcial en lo relativo al traslado de las industrias, pero no en cuanto a la posibilidad de disponer el traslado de depósitos de materiales, en lo cual –sostienen– mantendría su vigencia la norma del Código Sanitario<sup>8</sup>.

No comparto la solución jurídica que se ha pretendido otorgar a esta materia, tanto por motivos de forma como de fondo. Desde luego, debe precisarse que la norma de la Ley de Urbanismo y Construcciones discurre dentro de

lo que en derecho se denomina ordenamiento territorial, específicamente el uso del suelo urbano y la zonificación de los Planes Reguladores; y, además, recurriendo al texto mismo de la norma, esta alude claramente a la circunstancia de "industrias mal ubicadas". Es decir, únicamente es esta situación la que facultaría a una municipalidad para disponer el traslado de la industria, pero siempre en relación a su ubicación con respecto a lo que prevé el Plan Regulador respectivo, siendo las molestias y daños al vecindario únicamente aspectos complementarios que justifican semejante medida. En cambio, la facultad consagrada en el Código Sanitario resulta ser tremendamente más amplia y comprensiva para el resguardo de la salud, seguridad y bienestar de la población; tratándose, en consecuencia, de ámbitos y fundamentos normativos enteramente diferentes, por lo que carece de sentido jurídico sostener que aquella haya podido derogar a esta, menos aún que ello hubiera sido en forma orgánica, como se pretende sostener.

C) Siempre dentro del plano legal específico, el inciso final del artículo 92 del Código de Aguas, entrega a las municipalidades la obligación de "concurrir a la limpieza de los canales obstruidos por basuras, desperdicios u otros objetos botados en ellos"; cometido que guarda concordancia con el de la letra f) del artículo 11 del Código Sanitario, antes citado.

El Organo Contralor, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el sentido y alcance de esta obligación municipal aclarando que ella no se puede circunscribir a aconsejar la limpieza de los canales, sino que se extiende a participar materialmente en las operaciones, ya sea financiando la limpieza o aportando el personal encargado<sup>9</sup>.

### 3. Sanidad Pública y atribuciones municipales

Para el cumplimiento de sus funciones, se le reconocen a las municipalidades una serie de atribuciones que tanto la ley como la doctri-

<sup>7</sup> Ver Corte Suprema, sentencia de 7 de mayo de 1987, Recurso de protección: "Selim Dabed y Cía. con Servicio de Salud Coquimbo". En RDJ. T. 84, N° 2, 2, secc.V, p. 117.

<sup>8</sup> Ver Maturana Schulze, Adriana. Obra citada en nota 6, p. 96. En el mismo sentido: Cobo García, Pedro. *Manual de Legislación Municipal. Ley General de Urbanismo y Construcciones*. Editorial ConoSur, Santiago, 1997, p. 115.

<sup>9</sup> Ver Contraloría General de la República, Dictamen N° 26.649, de 1989. En *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena. Código de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 69.

na clasifican en atribuciones esenciales y no esenciales. A los efectos de este estudio, resulta pertinente el análisis de una de esas atribuciones esenciales, consistente en "dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular"; y, específicamente, aquellas que se denominan ordenanzas, y que la ley define como "normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad", autorizándose la posibilidad de contener en ellas sanciones de multas de hasta 5 UTM., cuya aplicación se entrega a los respectivos juzgados de policía local (artículos 5, letra d), 12 y 65, letra j), de la LOC. de Municipalidades).

Esta atribución esencial de las municipalidades, en el fondo, consiste en el reconocimiento normativo de la llamada "potestad reglamentaria municipal" que la doctrina nacional acertadamente ha calificado como restringida, pues solo debe recaer en las materias que la ley se ha encargado de precisar detalladamente; y que en la actual legislación reconoce su origen en una fuente no constitucional, sino que meramente legal, a diferencia de lo que ocurría en el régimen jurídico constitucional anterior<sup>10</sup>.

La materia que se analiza, en este punto, adolece de una de sus deficiencias jurídicas más ostensibles, pues la LOC. de Municipalidades, en su artículo 53, excluye a las ordenanzas municipales del control de legalidad externo de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, contemplándose a su respecto y solo para cuando las resoluciones afecten a funcionarios municipales un mero trámite de registro. Cuando aquel ente contralor ha pretendido revisar la legalidad de una resolución, más allá del mero registro, se ha reclamado su improcedencia<sup>11</sup>; por su parte, un reconocido autor de la doctrina nacional ha manifestado su profundo desconcierto por semejante exclusión<sup>12</sup>.

De esta manera, la legislación municipal ha dejado a estos entes públicos al margen de un control básico de legalidad de sus resoluciones (si bien el artículo 29 de la LOC. de Municipalidades encarga a una unidad interna de las mismas, que denomina "de Control", la función de "representar al alcalde los actos municipales que estime ilegales", carece de absoluta significancia, toda vez que dicha unidad interna es servida por funcionarios subalternos del mismo alcalde), circunstancia que representa especial gravedad tratándose de la ordenanzas, pues, como se dijo, establecen normas generales dirigidas a toda la comunidad.

En los próximos acápite del estudio me referiré a la manera que se ha hecho uso de estas funciones y atribuciones municipales en lo relativo a la sanidad pública; se demostrará y determinará el conflicto normativo existente y el sentido restringido que debiera reconocerse a las normas orgánicas municipales en la materia.

Trátase este de un cometido que, a mediados del último siglo, fue calificado por un autor de la época como "una de las materias más discutidas en nuestro derecho público"<sup>13</sup>.

## II. ACTUAL APLICACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES NORMATIVAS MUNICIPALES EN MATERIA DE SANIDAD PÚBLICA. IDENTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA NORMATIVA

Al amparo de la norma que les reconoce la posibilidad de "desarrollar funciones relacionadas con: la salud pública y la protección del medio ambiente" (artículo 4, letra b), de la LOC. de Municipalidades), los municipios han ejercido su atribución esencial de dictar ordenanzas en el ámbito de la sanidad pública, abarcando una extensa variedad de materias; otorgándoles denominaciones diversas, más generales o específicas según su contenido; y regulando una serie de actividades de una manera y consistencia que ciertamente puede dejar absorto a cualquier jurista<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sobre este punto, ver Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1996, p. 170 y 261.

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, Dictamen N° 43.085, de 1976; y Corte Suprema, sentencia de 26 enero 1988. Rol 11.817. Sobre lo mismo: *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Leyes Administrativas sobre Municipalidades*. Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 82.

<sup>12</sup> Ver Silva Cimma, Enrique. Citado en nota 10.

<sup>13</sup> Ver Vío Valdivieso, Francisco. Obra citada en nota 2, p. 19.

<sup>14</sup> A modo ilustrativo, se mencionan a continuación algunas de estas ordenanzas. En cada caso, se indica la municipalidad a que pertenece; la referencia de su publicación; y la denominación especial otorgada: Santiago, D.O. 3 enero 1992, ordenanza sobre normas sanitarias

### A) Contenido temático de las ordenanzas municipales

Como una manera de sistematizar la aplicación que ha tenido esta figura en la materia, intentaré describirla a través de un criterio de división temática de sus aspectos más relevantes para los fines de este estudio, lo que permitirá dimensionar el extenso campo de acción que se le ha querido otorgar por parte de las municipalidades:

1. Así, se han dictado ordenanzas generales sobre normas básicas sanitarias o ambientales; en estas se ha llegado al extremo de imponer la exigencia de estudios de evaluación de impacto ambiental, otorgar a funcionarios municipales atribuciones de verdaderos allanamientos a las viviendas (que ni siquiera las leyes sanitarias o criminales le conceden a los agentes de policía), y sancionar cualquier oposición a la intervención de los funcionarios municipales; 2. Se ha regulado detalladamente materias re-

