DERECHO PÚBLICO Y EMERGENCIA

RESPUESTAS ANTE EL COVID-19

CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN – JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ – PABLO MÉNDEZ ORTIZ
(COORDINADORES)

THOMSON REUTERS

La resurrección de la policía sanitaria municipal durante la pandemia de COVID-19. Una cuestión de densidad legal en clave histórico-normativa

Pablo Soto Delgado*

Sumario: Introducción. I. La policía sanitaria. II. La interacción entre el municipio y el gobierno central en torno a la policía sanitaria. III. Gobierno central versus gobierno local en la pandemia de COVID-19: una policía sanitaria municipal con poca densidad normativa. Conclusión.

Introducción

A pesar de que la función municipal de policía sanitaria o de salubridad fue derogada durante los años setenta del siglo pasado, esta ha resurgido durante la pandemia de COVID-19 como respuesta –según opinión de diversas municipalidades– a la falta de oportunidad e idoneidad de las medidas adoptadas por el gobierno central para controlar la epidemia. Sobre el particular, las entidades locales tomaron distintas determinaciones, como el cierre de los límites comunales, declaraciones comunales de emergencia y cuarentenas, restricciones al tránsito, cierre o limitación del horario de funcionamiento de algunos establecimientos y la obligatoriedad del uso de mascarillas.

A juicio de la Contraloría General de la República, las municipalidades no tienen atribuciones para la adopción de las medidas señaladas, puesto que no existen disposiciones que expresa y específicamente así lo permitan,

* Profesor de Derecho administrativo. Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2008) y Doctor en Derecho (2019), Universidad Diego Portales. Estudios de posdoctorado en la Humboldt Universität zu Berlín (2020). Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl.

y porque, en el estado de excepción constitucional de catástrofe en que se encuentra el país,[1] las decisiones que limitan derechos o libertades para administrar la epidemia han de ser dispuestas desde la presidencia de la República, en colaboración con su ministro de salud y los órganos sectoriales.

La existencia simultánea de decisiones municipales y centralizadas acerca de la pandemia de COVID-19 da cuenta de una cierta tensión institucional con respecto a la policía sanitaria. Esta fricción no es nueva, sino que, según se verá en lo que sigue, constituye un episodio más en la larga historia de interacciones entre el municipio y el gobierno central en cuanto a la administración de las epidemias, una cuestión que puede rastrearse hasta la llegada del cólera al país en 1886 durante la administración del presidente José Manuel Balmaceda.

Ahora bien, la falta de respaldo normativo para que los municipios decreten medidas de policía sanitaria puede ser matizada. En efecto, no puede ser controvertido que a esas entidades se le han otorgado espacios de decisión sujetos a una legalidad menos rígida que la recientemente dictaminada por la Contraloría, lo cual ha sido promovido desde cierta jurisprudencia de la Corte Suprema sobre temas tan sensibles como la privacidad y otros espacios de libertad personal. Según esta versión menos densa de la legalidad habilitante de la actuación municipal, basta con la existencia de disposiciones legales que se refieran a la materia objeto de una medida, y con que esta sea idónea. Este estándar más laxo podría conferir cobertura jurídica a las medidas de policía sanitaria adoptadas por las municipalidades durante la pandemia de COVID-19.

Con todo lo anterior en consideración, el presente texto tiene por objeto explicar el resurgimiento, durante la pandemia de COVID-19, de la policía sanitaria, insertándola en un contexto normativo-histórico más largo, analizando, asimismo, el problema de la cobertura legal de las medidas municipales adoptadas. Para cumplir con tales propósitos, el trabajo examina conceptualmente la policía sanitaria (I) y las diversas interacciones que en torno a ella han existido entre el poder central y la administración local

[1] Decreto Nº 104, de 2020, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, y Decreto Nº 269, de 2020, que prorroga la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe.

desde la epidemia de cólera de 1886[2] (II), explicando su actual reaparición a pesar de la aparente ausencia de habilitación normativa, cuestión que, en todo caso, ha de matizarse (III).

I. La policía sanitaria

A comienzos del siglo XX, Valentín Letelier confrontaba el individualismo economicista que planteaba la abstención del Estado en torno a las "medidas de hijiene i salubridad, porque cada uno debía responder i soportar su propia enfermedad".[3] Esa doctrina, afirmaba el autor, debió ser desechada por sus propios defensores a partir de las necesidades impuestas por la realidad en el contexto de la epidemia de cólera ocurrida en Chile durante el gobierno del presidente José Manuel Balmaceda: la calamidad "les vino a abrir los ojos i a justificar la intervención del Estado en esta materia, haciendo ver que hai ciertas enfermedades que afectan al pueblo entero".[4]

La legitimidad de la actuación de la Administración del Estado durante la epidemia adquiere sentido toda vez que pocas consecuencias beneficiosas pueden seguirse en una situación como esa, cuando cada uno queda entregado a su individualidad, actúa según su parecer o depende de su suerte, menos aun cuando el problema no es doméstico, sino planetario como sucede con la COVID-19, algo que, por lo demás, ya le parecía de sentido común al mismo Letelier: "[T]odos los pueblos cultos están en continuas relaciones, i por consiguiente uno que sea atacado por una *pan epidemia*, pone en peligro a los otros".[5]

Históricamente, se ha entendido que la función estatal que permite prevenir o extirpar las epidemias forma parte de la actividad de *policía sanitaria*[6] o *policía de salubridad*. Como lo señaló Amunátegui, tam-

[2] Debido al período de tiempo que se analizará, varias transcripciones de las fuentes aquí empleadas mantienen la denominada "ortografía de Bello", que estuvo vigente hasta su afortunado remplazo por la ortografía de la Real Academia Española mediante el Decreto Nº 3.876, de 1927.

[3] Letelier 1907, 130.

[4] Letelier 1907, 130.

[5] Letelier 1907, 132.

[6] Letelier 1907, 135.

bién en la primera década del siglo XX, esta actividad tenía por objeto preservar la salud de los habitantes del país, en el entendido que en tales circunstancias los individuos pueden ser un peligro para los demás. Se trata de una actividad que, como restringe la libertad de las personas, es inevitablemente estatal:[7] "Esta forma en que se desarrolla la actividad del Estado, se ha llamado *negativa*, porque restrinje la libertad para evitar un daño i se observa v. gr.: en las cuarentenas".[8] Tal cometido administrativo requiere, además, llevarse a efecto con una base técnica.[9] En cuanto a los medios de esa policía, como lo explicara Jara durante la vigencia de la Constitución de 1925, estos son "los decretos, reglamentos, resoluciones, medidas individuales o generales, pudiendo aparecer como regla de derecho la ordenanza de policía, o como acto administrativo de orden individual y operación material, empleo de fuerza".[10]

Es pertinente referirse a estos importantes autores del administrativismo nacional del siglo pasado en el contexto de la pandemia de COVID-19, puesto que, primero, en ese entonces existía verdadera proximidad temporal con eventos similares y, segundo, porque lo que ha acontecido durante la COVID-19 es un resurgimiento de las medidas municipales de policía sanitaria presuntamente eliminadas de la regulación positiva nacional durante la Dictadura iniciada en 1973, cuestión que hace necesario acudir a una gramática que permita entender el fenómeno. En tal sentido, las explicaciones de dichos autores en torno a la necesidad del rol estatal ante la epidemia y con respecto a la conceptualización de la policía sanitaria siguen siendo válidas: todavía es verdad que el poder estatal durante la epidemia exige la intervención en las libertades y los derechos de las personas.

