

**EN LO PRINCIPAL: SE TENGA PRESENTE; OTROSÍ: SOLICITUD QUE INDICA.**

**SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**FELIPE HARBOE BASCUÑÁN**, rol único nacional número 8.826.664-1, chileno; y **JOSÉ MIGUEL INSULZA SALINAS** rol único nacional 4.103.026-7, ambos Senadores de la República, domiciliado para estos efectos avenida Pedro Montt s/n, Congreso Nacional, Valparaíso, a UD., respetuosamente decimos:

Que, en virtud de los artículos 98, 99 y 100 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el Decreto N° 2421, de 10 de julio de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, solicito a UD., tener presente lo que a continuación exponemos:

**Antecedentes**

El 7 de mayo recién pasado S.E. el Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echeñique, luego de sostener una reunión con los representantes de los alcaldes de todo Chile, informó la dictación de un “decreto para aumentar la capacidad de fiscalización de funcionarios municipales”<sup>1</sup> en lo concerniente, entre otros, al control de la apertura y cierre de locales comerciales e incluso a la posibilidad que dichos funcionarios puedan practicar controles de identidad. En este contexto, S.E. sostuvo que dicho acto administrativo “[...] *aumenta sustancialmente las capacidades de fiscalización de los funcionarios municipales para fiscalizar las condiciones sanitarias, el cumplimiento de las cuarentenas, el cumplimiento del toque de queda, todo lo que se debe fiscalizar para fortalecer nuestra capacidad de combatir el coronavirus*”<sup>2</sup>. Por su parte, el Ministro del Interior, señor Gonzalo

---

<sup>1</sup> El Mostrador. 7 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/05/07/la-nueva-tregua-de-pinera-con-los-alcaldes-ahora-asegura-que-somos-un-solo-equipo/>

<sup>2</sup> El Mercurio. 8 de mayo de 2020. Cuerpo C. P. 5. Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2020/05/08/C/973PO4BD#zoom=page-width>

Blumel, señaló que el decreto constituye *“un conjunto de atribuciones que además puede ser complementado por el mando del jefe de la Defensa Nacional, que también va a tener la facultad de traspasar o de entregar otras atribuciones que se estimen pertinentes.”*

Pues bien, el referido decreto dispone que los Jefes de la Defensa Nacional de las regiones declaradas en estado de excepción constitucional de catástrofe impartirán directamente instrucciones a los funcionarios municipales que se encuentren en sus respectivas zonas y en conformidad a las funciones de fiscalización que le otorga la ley, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública, para que en el ejercicio de sus competencias colaboren con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, en la fiscalización de las medidas que los Jefes de la Defensa respectivos hayan dispuesto en sus respectivas jurisdicciones, así como aquellas impuestas por la autoridad sanitaria en el contexto de la alerta sanitaria y del señalado estado de excepción constitucional.

Además, dispone que por dichas medidas se entenderán las de aislamiento, cuarentenas, cordones sanitarios, aduanas sanitarias y prohibiciones de funcionamiento dispuestas por la autoridad competente, así como las medidas sanitarias dispuestas para el funcionamiento de establecimientos comerciales y lugares de libre acceso público.

Debido a lo anterior, y a la información que el referido anuncio se formalizó en un acto administrativo ingresado recientemente para su toma de razón, es que solicito a UD., tener presente lo siguiente:

1.- El artículo 39 de la Constitución Política de la República -en relación con los artículos 41 y 43 del mismo texto-, expresamente dispone que el ejercicio de los derechos y garantías que la Carta Magna asegura a todas las personas *sólo* puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado. Pues bien, esta última

situación da origen al estado de excepción constitucional de catástrofe, el que es declarado por el S.E. Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.

2.- En virtud del estado de excepción referido, S.E. el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, 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; como contrapartida, sobre el Jefe de Estado pesa la obligación a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. Por su parte, el Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos 180 días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, S.E. el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional.

3.- Ahora bien, declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que designe el S.E. el Presidente de la República. Éste asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

4.- Por su parte, el artículo 6° de la ley N°18.415, 14 de junio de 1985, orgánica constitucional de estados de excepción, habilita a S.E. el Presidente de la República para delegar, total o parcialmente, en el jefe de la Defensa Nacional las facultades conferidas por el correspondiente estado de excepción y por el tiempo que este dure.