---

básicas; Los Angeles, D.O. 11 febrero 1993, ordenanza local sobre protección y conservación del medio ambiente; Macul, D.O. 16 febrero 1994, ordenanza sobre normas sanitarias básicas; La Serena, D.O. 13 octubre 1990, ordenanza sobre ruidos molestos; Ovalle, D.O. 28 junio 1991, ordenanza sobre ruidos molestos; San Bernardo, D.O. 3 febrero 1997, ordenanza local sobre normas sanitarias y medio ambientales básicas; Rancagua, D.O. 24 septiembre 1997, ordenanza de gestión ambiental; Providencia, D.O. 17 agosto 1996, modifica ordenanza sobre normas sanitarias básicas (de 1984); San Antonio, s/p, 1997, ordenanza de normas ambientales y sanitarias básicas; Cartagena, El Líder 15 junio 1997, ordenanza ambiental sobre animales domésticos; El Tabo, Proa Regional 28 mayo 1997, ordenanza sobre normas ambientales y sanitarias básicas; El Quisco, El Líder 13 diciembre 1997, ordenanza sanitaria; Las Condes, D.O. 18 febrero 1999, ordenanza sobre sonidos y ruidos molestos; Santiago, D.O. 14 noviembre 1998, ordenanza sobre ruidos y sonidos molestos; San Joaquín, D.O. 31 agosto 1998, ordenanza municipal de medio ambiente; La Granja, D.O. 15 abril 1998, ordenanza local sobre normas sanitarias básicas y ambientales; Vitacura, D.O. 18 mayo 1998, ordenanza sanitaria básica; Zapallar, D.O. 23 agosto 1999, ordenanza sobre mantenimiento, control, captura y eliminación de perros vagos; Pucón, El Austral 26 septiembre 2000, ordenanza de animales caninos; Navarino, D.O. 7 agosto 1999, ordenanza local sobre animales; Pelarco, D.O. 11 agosto 1999, ordenanza sobre medio ambiente; Lo Espejo, D.O. 14 agosto 1999, ordenanza sobre protección y conservación del medio ambiente; San Fernando, D.O. 23 diciembre 1999, ordenanza de aseo y ornato; Doñihue, D.O. 21 enero 2000, ordenanza sobre protección y conservación del medio ambiente.

lativas a la generación, acumulación y disposición final de residuos sólidos y líquidos domiciliarios e industriales, estableciendo prohibiciones tan amplias como incumplibles por la población. Incluso con respecto a aquellos de origen hospitalario; 3. Se han establecido normas sobre higiene y seguridad industrial, en múltiples aspectos. Asimismo, normas sobre contaminación del suelo, agua y aire; 4. Se han dictado normas sobre ruidos molestos y estrictas prohibiciones complementarias tremendamente amplias; 5. Se ha regulado la circulación de animales domésticos caninos en la vía pública, imponiendo requisitos inexistentes en las normas legales; se ha exigido el pago de patentes y licencias a este respecto; se ha prohibido la tenencia de animales caninos en las viviendas, o determinado un número máximo permitido; 6. Se ha exigido a las personas la obtención de autorizaciones inexistentes a cargo de servicios públicos sanitarios o agrícolas, que ni siquiera sus propias leyes orgánicas contemplan, lo que, en la práctica, envuelve una especie de asignación de atribuciones a un servicio público a través de una ordenanza municipal; 7. Se han impuesto normas de higiene aplicables a establecimientos de elaboración, expendio o manipulación de alimentos; 8. Se han determinado condiciones sanitarias aplicables a los establecimientos educacionales, incluso algunas específicas para el nivel de párvulos.

Finalmente, debe anotarse también que del análisis de estas ordenanzas municipales llama la atención lo usual que resulta la inclusión en ellas de una especie de fórmulas iniciales consistentes en una declaración de que sus normas "son sin perjuicio de las atribuciones del servicio de salud y de lo que disponga el Código Sanitario u otras leyes", o bien, que "la ordenanza se entiende complementaria a las normas que dicte el Ministerio de Salud u otros organismos competentes", como si con ellas se quisiera justificar la dictación de la respectiva ordenanza. Como se comprenderá, semejantes declaraciones carecen de absoluta significancia.

### B) Conflicto de competencia normativa

La manera en que se ha venido ejerciendo la potestad reglamentaria municipal en la ma-

teria, de frente a la legislación de rango legal que la rige, permite plantear en este punto el conflicto normativo a que se ha dado lugar. Intentaré demostrar a continuación, determinadamente, algunos aspectos específicos de este conflicto que sirvan de base para allegar a las conclusiones de rigor.

Así, siguiendo la descripción temática de las ordenanzas antes enunciada, se puede advertir lo siguiente:

1. En materia de atribuciones a los funcionarios municipales para inspeccionar e ingresar a las viviendas, bajo sanción a los propietarios que se opongan a ello, las ordenanzas infringen claramente los resguardos constitucionales de la inviolabilidad del hogar, que radican a nivel legal el rango normativo admisible para establecer la forma y manera en que puede procederse (artículo 19 N° 5 de la Constitución).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de anular parcialmente una ordenanza municipal de este estilo, declarando que "la facultad otorgada a los fiscalizadores (municipales) y la obligación que se impone a los propietarios, amenaza el derecho constitucional de la inviolabilidad del hogar"<sup>15</sup>. En otras ocasiones, en cambio, se había fallado diferente<sup>16</sup>.

2. En materia de ruidos molestos, en que las ordenanzas se extienden sobre una serie de aspectos, incluso domésticos, estableciendo prohibiciones antojadizas, no se divisa la necesidad que las municipalidades se in-

miscuyan en tales materias a través de normas generales, tanto por la imposibilidad de su acatamiento por parte de la población, como, principalmente, porque de conformidad con lo previsto en el artículo 89, letra b), del Código Sanitario vigente corresponde al reglamento (no a una simple ordenanza municipal) establecer las normas sobre protección de la salud, seguridad y bienestar de los ocupantes de edificios o locales, del vecindario, de la población en general y de los animales domésticos, contra los perjuicios, peligros e inconvenientes de carácter mental o material que provengan de la producción de ruidos, vibraciones o trepidaciones molestos, cualquiera sea su origen; existiendo además un reglamento especial sobre la materia, que señala los niveles máximos permisibles de ruido según la localización y naturaleza de las fuentes.

3. Respecto al manejo y disposición de residuos, debe recordarse que el artículo 11 del Código Sanitario entrega a las municipalidades la función de recolectar, transportar y eliminar las basuras, residuos o desperdicios que se depositen o produzcan "en la vía pública", en tanto que sus artículos 78 a 81 establecen las directrices para el manejo, tratamiento, transporte y disposición de los desperdicios y basuras, radicando su regulación a nivel de Ministerio de Salud, sin intervención normativa alguna de las municipalidades. Sin embargo, aquellas ordenanzas no solo se hacen cargo de los residuos de la vía pública, sino que también tienden a regular los residuos industriales, hospitalarios y otros, excediendo claramente el marco regulatorio que se les reconoce en la materia.
4. En lo concerniente a higiene y seguridad industrial, resulta sorprendente el nivel de injerencia que han establecido las ordenanzas municipales, pudiendo hacerse observaciones similares a las del acápite anterior, en base a lo dispuesto en los artículos 82 y 89 del Código Sanitario; en el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Mínimas en los Lugares de Trabajo; y en el Reglamento General de Higiene y Seguridad Industriales, en ninguno de los cuales se les entrega atribución alguna a las municipalidades a estos respectos. A su turno, la Ordenanza General de Urbanismo y Cons-

<sup>15</sup> Ver Corte de Temuco, sentencia de 31 de enero de 2001. Recurso de protección, "Tomás Iribarra Pares con Municipalidad de Pucón", Rol. 1503-2000; consid. Quinto.

<sup>16</sup> Corte de Rancagua, sentencia de 8 de julio de 1998. Reclamo de ilegalidad municipal, "Alberto Cortés Nieme y otros con Municipalidad de Rancagua"; consid. Sexto: "la ordenanza municipal de gestión ambiental no impone un allanamiento, sino una inspección a la que, quienes se consideren afectados, pueden oponerse ejerciendo las acciones judiciales pertinentes". Semejante criterio, sin embargo, deja desamparados a los vecinos de la comuna, pues no puede pretenderse que estos tengan que recurrir a los tribunales respecto de una situación que, de antemano, se infiere puede ocasionar abusos; habría sido más lógico que fuera al revés, es decir, que si se ponen obstáculos para la inspección, sea la municipalidad la que tuviera que recurrir a los tribunales, tal como lo resolvió acertadamente la Corte de Temuco en el fallo citado en la nota anterior.

trucciones, que trata también la regulación de las industrias desde su ámbito específico, y de la que, atendido lo previsto en el artículo 11, letra c), del Código Sanitario, pudiera pensarse que legitimarían la intervención normativa de las municipalidades en la materia, tampoco puede ser fundamento para semejante intervención municipal, por cuanto circunscribe esta a aquellos aspectos relacionados única y exclusivamente con la localización de las industrias con respecto a los planes reguladores comunales<sup>17</sup>.

