

Ordenanzas municipales: límites, legitimidad democrática, problemas y propuestas. Estudio de caso: aguas, bienes de uso público y sanciones

INVESTIGADORES

ALEJANDRO VERGARA

Facultad de Derecho

FEDERICO ARENAS

CAMILO DEL RÍO

Instituto de Geografía

DANIELA RIVERA

ROSA GÓMEZ

DANIEL BARTLETT

Facultad de Derecho

Resumen¹

El presente trabajo contiene los resultados del estudio de las ordenanzas vigentes –hasta agosto de 2016– en 43 comunas de nuestro país². Estas se centran en las materias específicas de regulación de aguas, bienes de uso público y las sanciones asociadas a la vulneración de las disposiciones sobre las referidas materias.

De esta manera, la investigación se orienta en primer lugar a la evaluación del marco jurídico de las ordenanzas municipales en general, vinculándolo con el contexto de legitimidad democrática en el que surgen, sus alcances y límites como instrumento ordenador, y la posibilidad de estas de ordenar las materias específicas señaladas, en armonía con la diversidad geográfica propia de nuestro país.

1 Esta propuesta fue presentada en un seminario realizado el 15 de noviembre de 2016, en el que participaron como panelistas la asesora del Departamento de Políticas y Descentralización de Subdere, Carmen Schlotfeldt; el académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Cristián Román; y el director de Desarrollo Comunitario de la Municipalidad de Providencia, Pablo Valenzuela.

2 Señaladas en Figura 1 y Tabla 1.

Con esto se logran identificar hallazgos que se traducen en problemas en el cumplimiento cotidiano de las ordenanzas, oportunidades para la implementación de políticas comunales, y desafíos de cara a la coherencia de estos instrumentos locales con el ordenamiento jurídico nacional.

Lo anterior es expresado a lo largo de este documento, el cual finaliza con la presentación de propuestas que buscan atender a los hallazgos documentados, considerando siempre para su concreción, el fortalecimiento de la autonomía municipal como persona jurídica con patrimonio propio, descentralizado e independiente del Estado.

Introducción

En Chile existen 346 comunas, y cada municipalidad, a través de su alcalde y concejo comunal, debe enfrentar una multiplicidad de problemáticas, y una de las herramientas con las que se las ha dotado es la potestad de dictar ordenanzas sobre diversas materias. Estos instrumentos contienen “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”, en las cuales se pueden establecer multas para los infractores.

El ejercicio de esta potestad de dictar ordenanzas ha sido cuestionado en algunas oportunidades, ya sea sobre las materias que puede abordar como por sus límites, pues su ejercicio puede llegar a ser excesivamente discrecional. Con todo, los municipios cuentan con esta posibilidad ordenadora, que les permite regular una amplia variedad de materias³.

Esta determinación queda a criterio de cada ente municipal, lo que implica la proliferación de diversos temas a ser regulados mediante esta herramienta, lo que se hace evidente al comparar, en distintos municipios, la existencia de diversas medidas, criterios y soluciones frente a una misma materia. Esta situación se repite frecuentemente, traducándose en una evidente falta de uniformidad en las ordenanzas.

Todo esto indica que las condiciones por las cuales se produce el ejercicio de la potestad, abre un espacio para arbitrariedades y una excesiva y no controlada discrecionalidad de las autoridades municipales, más allá de que en virtud de sus fundamentos democráticos, corresponde a las entidades locales el conocimiento acabado de la realidad económica, social y cultural de su comunidad.

3 La potestad está conferida en el Art.12 Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM). Estas ordenanzas constituyen una expresión de la autonomía asegurada a estas entidades por el Art. 108 de la Constitución Política, y tienen un alcance general, cuya aplicación se extiende a todos los habitantes de un territorio administrado por una municipalidad, con el objetivo de satisfacer las necesidades locales.

Objetivos y límites de la investigación

1. Objetivos

Esta investigación tiene como objetivo evaluar el ejercicio de la potestad de dictar ordenanzas municipales, observar su legitimidad democrática y revisar sus límites como instrumento ordenador. El estudio se enfocó en analizar ordenanzas sobre dos materias: aguas y bienes de uso público, y las sanciones asociadas a ellas. Se eligieron algunas comunas del país, teniendo en consideración criterios temáticos y zonales, lo que brinda la posibilidad de incluir y manifestar la diversidad geográfica que caracteriza a Chile (Cereceda y Errázuriz, 1989; Quintanilla, 1983; Toledo y Zapater, s.f.), para, a partir de este estudio de casos, obtener conclusiones más generales para todo tipo de ordenanzas.