5.- Durante dicho estado de catástrofe, el jefe de la Defensa Nacional designado detenta dos tipos de facultades, por una parte, aquellas que el artículo 3° de la ley N°18.415 le confiere y que por el sólo hecho de su designación posee; y, por otra,

aquellas delegadas por el Presidente de la República en virtud del estado de excepción constitucional que corresponda.

6.- El primer grupo de deberes y atribuciones –contenidos en el artículo 3º de la ley N°18.415– son los que a continuación se enuncian:

- 1) Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de catástrofe, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción;
- 2) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella;
- 3) Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros;
- 4) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes, previa instrucción del Presidente de la República;
- 5) Determinar la distribución o la utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada, previa instrucción del Presidente de la República;
- 6) Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, de conformidad a las instrucciones del Presidente de la República;
- 7) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública, conforme a las instrucciones del Presidente de la República;
- 8) Difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población;

- 9) Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona; y
- 10) Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal.

7.- En el referido contexto normativo y en virtud del decreto N°104, de 18 de marzo del año en curso, del Ministerio de Interior y Seguridad Pública (modificado por el decreto 106 de 19 de marzo de 2020), S.E. el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, enunciándose, además, como facultades de los jefes de la Defensa Nacional aquellas contenidas en el artículo 3° de la ley N°18.415, no verificándose hasta esta fecha la delegación de otro tipo de facultades con motivo del estado de excepción constitucional mencionado.

8.- La aclaración anterior importa, debido a que las facultades extraordinarias que detenta S.E. el Presidente de la República, con ocasión del estado de excepción constitucional de catástrofe y que lo habilitan a adoptar medidas que pudieren restringir las libertades de locomoción, de reunión y el derecho de propiedad, además de poder disponer de requisiciones de bienes y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada, no han sido delegadas en los jefes de la Defensa Nacional.

9.- Ahora bien, las facultades anteriores sólo pueden ejercerse en el contexto del estado de excepción constitucional de catástrofe por lo que sin el decreto previo que así lo declare, toda actuación en este sentido es inconstitucional.

10.- Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, los órganos del Estado han sido dotados de ciertos poderes jurídicos denominados potestades, que no son sino expresiones concretas de la soberanía estatal. Estos poderes, en el ámbito de la Administración del Estado, implican prerrogativas o poderes parciales, de los que están dotados jurídicamente los órganos administrativos públicos para cumplir los

cometidos o finalidades específicas que le son propias<sup>3</sup>. En este sentido, estos poderes comparten las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado obviamente forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo<sup>4</sup>.

11.- En este contexto, la existencia y el ejercicio de estas potestades debe ajustarse estrictamente al principio de legalidad o juridicidad, consagrado en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, ya que ella es la fuente de aquellas, lo que determina su extensión y ámbito de acción<sup>5</sup>. Así, el ordenamiento jurídico determinará las potestades concretas asignadas a cada órgano de la Administración del Estado, disponiendo también su contenido y la forma concreta de ejercerlas, en el marco de los principios y reglas establecidas por la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

12.- Una de las potestades públicas que más destaca -con ocasión del anuncio de S.E. el Presidente de la República de delegar un mayor número de facultades a los alcaldes-, es la denominada potestad fiscalizadora. Así, tradicionalmente se ha entendido que la Administración Pública desarrolla diversas actividades para el cumplimiento de sus fines de satisfacción del interés público, destacándose las actividades prestacional o de servicio público, de fomento y de policía.

13.- Por su parte, la actividad de policía suele ser definida como aquella que la Administración del Estado despliega en el ejercicio de sus propias potestades y que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos. En otros términos, en ejercicio de la actividad de policía la Administración del Estado opera

---

<sup>3</sup> Reyes Riveros, J. (2013). Introducción al Derecho Administrativo General. Santiago: LegalPublishing - Thomson Reuters.

<sup>4</sup> Ferrada Bórquez, J. C. (diciembre de 2007). Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. Revista de Derecho (Valdivia), XX(2), 69-94.