Existiendo justificación para la intervención pública de la epidemia, es una cuestión distinta determinar qué parte de la organización estatal será la encargada de prevenirla y contenerla ejerciendo la función de la policía de salubridad. Como se verá a continuación, una reconstrucción histórico-normativa de la institución permite detectar varias fases, así

[7] Amunátegui 1907, 350 y 336.

[8] Amunátegui 1907, 349-350.

[9] Amunátegui 1907, 350.

[10] Jara 1948, 206.

como diferentes interacciones y tensiones entre el poder administrativo local y el gobierno central.

II. La interacción entre el municipio y el gobierno central en torno a la policía sanitaria

1. La policía sanitaria como función originalmente municipal

La Constitución de 1833 zanjó la ubicación institucional de la policía sanitaria al establecer que serían las municipalidades aquellas entidades administrativas encargadas de tal función, como lo indicaba el artículo 128 de esa Carta: "Corresponde a las Municipalidades en su territorio: 1º Cuidar de la policía de salubridad".[11]

La atribución municipal de encargarse de la policía sanitaria, que, según se ha dicho, contempla la administración de las epidemias, estableciendo límites a los derechos y libertades de los particulares, era una cuestión que también se encontraba desplegada en las correspondientes leyes orgánicas de municipalidades.[12] Así, en la Lei de organización i atribuciones de las municipalidades de 1854,[13] se estableció que a estos cuerpos administrativos locales correspondía "proveer por medio de ordenanzas i reglamentos: […] A la salubridad de las ciudades i poblaciones, protejiéndolas contra las causas ordinarias i comunes de infección, i prescribiendo reglas de policía sanitaria cuando circunstancias o acontecimientos estraordinarios lo exigieren".[14]

Fue, pues, en el ámbito municipal donde se radicó originalmente la policía sanitaria con fundamento constitucional y legal, como función que, con el objeto de conservar a los habitantes del país de los daños que otros individuos pudieran generar, admitía la intervención estatal mediante la limitación de las libertades y derechos de las personas.

---

[11] Artículo 128 de la Constitución de 1833.

[12] Al respecto, Varas 1948, 473-474.

[13] Lei de organización i atribuciones de las municipalidades, de 1854.

[14] Artículo 27 Nº 3 de la Lei de organización i atribuciones de las municipalidades, de 1854.

2. Hacia la centralización del control de la epidemia: el cólera de 1886

No obstante la radicación de funciones en el municipio antes reseñada, se produjo a fines del siglo XIX una tensión en la cual se enfrentó el Poder Ejecutivo y el poder local en torno a la policía sanitaria. En concreto, a causa de la epidemia de cólera iniciada en noviembre de 1886,[15] durante el mandato del presidente José Manuel Balmaceda,[16] se modificó en Chile la idea de que las epidemias solo eran de responsabilidad municipal y, en cambio, comenzó a surgir el planteamiento de que el aplacamiento de los episodios de enfermedades generalizadas era una tarea que debía llevarse a cabo bajo el control de la Administración central.

El gobierno de ese entonces concibió la epidemia desde un novedoso concepto de responsabilidad del Estado en la implementación de la salud pública, tratando la emergencia en salud como un suceso bélico o político, frente al cual el Poder Ejecutivo debía tener un "rol protagónico, directriz y centralizador".[17] Para ello, se dictó la Lei de policía sanitaria[18] y la Ordenanza general de salubridad que estableció una Junta General de Salubridad y en cada capital de departamento una Junta Departamental de Salubridad.[19] Uno de los objetos principales de la primera consistió en: "Estudiar y proponer medidas de todo género tendentes a contener la propagación de las epidemias".[20] Todo este desarrollo produjo un cambio institucional en la administración de las epidemias en el país, puesto que ya no solo serían los municipios aquellos que localmente intentarían manejar el problema, sino que el Poder Ejecutivo comenzaría a ser un actor primordial.

En este mismo contexto, se produjo un caso señero para el administrativismo chileno: *Ábalos con Fisco*, referido a la responsabilidad del Estado, cuyo hecho basal corresponde a la destrucción de los sandiales

---

[15] Como explica Ferrer 1911, 421.

[16] Al respecto, Illanes 2010, 66.

[17] Illanes 2010, 68.

[18] Lei de policía sanitaria, de 1886.

[19] Artículos 1º y 2º de la Ordenanza general de salubridad, de 1887.

[20] Artículo 1º Nº 1 de la Ordenanza general de salubridad, de 1887.

del demandante por orden del intendente de Aconcagua, precisamente para evitar la propagación de la epidemia de cólera iniciada en 1886. En la sentencia, afirmó el juez Barros de San Felipe:

> "Que si bien es verdad que ni la lei de 30 de diciembre de 1886, ni la Ordenanza de 10 de enero de 1887, facultan de un modo espreso a la autoridad local para decretar la destrucción de ciertos sembrados; es indudable que esa misma lei i esa Ordenanza permiten a la autoridad dictar todas aquellas medidas que la ciencia i la prudencia aconsejan para disminuir los efectos de una epidemia contajiosa, aunque esas medidas menoscaben ciertos intereses individuales, desde que se trata del bien i la salvación jeneral de todos los habitantes".[21]

El caso es de interés porque da cuenta de que las medidas adoptadas por el intendente –a la sazón, un agente provincial del Presidente de la República[22]– para impedir la propagación de la epidemia son legales, pueden ser adoptadas discrecionalmente y pueden consistir en restricciones a los derechos con tal de conservar a los habitantes de la República. Se trata, pues, de un ejemplo del desplazamiento de la función de policía sanitaria hacia el Poder Ejecutivo.

La epidemia de cólera de 1886 produjo un quiebre en la lógica de control municipal exclusivo de las epidemias, que comenzó a ser una función compartida entre el municipio y el gobierno central, desconcentrándose este último mediante las Juntas de Salubridad, lo que tuvo como consecuencia una primera tensión en torno al punto, como explica Illanes:

> "Este hecho inició una agria disputa entre las municipalidades y estos organismos ejecutivos de salubridad. Se planteaba que las Juntas de Salubridad usurpaban atribuciones de los municipios en el ámbito de la salubridad pública. A propósito de la emergencia del cólera quedaba, así, inicialmente planteado uno de los conflictos de poder más importantes de fines del siglo XIX en Chile y que cristalizó en la reforma de la Ley de Municipalidades de septiembre de 1887".[23]

---

[21] *Ábalos con Fisco* (1889) c. 1º.