5. En lo relacionado con la regulación de la tenencia de animales domésticos en las viviendas, el control de animales vagos e imposición de la exigencia de obtención de una patente o licencia para ello, las ordenanzas municipales han establecido todo tipo de normas imperativas para la población; tales como prohibir la tenencia de animales domésticos en edificios de departamento y de fijar el número máximo de ellos en las casas habitación; e incluso otorgarles a sus propios funcionarios municipales las facultades de capturar y eliminar a perros vagos llegando al extremo de encomendar esta gestión a simples concesionarios privados<sup>18</sup>. Los objetivos del estudio no permiten detenerse en el desarrollo de este punto; no obstante, cabe señalar que ha sido este uno de los aspectos de las ordenanzas sobre sanidad pública que ha motivado mayores reclamos en contra de las municipalidades, tal vez en atención a la estrecha relación de afecto que, desde

tiempos inmemoriales, ha existido entre aquella especie de animales y el hombre.

Al respecto, cabe representar criterios similares a los acápite anteriores: los artículos 31, 34 y 77, letras e) y f), del Código Sanitario encargan específicamente a un reglamento (no a una simple ordenanza municipal) establecer las normas relativas a la prohibición de mantener determinadas especies de animales o el número máximo de ellos que pueden ser tolerados en una casa habitación o en locales públicos o privados, y las condiciones de higiene y seguridad que deben cumplirse para su mantención; y la protección de las personas contra los animales capaces de transmitirle enfermedades al hombre. Por consiguiente, se trata de una materia expresamente prevista para ser regulada por un reglamento de aplicación. Además, como se comprende, se está restringiendo y regulando el ejercicio del derecho de propiedad, circunstancia que no puede quedar entregada a una norma inferior de carácter municipal. Por otra parte, en lo concerniente a la protección de la población con respecto a las zoonosis, existe un reglamento específico en que se regulan las obligaciones de los dueños respecto de los animales caninos y la situación de los "perros vagos", sin entregar tampoco ninguna atribución normativa a las municipalidades<sup>19</sup>.

Pese a lo claro que parecen los términos del conflicto normativo, la jurisprudencia en los casos en que ha debido pronunciarse acerca de la ilegalidad de las respectivas ordenanzas ha soslayado la aplicación estricta de los principios de derecho público involucrados en la materia; sin perjuicio de declarar también la ilegalidad y consiguiente nulidad de exigencias específicas contenidas en tales ordenanzas<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cfr: Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Mínimas en los Lugares de Trabajo; y Reglamento General sobre Higiene y Seguridad Industriales, contenidos en el D.S. N° 745, de 1992, del Ministerio de Salud y en el D.S. N° 655, de 1940, del Ministerio del Trabajo, respectivamente; en relación con los Capítulos 1 y 14 del Título 4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el D.S. N° 47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

<sup>18</sup> Así, de aquellas indicadas en la nota 14, hay ordenanzas municipales que han establecido claramente esta prohibición; las mismas, han fijado el número máximo de animales tolerables dentro de una casa habitación, recurriendo a la fórmula de "dos animales, incluyendo las aves", y en otro caso, a la de "un perro por cada 300 metros cuadrados de la vivienda". Semejantes normativas, además de revelar la carencia de un mínimo criterio lógico, dejan de manifiesto el profundo desconocimiento tanto de la normativa específica sobre la materia, como de la aplicación de los principios básicos de legalidad, jerarquía normativa y resguardo de los derechos constitucionales.

<sup>19</sup> Ver el Reglamento sobre Prevención de la Rabia en el Hombre y los Animales, contenido en el Decreto Supremo N° 47, de 1984, del Ministerio de Salud; y el Programa Nacional de Prevención de la Rabia, Ministerio de Salud, 1985. En estas preceptivas, no se contempla ninguna atribución para las municipalidades, salvo la de coordinarse para la simple recolección de los cadáveres de los animales vagos existentes en la vía pública.

<sup>20</sup> Así, la Corte de Rancagua, en sentencia de 8 de julio de 1998, Reclamo de ilegalidad "Alberto Cortés Nieme y otros con Municipalidad de Rancagua", Rol. 13.874, declaró que "al poner en ejecución la ordenanza, la municipalidad no hizo otra cosa que cumplir con sus atribuciones y obligaciones, de conformidad con lo dispuesto en

6. Finalmente, en cuanto al contenido de las ordenanzas municipales en materia de control de alimentos, por una parte, y regula-

los artículos 4 y 5 y demás pertinentes de su ley orgánica”, agregando que con ello existe “tan solo una regulación o racionalización respecto del número de animales que el interesado pueda mantener en determinados lugares del área urbana; pues el derecho de dominio no puede concebirse en términos de amplitud tal que con su ejercicio se desconozca o afecte el derecho ajeno y el bien común que de manera esencial corresponde resguardar, se ajusta a las más elementales normas y principios de legalidad y sana convivencia que los municipios velen por el derecho del resto de los habitantes a vivir en un medio ambiente seguro y libre de contaminación física, acústica, epidemiológica y otras que pudieran producirse por la mantención o circulación indiscriminada y arbitraria de especies animales” (consid. Cuarto y Quinto). En el mismo sentido, la Corte de Valparaíso, en sentencia de 13 de enero de 1999, Reclamo de ilegalidad “Cortés Nieme, Alberto con Municipalidad de El Quisco”, Rol. 593-98, declaró que las normas de la ordenanza respectiva apuntan al objetivo de la protección de la salud pública y medio ambiente que la ley orgánica le encomienda a las municipalidades “toda vez que establecen requisitos que deben cumplir los habitantes y residentes de la comuna en relación con los animales domésticos que indica, para evitar en dicha comuna la contaminación ambiental, infecciones que afecten a la salud de las personas o prevenir la transmisión de la enfermedad de la rabia por los perros”, y que “en el régimen nacional la competencia de un organismo público como las municipalidades nace exclusivamente de la ley, y es inexcusable e irrenunciable para su titular; por lo que al cumplir tales obligaciones, siempre que no afecten la esencia del derecho garantizado por la Constitución no pueden estimarse como atentatorias”; con todo, la Corte anuló todo lo relativo a la exigencia de una licencia para la tenencia de los animales, por estimar que esa exigencia no se asemeja a los permisos y derechos que se permite cobrar a las municipalidades ni se encuentran entre las licencias y permisos contemplados en la Ley Orgánica Municipal o de Rentas Municipales, concluyendo que se trata de la fijación del “pago de un arancel no permitido imponer a las municipalidades, apartándose de la Constitución y de la Ley” (consid. Décimo). En un criterio distinto, la Corte de Temuco, en sentencia de 30 de enero de 2001, Recurso de protección “Tomás Iribarra Pares con Municipalidad de Pucón”, Rol. 1503-2000, declaró que en la materia a que se refiere la ordenanza impugnada “aparecen superpuestas las funciones que corresponden a organismos de salud con las facultades municipales, toda vez que, como lo dice el art. 77 del Código Sanitario, se reserva a un reglamento sanitario la facultad de normar las condiciones sanitarias de locales o sitios donde se alberguen personas, la prohibición de mantener determinadas especies animales, la fijación de su número máximo y la protección contra animales que puedan transmitir enfermedades al hombre”; y luego, para fundar la ilegalidad de la limitación establecida en la ordenanza respecto al número de animales que se puede poseer en una vivienda, declaró que con ello “se perturba y priva del derecho de propiedad”, agregando que la Constitución Política “reserva a la ley únicamente establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar y gozar y disponer de ella, así como reserva a la propia ley señalar las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social” (consid. Primero y Tercero).

ción de establecimientos educacionales, por otra, la impertinencia de semejante regulación resulta evidente, con los mismos fundamentos anteriores, atendido los términos categóricos de los artículos 77, letra d), y 108 a 111 del Código Sanitario, respectivamente; del Reglamento Sanitario de los Alimentos y del Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educacionales<sup>21</sup>.

7. A raíz del análisis anterior, debe mencionarse otra irregularidad que se verifica a consecuencia de la regulación municipal de tales materias, consistente en que los infractores de las exigencias o prohibiciones establecidas en las ordenanzas serán sancionados con multas en U.T.M. por los respectivos juzgados de policía local, en circunstancias que dicha falta, por encontrarse comprendida en la reglamentación ministerial respectiva, debiera ser objeto de la instrucción de un sumario sanitario por parte del servicio de salud competente, al constituir también infracción al Código Sanitario y a sus reglamentos (ver Libro Décimo del Código Sanitario, en especial su artículo 174).

Como corolario del descuido o eventual desconocimiento de la legislación sobre sanidad pública y medio ambiente, por una parte; y de la omisión de la observancia estricta de los principios jurídicos básicos de legalidad, jerarquía normativa y asignación de competencia, por otra, en la gestación de semejantes ordenanzas municipales, se identifican las siguientes irregularidades:

- a) El establecimiento de normas sobre materias que por disposición de leyes especiales se han reservado para ser reguladas por autoridades y normas de jerarquía superior, como ministerios y reglamentos de aplicación. Es decir, una interpretación tan extensiva de las funciones genéricas relativas a la salud pública y protección del medio ambiente que la LOC. de Municipalidades les reconoce, al extremo de haber invadido materias y competencias de jerarquía normativa superior.