Dado este contexto, se revisaron esas tres materias específicas con el fin de analizar la forma en que se ha materializado la potestad ordenadora municipal, la disparidad o uniformidad de criterios, las soluciones planteadas ante los mismos supuestos, así como determinar la legitimidad democrática de las ordenanzas.

Las preguntas que guiaron esta investigación son, principalmente, las siguientes: ¿de dónde emana la potestad municipal para dictar ordenanzas?; ¿cuáles son los alcances o límites de dicha potestad?; ¿cuáles son los límites que debe observar el municipio en esta tarea?; ¿qué sucede si una determinada ordenanza municipal entra en conflicto con una disposición legal, reglamentaria o incluso constitucional?; ¿qué factores o elementos se deben considerar al dictarlas?

A partir de este análisis y de los problemas detectados, se identificaron oportunidades y desafíos en el uso de este instrumento, para que de manera articulada con otros (especialmente los de planificación territorial), contribuyan a mejorar las condiciones locales, el uso más eficiente del recurso agua y de los bienes de uso público y, en consecuencia, la calidad de vida de las personas.

Finalmente, el trabajo concluye con propuestas, destinadas a mejorar la contribución de estos instrumentos incluyendo la consideración de la diversidad geográfica y las particularidades de las áreas específicas del Derecho, consideradas en el estudio.

2. Límites de la investigación

Al menos tres limitaciones caben reconocer al inicio de este análisis:

- i) No se incorporó una amplia discusión sobre la naturaleza jurídica de las ordenanzas ni de la potestad de los municipios para dictarlas; solo se ofrece una de las alternativas (considerarlas un acto administrativo ordenador). Ello dado el objetivo práctico de este trabajo, y por no incidir en sus resultados. En todo caso, se señala en su sitio esa discusión.
- ii) No se profundiza la discusión de la legitimidad democrática de esta atribución que las leyes le entregan a los municipios; se da por supuesto un origen democrático de su existencia (ello es fruto de la ley vigente); solo se utiliza como marco conceptual, para describir y observar en la praxis el modo en que se ejerce esta atribución, unido a un marco de juridicidad.
- iii) Existe una doble limitación adicional, tanto temática como geográfica. Sólo se revisan las ordenanzas de dos temas (aguas y bienes de uso público) y las sanciones asociadas a ellos. En efecto, el estudio consideró el análisis de tales materias, incluyendo su régimen sancionatorio, en ordenanzas vigentes hasta agosto de 2016, en 43 municipios⁴. Se analizó la relación que existe entre el contenido de cada ordenanza y las condiciones geográficas generales de la macro-zona en la que se ubica la comuna respectiva, incorporando la condición urbana, rural o intermedia, de las comunas estudiadas (según clasificación de la Subsecretaría de Desarrollo Regional)⁵.

Bases conceptuales del estudio: derecho y geografía

Cabe identificar las bases conceptuales bajo las cuales se desarrolla este estudio, y describir en seguida el marco democrático, jurídico y geográfico en el que surgen las ordenanzas que dicta todo municipio; ello, tanto en general, como en el caso específico de las comunas elegidas en este estudio de caso.

1. Legitimidad democrática de la potestad ordenadora municipal

El punto de partida del estudio práctico de cualquier ordenanza, o conjunto de ordenanzas, respecto a una materia, debe iniciarse con el análisis de su legitimidad democrática, por cuanto las ordenanzas constituyen el fruto de las potestades normativas de las municipalidades; de ahí que, además, del estudio de las diversas materias que abordan tales ordenanzas, se busca analizar las posibilidades para que, dentro de un sistema democrático, puedan los municipios aprobar este tipo de “normas generales y obligatorias”, cuyo

⁴ Ver nota 3.

⁵ Criterio de caracterización urbano, rural o intermedio de carácter no oficial, elaborado por la Subdere como propuesta en la Política Nacional de Desarrollo Rural 2014-2024, en base a criterios de la OCDE.

ámbito de vigencia comprende todas las actividades que se desarrollan o desarrollarán en el territorio de la comuna (Huidobro, 2009).