[22] Artículo 116 de la Constitución de 1833: "El Gobierno superior de cada provincia, en todos los ramos de la administración, residirá en un Intendente, quien lo ejercerá con arreglo a las leyes i a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, de quien es ajente natural e inmediato. Su duración es por tres años; pero puede repetirse su nombramiento indefinidamente".

[23] Illanes 2010, 69.

Esta última ley –dictada durante la epidemia de cólera– mantuvo la policía de salubridad en los municipios y permitió que estas entidades dictaran "providencias de carácter *accidental* para […] prevenir epidemias […] i reparar sus estragos",[24] a través del gobernador o subdelegado, quien era nombrado por el Presidente de la República.[25] Así, el rol principal en cuanto al aplacamiento de las epidemias era confirmado en el gobierno central, quedando radicado el control último en el Presidente de la República y sus asesores (las Juntas de Salubridad).

Luego de la guerra civil de 1891, se intentó contrapesar el predominio presidencial del control de la epidemia, lo cual queda claro al revisar la Ley de Municipalidades de 1891 ("Ley de la Comuna Autónoma"[26]), que reforzó el poder de los municipios en desmedro del Poder Ejecutivo.[27] En aquel cuerpo legal, la policía de salubridad se fijó del siguiente modo:

> "Como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, corresponde a las Municipalidades conocer de todo cuanto se refiere a la hijiene pública i estado sanitario de las localidades, i especialmente: [...] Disponer lo conveniente para evitar o combatir las epidemias o disminuir su propagación, i estragos, pudiendo imponer la ejecución de medidas de desinfección de las habitaciones, acequias, desagües, letrinas, ropas, utensilios i cadáveres, reglando la conducción i sepultación de éstos, i pudiendo también reglamentar con aquellos fines la libertad de locomoción".[28]

No obstante esta reforma, la policía sanitaria ya estaba bifurcada central y localmente, algo que puede concluirse siguiendo a Ferrer,[29] quien se encarga de explicar que, mientras que en conformidad con la Constitución de 1833, y según se ha dicho, la policía sanitaria estaba radicada en el municipio, al mismo tiempo la función general de policía –de la

---

[24] Artículo 35 Nº 4 de la Lei sobre organización i atribuciones de las municipalidades, de 1887.

[25] Artículo 118 de la Constitución de 1833.

[26] Jara 1948, 172.

[27] Al respecto, Hernández 1993, 536.

[28] Artículo 24 de la Lei sobre organización i atribuciones de las municipalidades, de 1891. En el mismo artículo se establecía que, además de lo anterior, las municipalidades podían "suspender el espendio de frutas, legumbres u otras especies, que en épocas de epidemias sean nocivas a la salubridad pública".

[29] Ferrer 1911, 23.

cual la policía sanitaria podía considerarse una especie[30]– correspondía al Presidente de la República.[31] Esto fue reconocido luego en el primer Código Sanitario de 1918, que dividió la administración sanitaria entre los municipios y el Ejecutivo, profundizando el predominio central del control sanitario al instaurar "una Dirección General de Sanidad, que es un servicio especial con autoridad suprema en todo el territorio de la República".[32] En concordancia con este principio centralizador, en lo que concierne a la policía sanitaria en caso de epidemias, el Código estableció que, ante la insuficiencia de la acción municipal, el presidente podía intervenir el ámbito local a través de un funcionario central:

> "Cuando una parte del territorio se viere amagada o invadida por alguna epidemia, i los servicios sanitarios municipales fueren insuficientes para detenerla o combatirla, podrá el Presidente de la República, con audiencia del Consejo Superior, designar a alguno de los funcionarios de la Dirección Jeneral para que se haga cargo de los servicios jenerales o locales de salubridad en la rejión amagada o invadida.
>
> El funcionario designado adoptará las medidas que juzgue oportunas al cumplimiento de su encargo, dentro de las atribuciones que confíe este Código a las autoridades sanitarias.
>
> Durará en sus funciones por el tiempo que determine el Presidente de la República.
>
> Los gastos que demanden la organización i desempeño de este servicio, serán de cuenta del Estado[33]".

3. La policía sanitaria bajo la Constitución de 1925

La Carta de 1925 reiteró que a los municipios correspondía especialmente cuidar de la policía de salubridad,[34] aun cuando al revisarse el Decreto-Lei sobre Elección, Organización y Atribuciones de las Munici-

---

[30] Amunátegui 1907, 336.

[31] Artículo 73 (82) de la Constitución de 1833: "Son atribuciones especiales del Presidente: [...] 21.º Todos los objetos de policía y todos los establecimientos públicos están bajo la suprema inspección del Presidente de la República conforme á las particulares ordenanzas que los rijan".

[32] Jara 1948, 238.

[33] Artículo 59 de la Ley Nº 3.385, Código Sanitario, de 1918.

[34] Artículo 105 de la Constitución de 1925.

palidades, resulta claro que esa atribución quedó disminuida, eliminándose las referencias a la posibilidad de que las entidades locales limitaran la libertad de locomoción.[35] Este debilitamiento de la función de policía sanitaria en el ámbito municipal operó en contraste con el fortalecimiento del Ejecutivo en la materia, algo que quedó plasmado en el nuevo Código Sanitario de 1931. Si bien este cuerpo regulatorio se encargó de refrendar en su artículo 3º que la policía de salubridad era una atribución municipal,[36] al mismo tiempo robusteció la posición del gobierno central con respecto al control de la epidemia. De este modo, a pesar de las atribuciones sanitarias de los municipios, se dispuso que "[e]n época de amenaza de epidemias, el cumplimiento de las medidas correspondientes [estaría] a cargo de funcionarios dependientes de la Dirección General de Sanidad".[37] La preminencia del gobierno central venía, además, asegurada por el artículo 65 del Código Sanitario, que otorgaba facultades extraordinarias al entonces director general de sanidad para controlar las epidemias en cualquier lugar del país, señalando que:

> "Cuando una parte del territorio se viere amenazado o invadido por epidemia, podrá el Presidente de la República, previo informe de la Dirección General de Sanidad, declarar que la zona en cuestión se halla amenazada o invadida por epidemia y otorgar específicamente al Director General facultades extraordinarias para extinguirla o evitar su propagación".

El desglose entre lo local y lo central en la policía sanitaria se reitera en el Código Sanitario de 1968, que otra vez remitió a los municipios, conforme a la Constitución de 1925, la función de policía sanitaria[38] y también otorgó al presidente de la República la facultad de comisionar con

---

[35] Según el artículo 45 Nº 4 del Decreto Lei Nº 740, de 1925: "Como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, corresponde a las Municipalidades reglamentar todo cuanto se refiere a esta materia en el territorio de su jurisdicción, y, especialmente: […] suspender el espendio de frutas, legumbres u otras especies, que en épocas de epidemia sean nocivas a la salubridad pública". Por su parte, el artículo 90 número 11 de esta normativa estatuyó que entre las atribuciones y deberes especiales del alcalde se encontraba la función de: "Espedir decretos dirijidos […] a prevenir los incendios, epidemias o inundaciones y a remediar sus estragos".