<sup>21</sup> Contenidos, respectivamente, en el D.S. N°977, de 1996, del Ministerio de Salud; y en el D.S. N°289, de 1989, del Ministerio de Salud.

- b) La fijación de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad mediante simples ordenanzas municipales (de rango normativo inferior), carentes de todo fundamento jurídico, sin respetar en manera alguna las prevenciones que la institucionalidad vigente contempla a ese respecto.

Queda así delimitado el conflicto de competencia normativa existente en la materia.

### III. EVOLUCIÓN HISTÓRICO JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES COMPETENTES EN MATERIA DE SANIDAD PÚBLICA

Como se dijo antes, las legislaciones constitucionales que precedieron a la actual contenían mandatos explícitos en que se reconocían funciones específicas a las municipalidades en materia de salubridad pública. Tal vez esta tradición, que aún permanece en el vulgo, haya motivado negativamente la gestación de aquellas ordenanzas municipales.

Con el objeto de precisar este punto, resulta necesario revisar aquellos aspectos básicos de la evolución histórica que han tenido la legislación y las instituciones competentes en materia de sanidad pública; lo que permitirá descubrir el origen, sentido y alcance de la actual normativa.

#### 1. Situación anterior a los Códigos Sanitarios

Insistiendo en lo señalado, las Constituciones Políticas de 1828, de 1833 y de 1925, entregaban a las municipalidades la función específica de "cuidar de la policía de salubridad".

La situación de la salubridad pública en el país, durante el siglo XIX y principios del XX, era verdaderamente dramática. Las acciones de protección de la salud de la población se orientaban principalmente a la atención médica de los enfermos, sin una clara política de control de salubridad. De ahí que, como se ha dejado testimonio, se pasaba periódicamente de una palmaria inactividad en la materia, en tiempos normales, a un estado de verdadera emergencia, en tiempos de epidemias y enfermedades contagiosas, en que la autoridad hacía uso de drásticas medidas, las cuales, sin embargo, resultaban poco eficaces ya que se adoptaban transitoriamente; pasado el peligro, se olvi-

daba la preocupación hasta una nueva emergencia<sup>22</sup>.

En el gremio médico fue cundiendo la convicción que no podía dejársele la responsabilidad de la salubridad pública a los entes municipales, sino que debía reestructurarse la asignación de competencias. No obstante, pese a los reiterados esfuerzos por sustraerles autoridad a las municipalidades, por diversas consideraciones políticas no fue posible establecer cambios profundos sino después de varias décadas; llegaron incluso a ridiculizarse ciertas acciones de los municipios en la materia<sup>23</sup>.

En el plano estrictamente jurídico, las normas establecidas a nivel constitucional desalentaban los desafíos legislativos para innovar, atendido el fuerte respeto que se les tenía a aquellas en la época. Pese a ello, al amparo de estos preceptos se gestaron una serie de iniciativas que fueron complementando el escenario institucional. Entre ellas cabe destacar que por Ley de 16 de septiembre de 1892 se creó el Consejo Superior de Higiene Pública y el Instituto de Higiene, que posteriormente tienen una importante influencia en la evolución de la sanidad pública en el país, tanto a nivel técnico como legislativo; y a través del primero, el Presidente de la República ejerció la tuición estatal sobre las funciones de policía de salubridad a cargo de los servicios municipales (amparándose en la atribución que le reconocía el artículo 82 N° 21 de la Constitución Política de 1833).

#### 2. Ley de Organización y Atribuciones Municipales de 1891

En el nivel orgánico municipal, la ley de 24 de diciembre de 1891 sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades, se encargó de detallar una larga enunciación de las funciones que se entendían comprendidas en el ejercicio del mandato constitucional de las municipalidades para cuidar de la salubridad pública<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Ver Romero Cordero, Hernán, Hitos fundamentales de la medicina social en Chile, en *Medicina Social en Chile* citado en nota 1, p. 36.

<sup>23</sup> Como la anécdota del Dr. Alejandro del Río, quien relató que en una oportunidad los regidores de una población votaron y resolvieron por mayoría "que la viruela no es contagiosa"; anotada por Romero, citado en nota 22.

<sup>24</sup> Cfr.: El artículo 24 de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1891, disponía lo siguiente: "Como encargadas de cuidar de la policía de

### 3. El Código Sanitario de 1918

El Código Sanitario de 1918, aprobado por la Ley N° 3.385, de 22 de junio de 1918, fue fruto de una incansable tarea por modernizar la legislación nacional en la materia; en su tex-

---

salubridad, corresponde a las municipalidades conocer de todo cuanto se refiere a la higiene pública y estado sanitario de las localidades y especialmente: 1° Proveer al barrido, riego y aseo de las avenidas, calles, plazas, parques, jardines, paseos y demás lugares de uso público, impidiendo en ellos acumulación de basuras y derrames de agua; 2° Reglamentar el uso y la construcción, nivelación y limpia de los desagües, acequias y cloacas, y de los canales y acueductos, impidiendo que en ellos arrojen basuras o desperdicios que puedan obstruir el libre curso de las aguas y producir aniegos, pantanos o lagunas, cuya disección procurarán; 3° Dotar de baños públicos gratuitos a las poblaciones y proveerlas de agua potable, determinando su distribución y estableciendo, en todo caso, fuentes y pilones de uso público gratuito; 4° Establecer o permitir mataderos y establecer mercados dentro de los límites urbanos para el abasto de las poblaciones y fijar las reglas a que deben someterse, impidiendo el beneficio de animales flacos o enfermos y el expendio de carne, pescado, mariscos, frutas, leche y bebidas alcohólicas o fermentadas, y de cualquiera otra sustancia alimenticia que, por su alteración o mal estado, pudiera ser nociva a la salud de los consumidores; y suspender el expendio de frutas, legumbres u otras especies, que en épocas de epidemias sean nocivas a la salud pública; 5° Crear en los mataderos y mercados inspectores encargados especialmente de mantener el orden y de hacer cumplir en ellos las prescripciones municipales que les conciernan, pudiendo facultarlos para decidir sin ulterior recurso las cuestiones que se susciten entre compradores y vendedores sobre sumas que no excedan de cinco pesos; 6° Inspeccionar las confiterías, cafés, fondas, tabernas, cocinerías y demás establecimientos destinados al despacho de comestibles o bebidas, y fijar las reglas que en ellos deben observarse en orden al uso y limpieza de las vasijas y a los materiales que empleen; 7° Reglamentar la instalación y servicio de corrales, caballerizas, fábricas o industrias insalubres, determinando las condiciones de limpieza a que deben someterse para que no infeccionen el aire, y pudiendo prohibirlos dentro de ciertos límites urbanos; 8° Prohibir la construcción de ranchos o casas de quincha y paja dentro de ciertos límites urbanos y fomentar la construcción, en condiciones higiénicas, de conventillos o casas de inquilinato para obreros y gente pobre, formando al efecto los planos adecuados y ofreciendo exenciones y ventajas a los que se sometían a ellos; 9° Promover la vacunación voluntaria, pudiendo imponerla a los no vacunados que ingresen a la guardia municipal, y a los establecimientos de beneficencia, de educación y otros análogos municipales; 10° Disponer lo conveniente para evitar o combatir las epidemias o disminuir su propagación y estragos, pudiendo imponer la ejecución de medidas de desinfección de las habitaciones, acequias, desagües, letrinas, ropas, utensilios y cadáveres, reglando la conducción y sepultación de estos, y pudiendo también reglamentar con aquellos fines la libertad de locomoción, y 11° Inspeccionar las boticas y droguerías impidiendo que en ellas se expendan sustancias o medicamentos adulterados o en mal estado".

to fijó convenientemente las bases de la política higiénica del país, cuya esencia perdura hasta la actualidad, y propendió a establecer una autoridad central que se hiciera cargo y una legislación coordinada. Creó una Dirección General de Sanidad y un Consejo Superior de Higiene (dicha Dirección se identificará como "Servicio Nacional de Salubridad", que se mantendrá en lo fundamental hasta el año 1952). Este Código, sin embargo, fue muy cuidadoso de respetar el mandato constitucional entregado a las municipalidades, a punto que en su artículo 1 previno expresamente que "Corresponde el cuidado de la salud pública al Gobierno y a las Municipalidades (...)"; y pese a establecer un nuevo sistema de gestión, siempre cuidó de considerar la intervención de las municipalidades en la materia.