Siguiendo la distinción entre legitimidad democrática de origen y de ejercicio (Rosanvallon, 2008), cabe revisar esta doble legitimidad.

a) Legitimidad democrática de origen: las ordenanzas son formalmente el fruto de un proceso democrático; no obstante, existe una serie de mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico que pueden ser utilizados por los municipios para robustecer dicho proceso.

Respecto de la legitimidad de origen, en primer término, cabe precisar que las autoridades locales (alcaldes y concejales) son elegidos directamente por la comunidad local. Dicha elección representa el vínculo más cercano y directo que la ciudadanía tiene con la autoridad política. Desde esta perspectiva, existe una validación democrática (del pueblo) en el origen, encaminada a aprobar su conformidad con las políticas, planes y programas de los representantes elegidos por escrutinio popular.

En segundo lugar, las municipalidades gozan de autonomía constitucional, puesto que se trata de corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas (Art. 118 inc. 4º y Art. 1, inc. 2º LOCM). Bajo estos términos, es posible sostener que el contenido político de la autonomía local y la legitimación democrática directa de los municipios (soberanía popular), explicarían el hecho de que, en este ámbito, es factible regular mediante ordenanzas cualquier materia que diga relación con las funciones y finalidades que le son propias e inherentes a los entes locales, en la medida que dichos instrumentos no contravengan ni impongan mayores exigencias que las previstas en las leyes y los reglamentos específicos⁶. En otras palabras, y guardando las proporciones, los municipios serían una especie de parlamento comunal.

b) Legitimidad democrática de ejercicio: desde la perspectiva de la legitimidad democrática de origen, es probable que no existan grandes reparos, pero es necesario apreciar con detención el ejercicio de estas potestades ordenadoras, y para verificar si en ellas encontramos un ejercicio discrecional sin control, hermético y carente de transparencia en la elaboración y publicación de ordenanzas, así como falencias en cuanto a su calidad técnica y efectividad (regulación casuística, reactiva fenómenos locales y/o aislados). De ahí surge el necesario control de juridicidad en el ejercicio de esta atribución.

6 Dictámenes N° 7.368, de 2014; 99.527, de 2015; 43.033, de 2016, de la Contraloría General de la República (CGR), entre otros.

Por otro lado, en lo que refiere a la legitimidad democrática, surge otra serie de interrogantes; principalmente aquellas vinculadas a los límites a los cuales se ajustan el ejercicio de la potestad ordenadora de los municipios. Es así como es dable revisar la fuente de esta, la facultad de los entes legitimados y el rol que tienen los procesos de participación ciudadana en la creación de ordenanzas, en el sentido de determinar si el alcalde, quien tiene la iniciativa sobre estas materias, considera las necesidades y peticiones formuladas por la comunidad local para definir las políticas normativas locales, las cuales quedan limitadas a lo que cada comuna establezca, según lo indicado por el Art. 93 de la LOCM.

2. Legitimidad jurídica de las ordenanzas municipales

Las ordenanzas tienen un rol protagónico en el desarrollo de las potestades municipales. Son actos acordados por los concejos de los municipios en su calidad de corporaciones de derecho público, en el marco de la autonomía que les es conferida por la Constitución⁷. Por lo tanto, para su emisión, el órgano local requiere de una autorización legal que defina su contenido y extensión, autorización dada en el art. 12 LOCM⁸.

a) Las ordenanzas como acto administrativo de valor *infralegal*: las ordenanzas municipales son actos administrativos fruto del acuerdo del concejo municipal (Art. 65 letra k), LOCM) y se materializan en una resolución del alcalde, en el sentido del Art. 3 inc. 6° de la Ley N° 19.880 (LBPA). Si bien el art. 12 LOCM las califica de “normas generales y obligatorias”, ellas tienen un valor *infralegal*. De ahí que no crean normas jurídicas del mismo nivel de las leyes, pues no tienen la potencia innovadora de las leyes. Contienen mandatos de carácter general, es decir, van dirigidas a situaciones o sujetos indeterminados, siendo obligatorias para toda la comunidad, esto es, gozan de imperio desde su publicación⁹. No obstante, los tribunales pueden conocer recursos de impugnación de estas normas, dado su carácter *infralegal* (Art. 3 inc. final LBPA). Además, a diferencia de los actos administrativos simples, tienen vocación de permanencia en el tiempo, siendo dictadas a través de un procedimiento que importa el ejercicio de una facultad compartida entre el alcalde y el concejo municipal, en donde el primero tiene la iniciativa en la materia, y al segundo le corresponde su aprobación (Art. 65, letra k), Art.79, letra b) LOCM). El quórum de aprobación es de la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva (Art. 86 LOCM). De esta manera, podemos decir inicialmente que se trata de un acto administrativo municipal dotado de legitimidad democrática.