[36] Decreto con Fuerza de Ley Nº 226, Código Sanitario, de 1931: "A las Municipalidades corresponde la policía de salubridad de su territorio, conforme al art. 105 Nº 1, de la Constitución y a las disposiciones de la presente ley".

[37] Artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 226, Código Sanitario, de 1931.

[38] Artículo 4º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 725, Código Sanitario, de 1968.

poderes extraordinarios al director general del Servicio Nacional de Salud, con el objeto de evitar la propagación o enfrentar la epidemia.[39] Todo esto tenía como contexto jurídico en el ámbito local a la Ley de organización y atribuciones de las municipalidades de 1955,[40] que contenía –con leves cambios– las mismas disposiciones sobre policía sanitaria vigentes para los municipios desde el Decreto-Lei sobre Elección, Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1925.[41]

4. Los cambios en Dictadura plasmados en la articulación constitucional-legal de 1980

Las disposiciones de la Constitución de 1925 sobre las municipalidades fueron "tácitamente derogadas"[42] por el Decreto Ley Nº 573 de 1974, sobre Estatuto del Gobierno y Administración interiores del Estado.[43] Entre las funciones que se eliminaron, se cuenta la policía sanitaria municipal, entregándose a la ley la mayoría de las atribuciones que esos cuerpos locales debían tener.[44] Esa ley, en definitiva, fue publicada en 1976 como "Ley Orgánica de las Municipalidades",[45] sin contener mención alguna a la policía sanitaria y, en cambio, estatuyó que a las municipalidades correspondería "en conjunto con otros servicios públicos existentes en la comuna, la atención de materias relacionadas con: [...] Salubridad pública

[39] Artículo 36 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 725, Código Sanitario, de 1968.

[40] Ley Nº 11.860, de 1955.

[41] Artículo 51 Nº 4 de la Ley Nº 11.860, de 1955: "Como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, corresponde a las Municipalidades la atención de todo aquello que al efecto se establece en el Código Sanitario y además: […] suspender el expendio de frutas, legumbres y otras especies que en épocas de epidemias sean nocivas a la salubridad pública". Por su parte, el artículo 93 Nº 10 del mismo cuerpo normativo estableció que: "Son atribuciones y deberes especiales del Alcalde: […] Expedir decretos dirigidos a la conservación del orden público y seguridad del vecindario, a mantener expeditas las vías públicas y el curso de las aguas de la población, a prevenir los incendios, epidemias e inundaciones y a remediar sus estragos".

[42] Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República 1978, 81.

[43] Decreto Ley Nº 573, de 1974.

[44] Artículo 15 del Decreto Ley Nº 573, de 1974.

[45] Decreto Ley Nº 1.289, de 1975.

e higiene ambiental".[46] Este es el punto institucional preciso en que la mención expresa a la prevención de las epidemias ha desaparecido de la normativa que rige al municipio y, a cambio, se fijó una cláusula abierta de competencia en materias que digan relación con la salubridad pública.

El Decreto Ley Nº 1.289 de 1975 incorporó también por primera vez, una disposición que ha tenido relevancia a propósito de la epidemia de COVID-19: entre las atribuciones municipales, compartidas con otros servicios, se halla "la atención de materias relacionadas con: [...] 5) Emergencias provocadas por calamidades públicas".[47]

En lo que concierne a la Constitución de 1980, sus disposiciones originales referidas a las municipalidades correspondieron, básicamente, a una importación, hacia la nueva Carta, del Decreto Ley Nº 573 de 1974, sobre Estatuto del Gobierno y Administración interiores del Estado.[48] Esto explica las escasas funciones que se fijaron en la Constitución para los municipios, en comparación con aquellas contenidas en la Constitución de 1925, así como la remisión a la futura ley orgánica de municipalidades de las funciones y atribuciones de estas entidades. Ese cuerpo legal es la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695, de 1988, en cuyo artículo 4º se estableció que los municipios podrían llevar a cabo "directamente o con otros órganos" administrativos funciones relativas a la salud pública y la prevención de riesgos y dar auxilio ante la emergencia.[49] Esta norma, en su versión actual se encuentra formulada del siguiente modo:

> "*Artículo 4º.- Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: [...] b) La salud pública y la protección del medio ambiente; [...] i) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes*".[50]

En consecuencia, la policía sanitaria se ha eliminado como función específica de los municipios. El manejo de la epidemia no se contempla expresamente en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y, en cambio, existen cláusulas generales que han otorgado a los municipios

---

[46] Artículo 3º letra B) número 7) de Decreto Ley Nº 1.289, de 1975.

[47] Artículo 3º letra B) número 5) del Decreto Ley Nº 1.289, de 1975.

[48] COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA 1978, 81.

[49] Artículo 4º letras b) y l) de la Ley Nº 18.695, de 1988.

[50] Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2006.

funciones concernientes a la salud pública, la evitación de los riesgos y la prestación de auxilio en caso de catástrofe. Estas atribuciones deben ejercerse dentro del territorio de la comuna y pueden llevarse a cabo de manera autónoma o bien en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado.

A la fecha continúa vigente, con modificaciones, el Código Sanitario de 1968, y, por lo tanto, las reglas sobre policía sanitaria en cuanto a la administración de la epidemia parecen ser un ámbito controlado desde el gobierno central, pudiendo el Presidente de la República otorgar facultades extraordinarias al director general del Servicio Nacional de Salud, conforme al ya citado artículo 36 de ese Código. Sin embargo, como se sabe, dicho cargo fue suprimido en 1979 cuando se reestructuró el Ministerio de Salud,[51] aunque la Contraloría General de la República considera que la delegación presidencial puede efectuarse "a las autoridades sanitarias que indica [el presidente]",[52] debiendo entenderse de modo amplio los órganos que reciben las facultades extraordinarias, en sintonía con la interpretación que ha efectuado el Ministerio de Salud, como queda claro al revisar lo dispuesto en el Decreto Nº 4 de 2020 de esa cartera, mediante el cual se tomó la determinación de poner en alerta sanitaria al país y se confirieron facultades extraordinarias a los siguientes órganos administrativos: i) la Subsecretaría de Salud Pública, ii) la Subsecretaria de Redes Asistenciales, iii) las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud; iv) los Servicios de Salud del país, v) el Instituto de Salud Pública, vi) el Fondo Nacional de Salud, vii) la Central Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud, y viii) Superintendencia de Salud.[53]

Ahora bien, en este entorno jurídico, la Constitución de 1980 es un factor de primera importancia, puesto que ella admite el empleo de los

[51] Artículo 2º inciso 2º del Decreto Ley Nº 2.763, de 1979.