Cabe señalar que en el país no existía un ministerio específico a cargo de la salud; el Gobierno se ocupaba de los asuntos de salubridad pública a través de una sección especial "de Higiene" que se creó dentro del Ministerio del Interior, la que funcionó hasta el mes de octubre de 1924, fecha en que se creó el llamado Ministerio de Higiene, Previsión y Asistencia Social (el que posteriormente, por D.F. L. N° 105, de junio de 1953, pasará a denominarse Ministerio de Salud Pública y Previsión Social; y en la actualidad: Ministerio de Salud).

### 4. El Código Sanitario de 1925

Las instituciones siguieron evolucionando, y mediante el Decreto Ley N° 602, de 20 de octubre de 1925, se aprobó el Código Sanitario de 1925, nuevo cuerpo legal en que se mantuvo la existencia de una Dirección General de Sanidad, con mayores atribuciones que la anterior, y donde no se respetó la intervención de las municipalidades en materia de salubridad pública. En efecto, las funciones higiénicas de estas quedaron circunscritas a aspectos menores de coordinación local; teniendo siempre el control de las gestiones aquella Dirección General. Sin duda que este cambio tendía a la unificación de los asuntos relacionados con la salud pública en un ente específico, especializado y eficiente, donde las decisiones no se vieran influenciadas por torcidas motivaciones locales<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Sobre el origen histórico de los Códigos Sanitarios de 1918 y 1925, ver: Córdova Labarca, Lucio. "El primer Código Sanitario de Chile"; en *Revista Médica de Chile*,

## 5. El Código Sanitario de 1931

Precisamente presiones de esa naturaleza, ejercidas a nivel central, parecen haber llevado a establecer cambios legales sobre el particular. Así, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 1931, se aprobó el Código Sanitario de 1931. Este cuerpo normativo, que mantuvo también el Servicio Nacional de Salubridad, a través de la Dirección General de Sanidad, perfeccionó la regulación higiénica del país. Sin embargo, en lo que interesa a este estudio, volvió a reconocer que a las municipalidades les correspondía ejercer la policía de salubridad, y en un Título de su Libro I enumeró dieciocho funciones que dejaba a cargo de las municipalidades (artículo 26); cuya implementación fue detallada con posterioridad mediante el denominado "Reglamento sobre Normas Sanitarias Mínimas Municipales", dictado mediante el Decreto Supremo N° 4.740, de 1947, del Ministerio del Interior<sup>26</sup>.

Vol. 10, 1932, p. 709; y Romero Cordero, Hernán. Obra citada en nota 22, p. 41.

<sup>26</sup> En su consideración inicial, dicho Reglamento declaraba que esas Normas Sanitarias Mínimas se aprobaban "con el objeto de que las municipalidades dicten, ajustándose a ellas, los reglamentos necesarios para una efectiva y permanente protección de la salud pública local, en todos los aspectos que las mismas normas les señalen". A su turno, el artículo 26 del Código Sanitario de 1931 disponía lo siguiente: "Sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salubridad, corresponde en el orden sanitario a las Municipalidades: 1° Proveer a la limpieza de los sitios públicos de tránsito y recreo; 2° Recolectar y someter a un tratamiento adecuado para su higienización, las basuras, residuos y desperdicios de la vía urbana; 3° Practicar la visita de cualquier edificio, finca o lugar, a fin de exigir que los dueños u ocupantes los pongan y conserven en buenas condiciones de limpieza, pudiendo, sin perjuicio de la multa correspondiente, clausurar todo sitio o lugar que, por su falta de aseo, ponga en peligro la salud o el bienestar de los habitantes. Dicha clausura se llevará a efecto toda vez que el dueño u ocupante no hubiere procedido a la limpieza después de transcurrido el plazo prudencial que la autoridad municipal hubiere señalado; 4° Reglamentar las medidas tendientes a evitar las molestias públicas, como humo, ruido, olores desagradables, gases tóxicos, polvo atmosférico y emanaciones que puedan afectar al bienestar de la población; 5° Reglamentar la limpieza y conservación de los canales, acequias, norias, bebederos, cañerías de desagües e instalaciones sanitarias similares; 6° Proveer a la inspección y reglamentación de mataderos, mercados, panaderías, carnicerías, lecherías, pastelerías, fruterías, fuentes de soda, almacenes, bodegas, hoteles, restaurantes, posadas, casa de pensión, bares, cantinas y cualquier otro establecimiento donde se produzcan, guarden o expendan comestibles o

## 6. La Ley de Municipalidades de 1949

En el año 1949, la Ley N° 9.342 sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades (cuyo texto refundido fue fijado posteriormente por la Ley N° 11.860, de 1955), en su artículo 51 señalaba en cuatro numerandos lo que les correspondía atender a las municipalidades "como encargadas de cuidar de la policía de salubridad", junto a aquello que les señalaba el Código Sanitario<sup>27</sup>.

bebidas; 7° Proveer a la reglamentación higiénica de los baños públicos y particulares, peluquerías, institutos de belleza física y establecimientos semejantes; 8° Reglamentar, de acuerdo con las características y las necesidades higiénicas de la localidad, las condiciones en que se procederá al saneamiento previo de los terrenos en que se harán construcciones, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales que rigen la materia; 9° Reglamentar la calidad, naturaleza y demás requisitos higiénicos que deberán cumplir los materiales empleados en las construcciones y reparaciones de edificios o locales. En los puertos y ciudades que indique el Presidente de la República, será obligatoria la construcción del tipo "a prueba de ratas", de acuerdo con el Reglamento"; 10° Reglamentar las condiciones mínimas de higiene que debe cumplir una casa o local que se ofrece en arriendo; 11° Reglamentar las condiciones de limpieza, higienización y conservación exterior de las habitaciones, fábricas, edificios públicos, cuarteles, conventos, prisiones, teatros y otros locales públicos o particulares; 12° Fijar el número máximo de personas que pueden ocupar una habitación, edificio o parte de ellos; 13° Establecer las condiciones sanitarias y el número máximo de animales que pueden ser tolerados en cualquier sector del territorio municipal; 14° Ubicar en barrios especiales a cualquier industria o establecimiento que sean peligrosos o molestos para la población; 15° Establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos o niños, así como baños públicos gratuitos y servicio de toilette para el uso de la población; 16° Reservar extensiones de terreno para la futura creación de sitios públicos de ornato y recreo; 17° Proveer a la protección sanitaria contra los insectos, roedores, perros y otros animales capaces de transmitir enfermedades al hombre. En época de amenaza de epidemias, el cumplimiento de las medidas correspondientes estará a cargo de funcionarios dependientes de la Dirección General de Sanidad; 18° Establecer los desinfectorios públicos en la forma determinada por los reglamentos del Servicio Nacional de Salubridad, previa autorización del Presidente de la República, impartida por intermedio del Ministerio del Interior".

<sup>27</sup> Este artículo 51 de la Ley de municipalidades de 1949, se refería a cuatro aspectos: el cuidado de los desagües, acequias, cloacas y canales; la reglamentación de corrales, industrias insalubres, determinando las condiciones para evitar que "infecten el aire o molesten al vecindario"; prohibir ciertas construcciones y fomentar las condiciones higiénicas de las mismas; y establecer mataderos y mercados, pudiendo prohibir el expendio de alimentos que por su mal estado sean nocivos para la salud de los consumidores.

## 7. El Servicio Nacional de Salud

La transformación radical del escenario jurídico se vino a producir con la dictación de la Ley N° 10.383, de 1952, que reorganizó los distintos organismos involucrados en la atención de salud en el país; y, en su Título II, creó el Servicio Nacional de Salud al que se le encargó en general "la protección de la salud por medio de acciones sanitarias y de asistencia social y atenciones médicas preventivas y curativas" y cuya dirección superior correspondía a un Director General de Salud (artículos 62 y 68 de dicha Ley).

En lo que interesa a este estudio, cabe señalar al Servicio Nacional de Salud así creado se le entregó una serie de funciones, atribuciones y obligaciones en materia de sanidad pública; desde luego, aquellas que correspondían al Servicio Nacional de Salubridad por el Código Sanitario de la época y las que tenía la Dirección General del Trabajo en materia de higiene y seguridad industriales. Pero también se le entregó expresamente aquellas atribuciones que tenían las municipalidades; por la importancia de este punto, se transcribirá el texto normativo pertinente.

El artículo 63, letra g), de la Ley N° 10.383 estableció lo siguiente: El Servicio Nacional de Salud "tendrá las funciones, atribuciones y obligaciones que las leyes que se indican encargan a los siguientes organismos: g) A los Servicios Médicos y Sanitarios de las Municipalidades, salvo las funciones que el Reglamento determine que continúen correspondiendo a las municipalidades, de acuerdo con el artículo 26 del Código Sanitario."