7 Para Huidobro (2011), las ordenanzas son un tipo de resolución municipal, que forma parte del ordenamiento jurídico administrativo y, por ende, constituyen propiamente derecho administrativo reglamentario.

8 Tratándose de la ordenanza de participación ciudadana, la autorización está en el Art. 93 LOCM, y de la ordenanza ambiental, en el Art. 25 letra f) LOCM.

9 Véase también el concepto señalado en Bermúdez, 2014, p. 748.

Existe en doctrina jurídica alguna discusión o distintas propuestas sobre la naturaleza jurídica de las ordenanzas (esto es, si constituyen una norma o simplemente un acto administrativo ordenador) y si existe legitimidad jurídica y aún democrática para reemplazar a los parlamentos en dictar “normas”, las que en algunos casos llegan a tipificar conductas sancionables (es el caso de las sanciones municipales)¹⁰; no se profundiza en ello, por carecer de consecuencias en este estudio de caso. Este trabajo se atiene a seguir la LBPA y la LOCM, en cuanto les asignan a las ordenanzas un valor *infralegal*, denominándolas “resoluciones” (arts. 3 LBPA y 12 LOCM), como a todo acto administrativo, no obstante que se las califica también de “normas”.

Para que adquieran un carácter obligatorio, las ordenanzas deben ser publicadas, esto es, la comunidad tiene derecho a que se le comunique el contenido del acto municipal en forma oportuna y adecuada. En este sentido, la Contraloría General ha sostenido que, según el inciso final del art. 12 de la LOCM, las resoluciones que adopten las municipalidades -entre las cuales se encuentran las ordenanzas- estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales que disponga la entidad edilicia. Por lo anterior, se entienden válidamente difundidas en la página web de los municipios, no siendo necesaria su publicación en el Diario Oficial¹¹, salvo excepciones legales expresas¹². Asimismo, es preciso destacar que el contenido de estos instrumentos puede ser objeto de un reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM), o de una revisión de su legalidad ante la Contraloría General de la República¹³.

Ahora bien, cabe tener presente que el inciso final del art.12 fue incorporado por el artículo cuarto N° 1 de la ley N° 20.285, ley que regula, en lo que interesa, el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado. Es por ello, que no estamos de acuerdo con la interpretación sostenida por la

10 Los análisis más completos sobre las ordenanzas en la literatura nacional corresponden a Huidobro (2009) y Cordero (2013). En cuanto a su naturaleza jurídica (discusión que no abordamos aquí): Silva Cimma (1995), quien señala que las ordenanzas son “actos administrativos” (p. 232); Huidobro (2009), quien postula que las ordenanzas son “normas jurídicas generales y son propiamente integrantes del ordenamiento jurídico” (p. 196); y Cordero (2013), quien postula para las ordenanzas una naturaleza “reglamentaria” (p. 344). En cuanto a la legitimidad democrática de las ordenanzas, de frente a los parlamentos, véase: Huergo, 2007, p. 372-376 y Schmidt-Assmann, 2003, p. 101.

11 Dictámenes N° 26.019, de 2010; 64.338 y 60.748, ambos de 2011.

12 Como es el caso de las ordenanzas de que trata el Art. 42 de la Ley de Rentas Municipales, respecto de las cuales rigen las reglas de publicación a que alude su inc. 3, por cuanto en aquellos casos el ordenamiento jurídico ha contemplado una forma específica de publicación (dictamen N° 26.378, de 2008).

13 Al efecto, en el dictamen N° 54.713, de 2009, la Contraloría señaló que “(...) la circunstancia que los actos administrativos que dicten las municipalidades, por regla general, no se encuentren afectos al trámite de toma de razón, no es impedimento para el ejercicio de las restantes facultades que le competen a este Organismo de Control con el objeto de asegurar, en lo que interesa a la materia, la legalidad de los actos de esas corporaciones edilicias”.