[52] Dictamen Nº 9.762 (2020). Con todo, hay que indicar que existe poco fundamento en el pronunciamiento de la Contraloría para considerar apegada a la legalidad la transferencia de facultades extraordinarias a esas autoridades. Este punto no deja de ser problemático, puesto que al revisarse el Decreto Ley Nº 2.763, de 1979, en su versión original, las funciones del entonces director general del Servicio Nacional de Salud quedaron radicadas en los directores de los servicios de salud (artículo 20 letra j), en el director del Instituto de Salud Pública (artículo 39 letra b) y en un delegado del Gobierno de la época (artículo 1º transitorio).

[53] Artículos 2º a 9º del Decreto Nº 4, de 2020.

poderes excepcionales que se hallan a disposición del Presidente de la República, pudiendo este declarar el estado de excepción constitucional de catástrofe si estima que una epidemia corresponde a un evento de esa índole. Es así como, bajo tal hipótesis, de acuerdo con el artículo 43 inciso 3º de la Constitución, el jefe de Estado puede "restringir las libertades de locomoción y de reunión [,] disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada". Estas limitaciones son típicamente medidas de policía sanitaria cuando se las adopta en una situación en que la salubridad pública está en juego al existir una enfermedad colectiva, como lo explicaron los administrativistas chilenos de la primera mitad del siglo XX que se revisaron en la primera parte de este artículo.

En suma, eliminada la policía sanitaria municipal de la Constitución y de la Ley Orgánica de Municipalidades, y en sintonía con el modelo hiperpresidencialista de la Constitución de 1980,[54] se ha concentrado en el Presidente de la República la administración de la epidemia, algo que, visto desde una perspectiva histórica-normativa, parece consolidar institucionalmente el intento del Presidente Balmaceda por centralizar en el Ejecutivo dicha función.

Sin embargo, la misma Constitución de 1980 agrega un elemento problemático para la lógica antes descrita, a saber, que en una de sus reformas de 1991, se confirió a los municipios autonomía constitucional,[55] gracias a lo cual no quedan sujetos al poder del Gobierno, habiéndoseles dotado, además, de competencias normativas a través del artículo 119 de la Carta Fundamental.[56] Esa capacidad permite la dictación de regulaciones "generales y obligatorias aplicables a la comunidad", de acuerdo con el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades vigente.[57] Asimismo, la Constitución se encargó de establecer que una función

[54] Al respecto, García 2015, 322 y ss.

[55] Ley Nº 19.097, de 1991.

[56] Como lo indica el inciso 2º de ese artículo 119: "El concejo […] ejercerá funciones *normativas*, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva".

[57] Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2006.

esencial de esas entidades consiste en "satisfacer las necesidades de la comunidad local"[58] y que los servicios públicos deben "coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo",[59] lo cual desde luego descarta el mero sometimiento del municipio al poder central, en especial porque, conforme se explicó al inicio de esta parte, las municipalidades tienen una competencia bastante general en materias de salud pública, prevención de riesgo y prestación de auxilio ante la emergencia o catástrofe.

Precisamente, sobre la base de esta construcción institucional puede explicarse la tensión producida entre el municipio y el gobierno central en torno a las medidas para controlar la epidemia a propósito de la COVID-19, cuestión que se verá en la sección siguiente.

III. Gobierno central versus gobierno local en la pandemia de COVID-19: una policía sanitaria municipal con poca densidad normativa

1. El renacimiento de la policía sanitaria municipal durante la pandemia

Más de 130 años después de la epidemia de cólera ocurrida durante el gobierno del Presidente Balmaceda, ha resurgido con inusitada claridad la tensión con respecto al control de la epidemia entre la Administración centralizada (el Presidente de la República, el Ministerio de Salud y los órganos del sector) y los municipios. Esto ha ocurrido a partir de una cierta percepción, manifestada por las municipalidades, en orden a que el Gobierno no habría empleado, al inicio de la pandemia, medidas ni suficientemente apropiadas ni rápidas para contener el virus.[60]

En este contexto, no pocos municipios del país adoptaron medidas, tales como el cierre de los límites comunales, declaraciones de emergencia, cuarentenas, restricciones de tránsito cierre o fijación de horarios de estable-

[58] Artículo 118 de la Constitución de 1980. Esta cláusula general es considerada como un principio de amplitud con vasto alcance por Fernández 2007, 31.

[59] Artículo 118 de la Constitución de 1980.

[60] Segovia 2020.

cimientos[61] y obligatoriedad del uso de mascarillas.[62] Con respecto a varias de estas providencias, se dictaron ordenanzas municipales que estatuyeron obligaciones dirigidas a los particulares o autorizaron al respectivo alcalde para que, de considerarlo oportuno, tomara las medidas correspondientes. Ejemplo de lo primero es la ordenanza de la Municipalidad de Santiago que regula el uso de mascarillas en su territorio.[63]

Un caso de lo segundo, esto es, de ordenanzas que habilitan al alcalde para que decida las medidas de policía sanitaria correspondientes, se halla en las que admiten la regulación y cierre del comercio. Es lo que acontece, por ejemplo, con la Ordenanza de la Municipalidad de Las Condes que decretó medidas de excepción como consecuencia de la pandemia de COVID-19. Según esta, se facultó:

> "al Alcalde, cuando existan circunstancias graves, excepcionales y transitorias, debidamente declaradas por la autoridad de salud competente, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el numeral 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, a suspender y establecer horarios o condiciones especiales de funcionamiento a quienes ejerzan actividades comerciales en todo o parte de la comuna".[64]

A partir de esta nueva norma, el alcalde de Las Condes decretó: i) la suspensión temporal del funcionamiento de cines, teatros, salones de baile, gimnasios y centros de eventos; ii) la limitación de ocupación a un máximo de 50 personas en restaurantes, fuentes de soda, cafeterías y otros locales en que se venda y consuman alimentos y bebidas alcohólicas; iii) que se requiriera a dichos establecimientos para que adecuasen sus instalaciones al distanciamiento de sus mesas, y iv) sugerir a los supermercados, minimercados y comercios de venta al detalle limitar el expendio de los productos de higiene básica a un máximo de unidades por persona.[65]

La actividad desplegada por las municipalidades durante la pandemia de COVID-19 puede considerarse una manifestación de lo que en este texto se ha denominado policía sanitaria o policía de salubridad a nivel muni-

---

[61] Dictamen Nº 6.785 (2020).

[62] Villarroel 2020.

[63] Artículo 1º de la Ordenanza Nº 117, de 2020.

[64] Decreto Alcaldicio Sección 1ª Nº 1.890, de 2020.