A su turno, el Reglamento Orgánico del Servicio Nacional de Salud, aprobado por el Decreto Supremo N° 856, de 1953, del Ministerio de Higiene y Previsión Social, cumpliendo con aquel mandato legislativo, dispuso en su artículo 1, letra g), lo siguiente: "Corresponderá, asimismo, al Servicio Nacional de Salud ejercer las funciones y atribuciones que señala el artículo 26 del Código Sanitario (de 1931), con excepción de las que se contemplan en los números primero, segundo, undécimo, decimoquinto, decimosexto y decimonoveno (numeral último agregado al Código en 1950), las que seguirán siendo desempeñadas por las Municipalidades".

Por consiguiente, de lo antes expuesto debe necesariamente concluirse que las funciones, atribuciones y obligaciones en materia de sanidad pública que el artículo 26 del Código Sanitario de 1931 entregaba a las municipalidades, a partir de ese año 1953 pasaron a ser de competencia del Servicio Nacional de Salud; y que únicamente se reservó a las municipalidades las siguientes:

- i) Proveer a la limpieza de los sitios públicos de tránsito y recreo; ii) Recolectar y someter a un tratamiento adecuado para su higienización, las basuras, residuos y desperdicios de la vía urbana; iii) Reglamentar las condiciones de limpieza, higienización y conservación exterior de las habitaciones, fábricas, edificios y otros locales públicos o privados; iv) Establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos y niños, así como baños públicos gratuitos y servicio de toilette para el uso de la población; v) Reservar extensiones de terreno para la futura creación de sitios públicos de ornato y recreo; y vi) Transferir a título gratuito al fisco bienes inmuebles para ser destinados a obras sanitarias.

Por su parte, sobre este mismo particular, cabe señalar que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 63, letra g), de la Ley N° 10.383, de 1952, se infiere que la intención de los legisladores fue sustraer del ámbito municipal las atribuciones que el Código del ramo les otorgaba en materia de sanidad pública<sup>28</sup>. Esta conclusión se corrobora, además, si se considera que esa misma Ley dispuso que los funcionarios municipales que cumplían funciones de salubridad se incorporarían a la planta del Servicio Nacional de Salud; y que se impuso a las municipalidades la obligación de traspasar al mencionado Servicio los fondos públicos que las leyes le asignaran para el ejercicio de la policía de salubridad (ver artículos 65, letra i), y 19 transitorio de la Ley N° 10.383).

## 8. El Código Sanitario de 1967

El Código Sanitario vigente, dictado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de

<sup>28</sup> Sobre este punto, ver Vio Valdivieso, Francisco. Obra citada en nota 2, p. 76.

1967, recogió y mantuvo íntegramente el escenario institucional establecido en el año 1952. En lo que concierne a este estudio, ya se dijo antes las funciones específicas que su artículo 11 entrega a las municipalidades, el sentido restringido de las mismas y de aquella referencia contenida en su artículo 9, letra c), a cuyos comentarios me remito (ver supra I).

Al respecto, nótese que las funciones y atribuciones que el artículo 11 del Código Sanitario vigente encomienda a las municipalidades corresponden casi idénticamente a aquellas que en el año 1953 se les reservó dentro de su competencia.

Asimismo, constátese que todas las otras materias de sanidad pública que el artículo 26 del Código Sanitario entregaba a las municipalidades (y que en 1953 pasaron al Servicio Nacional de Salud), el Código Sanitario vigente lo aborda directamente y entrega su regulación complementaria a un reglamento, donde no cabe intervención alguna de las municipalidades. Así sucede, entre otros, con los siguientes tópicos de interés: higiene y seguridad del ambiente; tratamiento de las aguas residuales; regulación de saneamiento de locales y establecimientos varios; regulación de animales domésticos en las viviendas y control de zoonosis; higiene y seguridad industriales; prevención de la contaminación del aire y por ruidos molestos; sustancias peligrosas; control de alimentos, etc.<sup>29</sup>

Por último, cabe mencionar que el artículo 182 del Código Sanitario de 1967 dispuso que los reglamentos preexistentes que versaran sobre materias que en ese Código se trata quedaban derogados "solo en la parte que le fueren contrarios". Si, como se dijo, la mayoría de las atribuciones sobre salubridad que la legislación anterior confería a las municipalidades fueron reguladas específicamente por aquel Código, resulta que los reglamentos anteriores que se habían dictado implementando las antiguas normativas deben necesariamente entenderse derogados, en esa parte, sin perjuicio de haber concluido esto mismo por aplicación de la legislación del año 1953. Por consiguiente, a estos respectos, resulta indudable que el deno-

minado Reglamento sobre Normas Sanitarias Mínimas Municipales dictado en el año 1947, y al que ya hice referencia, debe entenderse derogado en casi todas sus disposiciones, salvo en aquellas que se ajusten estrictamente a lo previsto en el artículo 11 del Código Sanitario.

## 9. La Ley de Municipalidades de 1976

El Decreto Ley N° 1.289, de 1975, estableció una nueva Ley Orgánica de Municipalidades, cuyas normas, en lo que interesa a este estudio, recogieron las directrices de la evolución legislativa señalada; de esta manera, a diferencia de las leyes orgánicas anteriores, en materia de sanidad pública asignó a las municipalidades una función genérica consistente en "la atención de materias relacionadas con: salubridad pública e higiene ambiental" (ver su artículo 3, letra B), N° 7).

## 10. Reestructuración del Ministerio de Salud; los Servicios de Salud

Mediante el Decreto Ley N° 2.763, de 1979, se reorganizó el Ministerio de Salud; y se crearon los "Servicios de Salud" locales, a los que se les asignó un territorio jurisdiccional determinado, cada uno de los cuales asumió las atribuciones y competencias que las leyes le entregaban al Servicio Nacional de Salud, pasando a ser sus continuadores legales dentro de su respectivo territorio. Cada servicio local está a cargo de un Director, que para los efectos de las normas de sanidad del Código Sanitario hace las veces de "Director General de Salud"; de ahí que algunas modificaciones legales traten de homologar la figura de aquellos con la que tenía este, incurriendo a veces en graves errores jurídicos<sup>30</sup>.

Esta reestructuración no tuvo mayor incidencia en las normas sobre sanidad pública establecidas en el Código Sanitario, las que se mantuvieron incólumes. Se dejó expresamente determinado, como funcionamiento interno, que las atribuciones normativas de índole sanitaria quedaban radicadas a nivel ministerial, asumiendo los servicios de salud locales la función ejecutiva.

<sup>29</sup> Cfr.: Las normas del Libro Tercero y Título III del Libro Cuarto del Código Sanitario vigente; artículo 26 del Código Sanitario de 1931; y artículo 1, letra g), del D.S. N° 856, de 1953, del Ministerio de Higiene.

<sup>30</sup> Ver el D.S. N° 42, de 1986, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud.

## 11. Corolario

Los antecedentes aportados en esta reseña histórico jurídica, permiten sostener fundamentadamente que, si bien desde los orígenes de la República las municipalidades tuvieron una clara asignación de funciones y atribuciones en materia de salubridad y medio ambiente, las tendencias legislativas modernizadoras fueron sustrayendo aquellas funciones del ámbito municipal y restringiéndolas a sus expresiones mínimas en la actual normativa de sanidad pública; y que ese cúmulo de funciones, en lo que respecta a la competencia normativa que permite su regulación, quedó radicada para ser objeto de tratamiento legal o reglamentario a nivel nacional, excluyendo, por consiguiente, las normas de rango inferior, como las ordenanzas municipales.

### IV. ANÁLISIS INTEGRADO DE LA MATERIA

De lo expuesto precedentemente, se puede dejar como base de análisis los siguientes aspectos fundamentales:

- Que las municipalidades pueden desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente, según lo expresa genéricamente su actual ley orgánica; y que, para el cumplimiento de sus funciones tienen la atribución esencial de dictar resoluciones obligatorias de carácter general, como las ordenanzas.
- Que al amparo de estas funciones y atribuciones, las municipalidades del país han dictado una serie de ordenanzas de índole sanitario y ambiental, abarcando en ellas la regulación específica de una sorprendente variedad de materias sobre el particular.
- Que la legislación vigente sobre sanidad pública prevé la regulación de materias específicas a través de normas con rango de ley o a nivel de reglamento emanado del ministerio del ramo; determinando, en acápite especiales y diferentes, aquellas obligaciones y funciones de salubridad que se les asigna a las municipalidades.
- Que esta circunstancia recoge la tendencia histórica legislativa del país en la materia, donde se advierte que, desde el año 1953, se restringieron las funciones específicas que la legislación de sanidad pública anterior le

concedía a los municipios, radicando su tratamiento a nivel central; y que el Código Sanitario vigente y sus leyes y reglamentos complementarios han mantenido esta última regulación.