<sup>5</sup> Celiz Danzinger, G. (2010). Curso de Derecho Administrativo (Vol. I). Santiago: PuntoLex.

controlando las actividades de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público. Para ello ejerce limitaciones, impone conductas y ajusta aquéllas a las exigencias del interés general.

14.- Para tal efecto, la Administración del Estado, a través del ordenamiento jurídico, cuenta con tres clases de poderes: i) la reserva de autorización –considerada ésta en un sentido amplio– que consiste en la posibilidad de realizar ciertas actividades sólo si se cuenta con la previa autorización expresa de la Administración del Estado; ii) la regulación, que se manifiesta en el ejercicio de las potestades reglamentarias, a través de la cual se imponen exigencias de conductas, limitaciones y restricción de actividades con la finalidad de alcanzar la satisfacción de necesidades públicas y mantención del orden público; y iii) la potestad sancionadora, que permite a la Administración imponer directamente sanciones administrativas<sup>6</sup>. Es en este ámbito donde encontramos a la fiscalización, entendida por el Diccionario de Administración Pública chilena, como la acción de vigilar, controlar, investigar, inspeccionar y perseguir el cumplimiento de determinadas obligaciones.

15.- Actualmente nuestro país cuenta con una serie de órganos de la Administración del Estado que tienen por función fiscalizar una determinada área. Así, por ejemplo, la Contraloría General de la República fiscaliza el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco y otros servicios que determine la ley. En el mismo sentido, el Servicio de Impuestos Internos ostenta una potestad fiscalizadora, cautelando el correcto, íntegro y oportuno pago de los impuestos. Algo similar ocurre con la Superintendencia del Medio Ambiente, que le corresponde fiscalizar las Resoluciones de Calificación Ambiental, las medidas de los Planes de Prevención y de Descontaminación Ambiental, el contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, los Planes de Manejo y todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Como se puede ver, es el ordenamiento jurídico (y más precisamente, la ley) el que determina, no solamente las potestades concretas asignadas a cada órgano de la Administración del Estado, sino que

---

<sup>6</sup> Bermúdez Soto, J. (2013). Derecho Administrativo General. Santiago: LegalPublishing - Thomson Reuters.

también su contenido y la forma concreta de ejercerlas, en el marco de los principios y reglas establecidas por la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

16.- Por lo tanto, toda nueva potestad pública que se atribuya a un órgano del Estado debe estar previamente consagrada en una ley (producto de la deliberación legislativa) ya que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, *ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias*, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

17.- Lo anterior, es corroborado por su propia jurisprudencia administrativa. Así, el Dictamen N°15.919/2017, de su autoría, sostiene que “[...] *los organismos públicos se encuentran sometidos al anotado principio de juridicidad, por lo que no pueden atribuirse el ejercicio de funciones que la preceptiva ha reservado a otras entidades del Estado*”.

18.- Concordante con lo anterior, es que las facultades fiscalizadoras municipales, que se materializan a través de su actividad inspectiva, en términos generales, se refieren a la fiscalización de la ocupación de los espacios públicos de la comuna, de los permisos para ejecución de obras de urbanización y edificación, del cumplimiento de las disposiciones normativas que regulan el desarrollo de las actividades comerciales, industriales y profesionales de la comuna, del cumplimiento de las ordenanzas en materia Derechos Municipales y del cumplimiento de las normas de transporte y tránsito público. De hecho, precisamente sobre esta última, la jurisprudencia administrativa de este organismo de control (entre otros, dictámenes N°s 15.919/2017, 12.287/2002, 24.108/2009, 46.880/2010 y, 75.296/2013) ha precisado que “*la participación municipal en asuntos de seguridad ciudadana, solamente puede constituir una labor de apoyo y colaboración a los organismos del Estado a los cuales el ordenamiento jurídico les*



*ha otorgado atribuciones específicas en la materia, acciones que, en todo caso, los municipios han de llevar a cabo en forma coordinada con tales entidades”.*

19.- Por otra parte, y no menos relevante, el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República sostiene que la Constitución asegura a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

20.- En efecto, esta garantía implica, por una parte, que los derechos no son ilimitados, y, por otra, que los derechos y libertades exigen una labor delimitadora de parte de los poderes públicos, “donde la garantía del contenido esencial de los derechos supone inevitablemente la razonabilidad y proporcionalidad en la regulación, complementación o limitación de nuestro legislador”<sup>7</sup>.