[65] Decreto Alcaldicio Sección 1ª Nº 1.911, de 2020.

cipal. En efecto, son medidas para evitar la propagación de la enfermedad que restringen derechos o libertades individuales a fin de proteger a las personas en los territorios comunales, en el entendido de que ellas pueden representar un riesgo para sus semejantes. Se trata, así, derechamente de un resurgimiento de la función de policía sanitaria municipal presuntamente desaparecida, como se vio en 1974, cuando se derogaron las disposiciones de la Constitución de 1925 referidas a las municipalidades, y con la puesta en vigor en 1976 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley Nº 1.289 de 1975).

Lo anterior queda aún más claro cuando se revisan los motivos de los municipios para adoptar las respectivas ordenanzas: para la Municipalidad de Santiago, "la alta tasa de incidencia acumulada [en el territorio comunal] (99,4), en relación a [*sic*] otras comunas de la Región Metropolitana"[66] justificaba la ordenanza de mascarillas. Por su parte, la Municipalidad de Las Condes sostenía que "debido al inminente contagio de la enfermedad, sobre todo en los períodos de invierno y la actual fase 4, se hace necesario velar por la debida protección de la salud de la comunidad local, a fin de limitar la propagación del virus".[67]

2. Los pronunciamientos de la Contraloría: la policía sanitaria municipal es ilegal

Las medidas municipales dirigidas a contener la epidemia de COVID-19 han suscitado controversia, en especial considerando el entorno constitucional y legal en el que se desenvuelven. Habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico la policía de salubridad como una función expresa de los municipios, era muy posible que se declararan contrarias a derecho las determinaciones de esas entidades si se las revisaba desde la perspectiva del control de la Administración. Es precisamente lo que hizo la Contraloría General de la República en un dictamen de fines de marzo de 2020, a partir de diversas denuncias en contra de las actuaciones de las administraciones locales. En una segunda ocasión, esta vez en junio de

[66] Parte considerativa de la Ordenanza Nº 117, de 2020.

[67] Parte considerativa del Decreto Alcaldicio Sección 1ª Nº 1.890, de 2020.

2020, la entidad de control volvió a dictaminar sobre el tema, refiriéndose al cierre de locales comerciales.[68]

En su dictamen inicial, la Contraloría sostuvo dos criterios. De acuerdo con el primero, en el estado de excepción constitucional de catástrofe "corresponde al Presidente de la República y a los jefes de la Defensa Nacional […] adoptar decisiones que signifiquen afectar derechos fundamentales […], sin que competa a las municipalidades decretar medidas como las aludidas, que importan arrogarse atribuciones de las que carecen y mermar la unidad de acción necesaria para superar la crisis sanitaria y restablecer la normalidad constitucional".[69] Conforme al segundo criterio, ninguna de las funciones que la ley otorga a las municipalidades les permite a estas afectar derechos constitucionales: "[E]stos constituyen un límite al desarrollo de las competencias de las entidades edilicias".[70] Como se ve, mientras de acuerdo con el primer criterio se reparten competencias durante la excepción constitucional de catástrofe, monopolizando en el Presidente la policía sanitaria, conforme al segundo, se fija una limitación al despliegue de la actuación municipal en tiempos de normalidad y de excepción.[71]

En el segundo de los dictámenes, la Contraloría confirmó el primer pronunciamiento, sosteniendo que:

> "De acuerdo con lo previsto en el artículo 4º, letras b) e i), de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, las entidades edilicias se encuentran facultadas para desarrollar, directamente o en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas, en lo que importa, con la salud pública, y con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes. Sin embargo, corresponde señalar que el ordenamiento jurídico no ha dotado a las autoridades

[68] Dictamen Nº E8.935 (2020).

[69] Dictamen Nº 6.785 (2020).

[70] Dictamen Nº 6.785 (2020).

[71] Aun cuando la Contraloría se basa en un criterio surgido en un contexto que poco tiene que ver con el caso, a saber: cierre de calles y pasajes llevados a cabo por particulares con autorización de los municipios, afectándose los derechos de transeúntes y de quienes ejercen actividades económicas en los lugares que quedan confinados. Véase la referencia que el Dictamen Nº 6.785 (2020) efectúa a los Dictámenes Nºs. 35.220 (1999) y 11.421 (2000).

municipales de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales".[72]

Se trata de criterios rotundos, que fijan la competencia exclusiva del Presidente durante la excepción constitucional de catástrofe decretada a causa de la pandemia de COVID-19 y prohíben que el municipio intervenga a todo evento en los derechos fundamentales. Los dictámenes establecen, además, un estándar de legalidad conforme al cual se requiere una *habilitación expresa y específica* para que los municipios adopten medidas de policía sanitaria. En buenos términos, esto significa que la Contraloría General ha resuelto que la policía sanitaria no es una función que puedan llevar a cabo las municipalidades porque ella no está tipificada en la ley, lo que concuerda con la historia normativa efectuada en este trabajo, según la cual, desde mediados de los años setenta del siglo pasado, han desaparecido las referencias a esa atribución de la regulación constitucional y legal referida a los municipios.

3. Un matiz: la jurisprudencia ha autorizado medidas municipales a pesar de la baja densidad legal

El estándar fijado por la Contraloría General en los dictámenes recién explicados contrasta con algunos fallos de la Corte Suprema, en los cuales se ha permitido que las entidades territoriales afecten derechos o espacios de libertad, a través de medidas que escasamente pueden considerarse tipificadas.[73] Se trata de sentencias que desafían la idea de que la habilitación jurídica para que la municipalidad actúe, requiere ser siempre expresa y específica, estableciéndose una versión más laxa de la legalidad para otorgar validez a las medidas municipales.

El primero de estos casos se refiere a un recurso de protección en contra de las municipalidades de Las Condes y de Lo Barnechea por haber implementado globos aerostáticos para videovigilar varios lugares del territorio comunal. La acción se interpuso por un particular que consideraba lesionado su derecho fundamental a la privacidad garantizado constitucionalmente.

---

[72] Dictamen Nº E8.935 (2020).

[73] Aun cuando debe hacerse la salvedad de que las decisiones judiciales fueron tomadas en períodos de normalidad constitucional.

El recurso se resolvió a favor de los municipios, considerando la Corte Suprema, entre otros argumentos, que la legalidad de la medida se sustentaba en el antiguo artículo 4º letra j) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, según el cual:

> "Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: […] j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política".
>
> Sobre la base de esta disposición, hoy derogada, sostuvo la Corte que: "es indiscutible que el apoyo y fomento a la seguridad ciudadana es, actualmente, una relevante función municipal en el ámbito de su territorio, compartida con otros órganos de la Administración del Estado y que está reconocida expresamente por el artículo 4º letra j) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
>
> Es evidente que para la seguridad pública, la Carta Fundamental otorga exclusividad a la actuación policial, lo que no obsta a que las comunidades locales, a través de sus autoridades –que es el poder público que está más cerca de los ciudadanos– promuevan un conjunto de iniciativas de fomento y colaboración a fin de atender las necesidades que surjan en esta materia".[74]

Como se aprecia, la implementación de globos de televigilancia con finalidades de seguridad ciudadana no estaba expresamente definida en la ley, que solo autorizaba el "apoyo y fomento" a la seguridad ciudadana. Tampoco hay especificidad alguna de la medida que, indiscutiblemente, puede afectar el derecho constitucional a la privacidad.[75] Esa falta de tipicidad es tan evidente que la disposición aludida debió ser sustituida legislativamente por otra que sí autorizara a los municipios para "*la adopción de medidas* en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal".[76]

Pero la Corte fue más allá y afirmó que, "siendo la seguridad ciudadana una necesidad pública y la instalación de cámaras de televigilancia una medida idónea para tal fin, en tanto capten imágenes de la vía pública, cuyo es el objetivo declarado por las municipalidades recurridas para su

---

[74] *Soffgue Guemes y otros contra Ilustre Municipalidad de Las Condes y otro* (2016) c. 7º.