Ante estos claros antecedentes, cabe plantearse ahora cuál será la legitimidad del ejercicio de la potestad reglamentaria municipal respecto de aquellas materias reservadas por la legislación para ser objeto de regulación por normas de rango jerárquico superior.

De la misma manera, debe plantearse cómo interpretar la función genérica que la ley orgánica municipal le asigna a estas entidades locales para desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente, de frente a la legislación nacional sobre la materia.

### 1. Legalidad de las competencias

Un principio básico en derecho público lo constituye la asignación de competencia de un órgano estatal, para el desempeño de sus funciones. Como acertadamente se ha dicho, la legalidad de las competencias implica que "ninguna autoridad administrativa puede exorbitar la competencia que la ley le asigna en virtud de la especialidad de las funciones de los distintos órganos"<sup>31</sup>.

La función a que alude genéricamente la ley de municipalidades a estos respectos dice textualmente "desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente" (artículo 4, letra b), Ley N° 18.695). Ha sido esta referencia la que los municipios han extrapolado, otorgándole una aplicación tan extensa que, conectándola con su atribución esencial de dictar ordenanzas, han generado normas locales de sanidad pública en materias reservadas expresamente por el legislador a autoridades nacionales.

Como se enunciará más adelante, nada impedirá que una municipalidad pueda desarrollar actividades, principalmente asistenciales, sobre tales materias; pero no puede pretender regularlas con normas propias ni siquiera en forma de reenvío a las disposiciones reglamen-

<sup>31</sup> Ver Silva Cimma, Enrique. Obra citada en nota 10, p. 35.

tarias vigentes, simplemente porque no le compete. Se extralimitan en las facultades que se le ha reconocido. Como se señaló antes, en relación con los atributos de la potestad reglamentaria municipal, esta es esencialmente restringida y su fuente originaria no goza de respaldo constitucional, sino meramente legal.

La legislación constitucional ha previsto una sanción de nulidad en casos en que una autoridad pública extralimite sus atribuciones. Así, en lo pertinente de su artículo 7, la Constitución establece que los órganos del Estado actúan válidamente "dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley; y que no pueden atribuirse, aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad que no se les haya expresamente conferido por la ley, disponiendo que todo acto en contravención de este artículo es nulo. Nótese la similitud de esta sanción constitucional con aquella prevista en el artículo 12 del Código Sanitario, para los casos en que los actos municipales "estén en pugna" con las normas que regulan el ejercicio de la función sanitaria de las municipalidades.

Sobre este particular, conviene señalar que la legislación encomendó a las municipalidades la obligación de actuar "dentro de los marcos nacionales que regulen la respectiva actividad" (artículo 9 de la LOC. de Municipalidades), de manera que a pretexto de estar desarrollando una función genérica que se les encomienda no pueden pretender interferir ni duplicar la acción pública de la que se trate (Cfr.: artículo 5 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado).

A este respecto, el órgano contralor ha tenido ocasión de referirse al ámbito que le cabe a las municipalidades en ejercicio de su atribución normativa, señalando que esta se ejercerá en las materias compartidas la competencia municipal se circunscribe a la atención de asuntos "que no hayan sido entregados por la ley a otra autoridad"; que cuando "una atribución sea compartida con otro servicio del Estado importa que su ejercicio queda circunscrito al ámbito prefijado por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes"; que "cuando se trata de una materia especialmente regulada por el legislador asignando competencias específicas, no es posible entender que las facultades de las municipalidades les permitan a estas intervenir en ella". En lo específico de este estudio, se ha dictaminado que "desde la dicta-

ción de la Ley N° 10.383, la protección de la salud pública y el cometido de velar por el bienestar higiénico del país compete al Servicio Nacional de Salud, de manera que las atribuciones municipales en esta materia quedaron reducidas a las que indican los artículos 11 y siguientes del Código Sanitario"; y, en fin, que "las ordenanzas municipales deben respetar los cuerpos legales, sin que puedan exceder o contravenir sus términos"<sup>32</sup>.

## 2. Jerarquía normativa y restricciones a garantías constitucionales

Otro aspecto que se ha pasado a llevar con la manera inorgánica en que se generan las ordenanzas municipales en materia de sanidad pública dice relación a que a través de ellas se están imponiendo restricciones y exigencias para el ejercicio de ciertas garantías constitucionales de gran relevancia para la paz social y para el desarrollo del país, soslayando el hecho que tales materias ya son objeto de regulación legal, y, por consiguiente, sin respetar la jerarquía de las normas.

Así, tratándose del derecho de propiedad, nadie duda que su ejercicio no puede ser concebido en términos absolutos al grado que llegue a afectar interés general; de hecho entre los componentes de su función social se cuenta específicamente la salubridad pública. De la misma manera, la libertad para desarrollar una actividad económica tampoco puede ejercitarse de manera que transgreda otros derechos e intereses públicos.

Pero en uno y otro caso, debe representarse que es una norma de rango legal la llamada a establecer las obligaciones, limitaciones, requisitos, y demás exigencias que en atención al interés público comprometido sean atendibles (ver artículo 19 números 5, 8, 16, 21, 23, 24 y 26 de la Constitución).

<sup>32</sup> Ver Contraloría General de la República. Dictámenes N° 61.347, de 1976; N° 30.146, de 1985; N° 18.127, de 1988; N° 16.736, de 1990; N° 11.777, de 1991; N° 33.771, de 1995; y N° 18.147, de 1991. Resulta ilustrativo este último dictamen, en que, específicamente, declara que "conforme al Código Sanitario, artículo 11, letra d), a las municipalidades les corresponde reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de las casas habitación, pero no el interior de las mismas". Sobre este punto, ver además: *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Leyes Administrativas sobre Municipalidades*. Editorial Jurídica de Chile, 1994.

En la materia de sanidad pública, precisamente la ley ya ha establecido aquellas limitaciones, exigencias y obligaciones para el ejercicio de tales derechos. Así, por ejemplo, cuando el artículo 77, letra e), del Código Sanitario anuncia que un reglamento puede establecer prohibiciones y exigencias sanitarias para la mantención de animales en las viviendas; o cuando en su letra f), señala que será el reglamento el que establezca las medidas de prevención de zoonosis; o cuando el mismo, en sus letras a) y d) anuncia que el reglamento fijará las condiciones sanitarias y de seguridad para determinados locales; o cuando en su artículo 82, el mismo Código señala las restricciones que por reglamento pueden establecerse en materia de higiene y seguridad industriales; y, en fin, cuando en sus artículos 108 y siguientes fija las normas para el control de alimentos, en todos esos casos las normas del Código Sanitario están cumpliendo un doble rol jurídico:

- a) Por una parte, están restringiendo el ejercicio de los derechos de propiedad, libertad económica y otros, guardando plena armonía con las normas constitucionales indicadas; y
- b) Por otra, está radicando a un nivel jerárquico normativo determinado, y asignando a una autoridad nacional determinada la posibilidad de implementar aquellas limitaciones o exigencias para el resguardo de la salubridad pública.

Por consiguiente, resulta absolutamente improcedente pretender regular aquellas materias e imponer limitaciones, restricciones y exigencias en tal sentido a través de simples ordenanzas municipales. Menos aún si para ello los municipios se fundan únicamente en una función compartida meramente genérica que les confiere su ley orgánica.

En relación con la jerarquía normativa, estimo necesario referirme aún a la posibilidad que pueda sostenerse, en apoyo de la eventual legitimidad de las ordenanzas municipales cuestionadas, que la competencia otorgada a los municipios para "desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y protección del medio ambiente" se estableció en su ley orgánica, la que, por mandato de la Constitución, tiene el rango de "ley orgánica constitucional", de un quórum mayor que la ley común; y, en tal sentido, pretender sostener que cuando di-

cha ley confirió aquellas competencias era soberana para hacerlo, y, por consiguiente, cuando una municipalidad dicta una ordenanza para el cumplimiento de la función, debiera entenderse que ese mandato no tendría límites provenientes de una legislación común, incluso anterior a su vigencia.