21.- Por consiguiente, el poder para delimitar o fijar los contornos de protección iusfundamental, es una actividad que el texto constitucional ha reservado exclusivamente legislador. Así claramente lo ha afirmado el Tribunal Constitucional cuando señala que “[...]debe señalarse que es principio general y básico del derecho constitucional chileno la **reserva legal** en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, N°13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales”.

---

<sup>7</sup> Bronfman, Martínez & Núñez, 2012. La garantía del contenido esencial de los derechos. (extractos de la Constitución Política Comentada. Parte Dogmática, Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile). P.2.

22.- A mayor abundamiento el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con ocasión de las limitaciones a los derechos fundamentales, dispone que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a **leyes** que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

23.- Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante OC 6/86 de 9 de mayo de 1986, señaló *"no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". (considerando 26°).*

24.- De este modo, cuando el referido decreto autoriza a los jefes de la Defensa Nacional impartir instrucciones a los funcionarios municipales para fiscalizar las medidas que impartan ellos mismos además de las de la autoridad sanitaria, puede colegirse que la actividad de los funcionario municipales podría derivar en actuaciones limitadoras de libertades, pues para poder fiscalizar el cumplimiento de la cuarentenas, cordones o aduanas sanitarias, entre otras, se requieren de medidas que intervienen derechos fundamentales, y que la Carta Magna ha depositado, principalmente en las “policías” que conforman las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, pues, ni aún en circunstancias excepcionales, los funcionarios

municipales puede ejercer otras potestades que aquellas que expresamente le ha dado la ley.

Por esto es menester clarificar, que cualquier acción que el funcionario municipal deba ejecutar en cumplimiento de las órdenes del Jefe de la Defensa Nacional y que no esté contemplada en la norma, requiere de ley habilitante, sobretodo, cuando es aún difuso el modo en como se materializará la coordinación y el cumplimiento de las medidas impartidas por el Jefe de la Defensa Nacional y la autoridad sanitaria.

25.- En consecuencia, durante el trámite de toma de razón del decreto anunciado por S.E. el Presidente de la República, mediante el cual pretende delegar una serie de facultades a los alcaldes con ocasión de la pandemia de COVID-19, debe tenerse presente lo siguiente:

- a) Las facultades extraordinarias que el estado de excepción constitucional de catástrofe otorga al Presidente de la República sólo pueden ser expresamente delegadas en los jefes de la Defensa Nacional;
- b) Las potestades públicas, entre las que destaca la potestad de fiscalización, sólo pueden ser establecidas por ley y no por un acto administrativo;
- c) Toda limitación al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución Política de la República debe provenir de una ley y no de, por ejemplo, un acto administrativo;
- d) La participación municipal en asuntos de seguridad pública solamente puede constituir una labor de apoyo y colaboración a los organismos del Estado a los cuales el ordenamiento jurídico les ha otorgado atribuciones específicas en la materia, acciones que, en todo caso, los municipios han de llevar a cabo en forma coordinada con tales entidades.
- e) Resulta necesario clarificar como se materializará la coordinación y colaboración de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las ordenes del respectivo Jefe de la Defensa Nacional y de la autoridad Sanitaria, en medidas como las de aislamiento, cuarentenas, cordones sanitarios, aduanas sanitarias y

prohibiciones de funcionamiento dispuestas por la autoridad competente, así como las medidas sanitarias dispuestas para el funcionamiento de establecimientos comerciales y lugares de libre acceso público. En otras palabras, es crucial delinear cual es el ámbito preciso de actuación del funcionario municipal.

**Conforme a todo lo anterior,**

**Solicito a UD.**, tener presente lo señalado precedentemente durante el trámite de toma de razón del decreto anunciado por S.E. el Presidente de la República mediante la cuál se imparte instrucciones a los jefes de la defensa nacional para que dispongan la colaboración de los funcionarios municipales con las fuerzas armadas y de orden y seguridad publica en el combate de la pandemia.

**OTROSÍ: RUEGO A UD.** tener presente que las notificaciones o comunicaciones pueden realizarse al mail [fharboe@senado.cl](mailto:fharboe@senado.cl)