[75] Al respecto, Lovera 2018, 48 y ss.

[76] Artículo 1º de la Ley Nº 20.965, de 2016.

instalación",[77] la medida es legítima. Esto quiere decir que la idoneidad de la decisión municipal juega un rol decisivo en un escenario en que existe una baja densidad normativa.

El segundo caso a relevar se refiere a la ordenanza de la Municipalidad de Las Condes que determina áreas o zonas libres de humo en los parques y plazas de la comuna. En contra de esta reglamentación también se interpuso un recurso de protección, resuelto, nuevamente, a favor de la entidad local. Entre los fundamentos de la Corte Suprema para decidir la legalidad de la medida, se reconoció la potestad normativa municipal, la atribución expresa de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público que existan en la comuna,[78] así como las funciones locales referidas a la salud pública y la protección del medioambiente.[79] Sostuvo la Corte:

> "Como puede apreciarse, las razones expresadas por el municipio en la ordenanza misma y que llevaron a su dictación, no expresan sino el ejercicio de las facultades detalladas en el motivo precedente, esto es, la administración de los bienes nacionales de uso público que se emplazan en el territorio municipal, en virtud de la cual se proponen medidas tendientes al resguardo de la conservación del medio ambiente y salud de la comunidad local".[80]

La prohibición de fumar en los parques y plazas de la comuna no se encuentra expresamente especificada en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades ni en otro cuerpo legal. Esto significa que la Corte ha efectuado una construcción argumentativa a partir de normas que confieren atribuciones y funciones generales a los municipios con tal de dar cobertura legal a la ordenanza en cuestión que, al menos, limita la libertad –no un derecho[81]– de los fumadores.

---

[77] *Soffgue Guemes y otros contra Ilustre Municipalidad de Las Condes y otro* (2016) c. 8º.

[78] *Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2019) c. 8º.

[79] *Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2019) c. 9º.

[80] *Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2019) c. 10º.

[81] Según la Corte Suprema, no existe un derecho a fumar, sino solo una libertad individual de hacerlo, que al mismo tiempo afecta derechos fundamentales de otros individuos, en particular, el derecho a la salud; una libertad como la señalada, no puede exigirse compulsivamente a través de la institucionalidad estatal. Véase: *Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2019) cc. 6º y 7º.

4. ¿Posible legalidad de las medidas de policía sanitaria municipal?

Si se trasladara la lógica de la Corte Suprema en los fallos recién revisados a las medidas de policía sanitaria que las municipalidades adoptaron durante la pandemia de COVID-19, estas podrían pasar el test de legalidad, puesto que lo que importa en la revisión judicial no es la especificidad de la medida, sino si existe o no un respaldo legal que otorgue genéricamente la competencia, que la medida pueda enmarcarse razonablemente en ella y que sea idónea para la finalidad que persigue. Varias de esas normas –aunque no la interpretación municipal sobre ellas– fueron expresamente reconocidas por la Contraloría al dictaminar la proscripción de las determinaciones de policía sanitaria tomadas por los municipios con el fin de detener la propagación de la COVID-19.[82] Esta circunstancia hace que pierda peso la argumentación del contralor en torno a la inexistencia de la policía sanitaria municipal, porque implica, primero, aceptar que existe, en esa materia, un fundamento legal para actuar y, segundo, que las funciones municipales subsisten en la excepción, atenuando así el pretendido monopolio presidencial en ella.

Lo anterior significa que el desacuerdo entre los municipios y la Contraloría en torno a las medidas de policía sanitaria no deriva necesariamente de la inexistencia de un dispositivo legal, sino de *cuán estrictamente se interpreta* una habilitación genérica. Así, mientras los municipios consideran como suficientes las normas indicadas, la Contraloría –con poco desarrollo, desafortunadamente– opina lo contrario. En contraste, según se ha explicado, hay precedentes judiciales que no han visto un obstáculo en la baja densidad regulatoria para que las municipalidades adopten medidas que afectan derechos o libertades.

En sintonía con esta versión menos estricta con respecto a la legalidad municipal, hay una serie de disposiciones que genéricamente otorgan competencia a las entidades locales acerca de las medidas durante la pandemia, a saber:

i) el artículo 118 inciso 1º de la Constitución, según el cual las municipalidades tienen por finalidad satisfacer las necesidades de la comunidad local.

---

[82] Dictamen Nº 6.785 (2020).

ii) el artículo 4º, letras b), h) e i), de la Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, que atribuyen a estas entidades funciones que pueden desempeñarse directamente o en concurrencia con otros órganos en materia de transporte, tránsito, salud pública, prevención de riesgos y prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes.

iii) los artículos 3º y 5º de la Ley Nº 18.575, que exigen la colaboración de los municipios y su coordinación con otros órganos de la Administración del Estado.

iv) los artículos 5º, letra c); 36; 63, letra f); y 65, letra p), de la Ley Nº 18.695, con arreglo a los cuales las municipalidades pueden fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas y administrar los bienes nacionales de uso público situados en la comuna.

Con esta plétora de normas en consideración, no es difícil comprender el argumento municipal para adoptar medidas de policía de salubridad. En efecto, desde la versión menos estricta de la legalidad habilitante de la actuación de los municipios, las decisiones tomadas durante la pandemia de COVID-19 podrían ajustarse a derecho porque la policía de salubridad se ha ejercido a través de sus atribuciones normativas (ordenanzas), tiene por finalidad satisfacer las necesidades locales y se ha aplicado como una función relacionada con la salud pública, la ayuda en la catástrofe y la prevención de riesgos (precisamente, en esto consiste el intento de evitar el contagio del virus en el territorio comunal durante la pandemia). Si, además, las medidas de policía sanitaria municipal son idóneas para las finalidades que se proponen, el test de legalidad propuesto por la Corte Suprema podría considerarse satisfecho.

Conclusión

De acuerdo con lo que se ha analizado en este trabajo, la policía sanitaria municipal ha resurgido durante la pandemia de COVID-19, pese a que fuera eliminada de los textos legales y constitucionales durante la Dictadura. La "resurrección" de esa institución hizo necesario acudir a la doctrina administrativista de la primera mitad del siglo XX para entenderla y efectuar una reconstrucción de su tratamiento histórico-normativo.