Estimo que semejante planteamiento resultaría inadmisibles, por consideraciones tanto de forma como de fondo. Es cierto que las funciones y atribuciones de las municipalidades deben ser determinadas en una ley orgánica constitucional (artículo 107 de la Constitución), como se hizo; pero también es cierto que de conformidad con la disposición Quinta Transitoria de la misma Constitución se entiende que las leyes que al tiempo de dictarse la Carta regulaban materias que en su conformidad deben ser objeto de ley orgánica constitucional tienen esa jerarquía, y precisamente en esa situación se encontrarían los artículos 11 y siguientes del Código Sanitario, los que, como se dijo, imponen la interpretación restrictiva de las funciones sobre sanidad pública a cargo de las municipalidades. En cuanto al fondo, cabe señalar que el sistema jurídico nacional se compone de normas que deben ser interpretadas armónicamente, donde los criterios de especialidad prevalecen sobre aquellos de aspecto general, por lo que no resultaría lógico ni prudente abstraerse de todo un sistema normativo y sostener la legitimidad superior de una norma meramente genérica, como lo constituye la declaración contenida en el artículo 4, letra b), de la LOC. de Municipalidades.

### 3. Competencia normativa; acciones de salud y delegación de facultades

Es necesario abocarse a una circunstancia en que las municipalidades pudieran pretender fundarse para intentar justificar la existencia de aquel tipo de ordenanzas de sanidad pública. Me refiero a los contratos o convenios que su ley orgánica les permite celebrar con otras entidades; y a las facultades de delegación especial que el Decreto Ley N° 2.763, de 1979, les confiere a los Directores de los Servicios de Salud locales para traspasar a otras entidades algunas acciones de salud.

Para dilucidar este punto, resulta indispensable la distinción entre competencia normativa y acciones de salud; y, por otra parte, fijar el sentido y alcance de las facultades de delega-

ción que a este respecto poseen los Directores de Servicios de Salud locales.

- a) En cuanto a lo primero, baste señalar que ambos conceptos no pueden confundirse en manera alguna. La competencia normativa dice relación con la potestad reglamentaria de un ente público que, en el caso de las municipalidades en la materia que se estudia, corresponde a la atribución de dictar ordenanzas para el cumplimiento de sus funciones. En cambio, las acciones de salud constituyen actuaciones concretas de la vida material que implican el desarrollo de una cobertura de salud tendiente a una atención sanitaria de carácter primario a la población<sup>33</sup>.

Por consiguiente, cuando el artículo 4 de la ley orgánica de municipalidades se refiere a la posibilidad de estas para desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y el medio ambiente, no necesariamente implica una alusión al ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que primordialmente se refiere a lo que se entiende por acciones de salud, colaborando así con los servicios públicos competentes; de ahí que aquella sea una de las funciones compartidas.

- b) En lo que respecta a la posibilidad de delegación de facultades de los Directores de Servicio de Salud locales, primeramente debe tenerse presente que a estas entidades les corresponde una función principalmente ejecutiva, no normativa. De lo dispuesto en los artículos 4, letra b, y 16 del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, se advierte claramente esta circunstancia: al Ministerio le corresponde dictar normas generales a las que deberán ceñirse los servicios para ejecutar actividades de promoción, fomento y recuperación; en tanto que a estos les compete precisamente "la ejecución de las acciones de fomento, protección y recuperación de la salud". De ahí que se les asigne en general, en lo pertinente, asumir la aplicación de las normas del Código Sanitario y demás acciones en el ámbito asistencial.

De otra parte, en lo que respecta a la delegación, el artículo 20, letra i), de ese mismo Decreto Ley, al tratar de las atribuciones del Director de un Servicio de Salud, contempla la posibilidad que estos celebren convenios con toda clase de personas naturales y jurídicas "a fin de que tomen a su cargo, por cuenta del Servicio, algunas acciones de salud que a este le correspondan por la vía de la delegación o de otras modalidades de gestión", de acuerdo a un procedimiento que se señala; a fin de implementar esta atribución, su artículo 9 transitorio facultó la dictación de un Decreto con Fuerza de Ley para fijar las normas generales para la celebración de tales convenios (que se materializó mediante el D. F. L. N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud). Cierta autora ha sostenido que a través de este mecanismo, y de lo previsto en el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, los municipios pueden realizar por cuenta de los Servicios de Salud acciones relativas a las personas y al ambiente<sup>34</sup>.

Sin embargo, estas posibilidades de traspaso de funciones no debe confundir. Primero, porque ellas se refieren exclusivamente a "acciones de salud que correspondan a un servicio de salud", y no, por consiguiente, a atribuciones normativas.

Segundo, porque un Director de Servicio de Salud tampoco se encuentra facultado para implementar y reglamentar los preceptos pertinentes del Código Sanitario que establecen las limitaciones y exigencias en materia de sanidad pública al ejercicio de determinados derechos o actividades, las que solo pueden establecerse, como se dijo antes, a través de un reglamento emanado del ministerio respectivo. En consecuencia, malamente podría un director de servicio "delegar" o "traspasar" una facultad normativa de que carece.

Por consiguiente, una municipalidad no puede pretender justificar la dictación de una ordenanza que establezca normas sobre sanidad pública e higiene ambiental, en un eventual convenio con un servicio de salud, por cuanto este únicamente podría traspasarle a aquella, en su caso, la ejecución de alguna acción de salud; pero en ningún caso una competencia normativa.

<sup>33</sup> Sobre esta materia, ver Medina Lois, Ernesto, "Presente y futuro de la medicina social chilena", en *Medicina Social en Chile*, citada en nota 1, p. 143.

<sup>34</sup> Ver Maturana Schulze, Adriana. Obra citada en nota 6, p. 8 y 16.

#### 4. Apreciación global

De todo lo expuesto precedentemente se puede concluir que las ordenanzas municipales dictadas sobre materias de sanidad pública, que se extralimiten más allá de las competencias específicas que la ley les otorga, son ilegales. Y lo son por abarcar materias para lo cual carecen de competencia, infringiendo los principios de legalidad, jerarquía normativa y competencias legislativas.

Finalmente, no debe olvidarse que nuestro legislador ha considerado la circunstancia que una autoridad dicte resoluciones sobre materias que no le competen dentro de aquellas normas del derecho en las que incluye las conductas más reñidas con la sociedad: así, el artículo 221 del Código Penal castiga al empleado público "que dictare reglamentos o disposiciones generales excediendo maliciosamente sus atribuciones"; lo malicioso, en el caso de las ordenanzas municipales, podría suscitarse si se considera que ellas envuelven un interés pecuniario para la municipalidad que las dicta, producto de la recaudación de las multas por su infracción. Mientras más campos abarque con ellas, aumentan fundamentalmente las posibilidades de infracciones sancionables. Sin perjuicio de ello, rigen también a este respecto las normas legales que resguardan la probidad administrativa, en cuya virtud si una autoridad aprueba deliberadamente actos jurídicos ilegales, propicia la posibilidad de una acusación que ponga en peligro la mantención misma del cargo público que ejerce.

#### V. CONCLUSIONES

1. La competencia de las municipalidades para poder desarrollar funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente, que se reconoce en la LOC. de Municipalidades en su artículo 4, letra b), y la atribución esencial para dictar ordenanzas, no puede ser entendida en términos tan amplios que se llegue a invadir con ellas materias que, por disposición del legislador, se encuentran radicadas para ser reguladas por autoridades nacionales y normas de rango superior.

El sentido y alcance de esa función debe circunscribirse a aquellas materias de sanidad pública en que normas específicas le han reconocido competencia a los municipios; tal como sucede, por ejemplo, con lo previsto en el artículo 11 del Código Sanitario, Ley y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y otras, pero siempre interpretadas con un criterio restringido.

2. La evolución histórica jurídica de las instituciones con competencia en materia de sanidad pública ratifica esta conclusión, al demostrar que la tendencia de las legislaciones nacionales ha sido siempre ir restringiendo cada vez más las atribuciones municipales sobre el particular.

3. La ordenanzas municipales dictadas sobre materias que la ley ha reservado expresamente su regulación específica al reglamento; o que establezcan limitaciones a los derechos de las personas sin una habilitación legal previa, son ilegales; y su nulidad es de derecho público, por infringir los principios básicos de legalidad, competencia y jerarquía normativa.

4. Un Director de un Servicio de Salud local únicamente se encuentra autorizado para poder traspasar a los municipios la ejecución de determinadas "acciones de salud", para que estos la asuman por cuenta de aquel. Pero en ningún caso puede pretenderse traspasar la facultad de normar determinadas materias, por cuanto, a su vez, un Director de Servicio de Salud, carece de atribuciones normativas en materias de sanidad pública que la ley ha radicado su regulación a nivel ministerial y reglamentario; teniendo esos servicios una mera función ejecutora.

5. La extralimitación de atribuciones de los alcaldes al dictar resoluciones generales, puede generar para estos responsabilidades penales y administrativas graves.

6. Debiera modificarse el artículo 53 de la LOC. de Municipalidades, en el sentido que las ordenanzas municipales sean objeto de control de legalidad previo por parte de la Contraloría General de la República, mediante el trámite de toma de razón.