Las medidas tomadas por los municipios durante la pandemia de COVID-19 fueron cuestionadas –dictámenes de la Contraloría median-

te–, lo cual puede considerarse un episodio más en la interacción entre el gobierno central y la administración local por gestionar la epidemia. Esta tensión tiene larga data, pudiendo encontrarse sus antecedentes en la llegada del cólera al país en el año 1886.

No obstante, la inexistencia de una regulación que autorice específicamente a los municipios para adoptar determinaciones de policía sanitaria, según una versión menos estricta de la habilitación legal municipal, como aquella propuesta por la Corte Suprema, basta con que una disposición confiera competencia genérica sobre cierta materia, que la medida se enmarque en ella y que sea idónea. A este respecto, es posible concluir que, cuando los municipios han ejercido funciones de policía de salubridad durante la pandemia de COVID-19, han actuado en sintonía con una de las posibles versiones de la legalidad con respecto a las atribuciones municipales.

Bibliografía citada

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (1978): "Sesión 375ª, celebrada en miércoles 24 de mayo de 1978". Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 22 agosto 2020].

Amunátegui, José Domingo (1907): *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislación de Chile* (Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona), 469 pp.

Fernández, José (2007): *Derecho Municipal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 497 pp.

Ferrer, Pedro Lautaro (1911): *Higiene y asistencia pública en Chile* (Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona), 566 pp.

García, José Francisco (2015): "Relación", en: Sierra, Lucas [ed.], *Diálogos Constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos) pp. 321-343.

Hernández, Luis (1993): "La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno", en: *Revista Chilena de Derecho*, Nº 2-3, pp. 535-555.

Illanes, María Angélica (2010): "*En el nombre del Pueblo, del Estado y de la Ciencia, (...)*" *Historia social de la salud pública. Chile 1880/1973 (Hacia una historia social del siglo XX)* (Santiago, Ministerio de Salud), 515 pp.

Jara, Manuel (1948): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 315 pp.

Letelier, Valentín (1907): *Apuntaciones de Derecho Administrativo (Clase de Don Valentín Letelier) 1904* (Santiago, Imprenta i Encuadernación Chile), 331 pp.

Lovera, Domingo (2018): "Privacidad, espacios públicos y vigilancia", en: Figueroa, Rodolfo [ed.], *Anuario de Derecho Público 2018* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 35-62.

Segovia, Macarena (2020): "Alcaldes: el escuadrón que eclipsó al Gobierno a la hora de enfrentar el Coronavirus". Disponible en: https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/03/20/alcaldes-el-escuadron-institucional-que-eclipso-al-gobierno-a-la-hora-de-enfrentar-el-coronavirus/ [fecha de consulta: 22 agosto 2020].

Varas, Guillermo (1948): *Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Nascimento), 512 pp.

Villarroel, María José (2020): "Comunas de la capital implementan ordenanzas para obligar el uso de mascarillas". Disponible en: https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/04/14/comunas-de-la-capital-implementan-ordenanzas-para-obligar-el-uso-de-mascarillas.shtml [fecha de consulta: 22 agosto 2020].

Normativa citada

Constitución de 1833.

Constitución de 1925.

Constitución de 1980.

Lei S/N, De organización i atribuciones de las municipalidades. 8 de noviembre de 1854.

Lei S/N, De policía sanitaria. Diario Oficial, 30 diciembre 1886.

Lei S/N, Sobre organización i atribuciones de las municipalidades. Diario Oficial, 12 septiembre 1887.

Lei S/N, Sobre organización i atribuciones de las municipalidades. Diario Oficial, 24 diciembre 1891.

Ley Nº 3.385, Código Sanitario. Diario Oficial, 22 junio 1918.

Ley Nº 11.860, Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de las municipalidades. Diario Oficial, 14 septiembre 1955.

Ley Nº 18.695, Orgánica constitucional de municipalidades. Diario Oficial, 31 marzo 1988.

Ley Nº 19.097, Modifica la Constitución Política de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal. Diario Oficial, 12 noviembre 1991.

Ley Nº 20.965, Permite la creación de consejos y planos comunales de seguridad pública. Diario Oficial, 4 noviembre 2016.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 226, Aprueba Código Sanitario. Diario Oficial, 29 mayo 1931.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 725, Código Sanitario. Diario Oficial, 31 enero 1968.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695, orgánica constitucional de municipalidades. Diario Oficial, 26 julio 2006.

Decreto Ley Nº 740, Sobre elección, organización y atribuciones de las municipalidades. Diario Oficial, 15 diciembre 1925.

Decreto Ley Nº 573, Estatuto del gobierno y administración interiores del Estado. Diario Oficial, 12 julio 1974.

Decreto Ley Nº 1.289, Ley orgánica de las municipalidades. Diario Oficial, 14 enero 1976.

Decreto Ley Nº 2.763, Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Diario Oficial, 3 agosto 1979.

Decreto Nº 3.876, Adopta como ortografía oficial, la de la Real Academia Española. Diario Oficial, 6 agosto 1927.

Decreto Nº 4, Decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo Coronavirus (2019-NCOV). Diario Oficial, 8 febrero 2020.

Decreto Nº 104, Declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile. Diario Oficial, 18 marzo 2020.

Decreto Nº 269, Prorroga declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indica. Diario Oficial, 16 junio 2020.

Decreto Alcaldicio Sección 1ª Nº 1.890 (Municipalidad de Las Condes), modifica ordenanza, decretando medidas de excepción, como consecuencia de emergencia de salud que indica. 17 marzo 2020.

Decreto Alcaldicio Sección 1ª Nº 1.911 (Municipalidad de Las Condes), decreta medidas de excepción, como consecuencia de emergencia de salud que indica. 18 marzo 2020.

Ordenanza S/N jeneral de salubridad. Diario Oficial, 11 enero 1887.

Ordenanza Nº 117 (Municipalidad de Santiago), sobre uso de mascarilla en lugares que indica y otras medidas sanitarias en la comuna de Santiago, en el contexto del brote del COVID-19. 15 mayo 2020.

Jurisprudencia citada

Ábalos con Fisco (1889): Juzgado de Letras de San Felipe, 5 junio 1889.

Soffge Guemes y otros contra Ilustre Municipalidad de Las Condes y otro (2016): Corte Suprema, 1 junio 2016.

Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes (2019): Corte Suprema, 25 septiembre 2019.

Dictamen Nº 35.220 (1999): Contraloría General de la República, 24 de septiembre de 1999.

Dictamen Nº 11.421 (2000): Contraloría General de la República, 31 de marzo de 2000.

Dictamen Nº 6.785 (2020): Contraloría General de la República, 24 de marzo de 2020.

Dictamen Nº E8.935 (2020): Contraloría General de la República, 4 de junio de 2020.

Dictamen Nº 9.762 (2020): Contraloría General de la República, 10 de junio de 2020.