Contraloría General de la República, ello por cuanto confunde la obligación de transparencia con la de publicidad de los actos administrativos.

b) Límites materiales de la potestad ordenadora municipal: si bien la potestad ordenadora le permite a las municipalidades regular aquellas materias que son inherentes a sus funciones y que tendrán vigencia en el territorio de la comuna, con la finalidad de satisfacer las necesidades de la comunidad local, esta flexibilidad no excluye la presencia de contrapesos materiales y formales al ejercicio de esta potestad, la cual ha sido acotada a ciertos límites impuestos por el legislador, como ya se habrá podido advertir (Gómez, s.f.).

- i) El primer límite material lo constituyen las “funciones”, por lo que, si bien el alcalde tiene una amplia gama de aspectos a regular, éstos se restringen a las materias de su competencia exclusiva señaladas en su ley orgánica, como sería, el aseo, el ornato o el uso de bienes nacionales de uso público. Por lo tanto, no estaría permitido invadir competencias de otros órganos de la Administración del Estado.
- ii) El segundo, está constituido, naturalmente, por la necesaria observancia del principio de primacía de la ley, lo que significa que las ordenanzas no pueden establecer limitaciones adicionales a las que prescriben las leyes y los reglamentos para la materia específica que se trate, puesto que ello contravendría la normativa constitucional y legal¹⁴.
- iii) El tercero, en lo que atañe al establecimiento de sanciones por las ordenanzas, la LOCM exige, únicamente, que estas tengan carácter pecuniario, lo que parece, por tanto, excluir la existencia de otras de distinta naturaleza¹⁵, salvo que una norma legal disponga otro tipo de sanciones, como ocurre en materia de alcoholes o de urbanismo y construcción.

c) Límites formales a la potestad ordenadora municipal: en cuanto a los límites formales, cabe recordar que el primer control lo efectúa el Concejo Municipal, órgano que deberá votar la aprobación de la norma, verificando que esta se ajuste a la ley. Enseguida, existe el control ciudadano, el control del pueblo, el cual podrá impugnar la legalidad de la ordenanza, mediante un reclamo de ilegalidad municipal, contemplado en el Art. 151 de la LOCM (que puede concluir en una revisión por parte de los tribunales ordinarios de justicia, ante el Tribunal Constitucional o ante la Contraloría General de la República).

14 En este sentido, la Contraloría General de la República respecto de la Ordenanza N° 1, de 2013, de la Municipalidad de Concepción, reiteró que las ordenanzas que fijen limitaciones adicionales a las que prescriben las leyes y los reglamentos para ejercer la actividad económica de que se trata, se encuentran “contraviniendo de este modo la mentada normativa constitucional y legal” (Dictamen N° 7.368, de 2014).

15 Al efecto, resulta interesante ver lo mencionado por la Contraloría General de la República respecto de la Ordenanza N° 21, de 2011, de la comuna de Huechuraba, en el Dictamen N° 59.480, de 2011.

Como queda en evidencia, esta flexibilización de las ordenanzas al principio de legalidad se traduce en el hecho de que la ley actuaría como “marco” dentro del cual se moverían, con libertad de actuación, las entidades comunales.

En definitiva, se advierte una proliferación manifiesta de ordenanzas de diverso orden y temática. Junto con ello, su origen parece obedecer a motivos casuísticos y reactivos frente a situaciones concretas que afectan a la comunidad; y finalmente debemos sumar un procedimiento de creación cuasi cerrado, en donde las instancias de participación ciudadana quedan limitadas a restringidas intervenciones en las sesiones de los concejos municipales respectivos.

Se trata, por tanto, de regulaciones aisladas, sectoriales, precisas, concretas y asimétricas, lo cual se explica en cuanto cada alcalde tiene iniciativa exclusiva para emprender una moción normativa, aunque guardando el problema de que no poseen un registro acabado que permita la participación y publicidad de las discusiones en su proceso deliberativo.

d) Limite genérico de la potestad ordenadora de los municipios: sus propias potestades materiales: a partir de este marco jurídico, el límite natural y jurídico a la potestad ordenadora de los municipios siempre será sus propias competencias asignadas por la Constitución y la ley; lo que, al mismo tiempo fija un límite máximo, no pudiendo invadir competencias otorgadas por la Constitución o la ley a otros órganos del Estado, o a otros órganos administrativos. En otras palabras, si bien los municipios pueden dictar ordenanzas en las materias que abarca este estudio (aguas y bienes de uso público), e incorporar sanciones asociadas a ello, en ningún caso podrán ejercer esta potestad sancionadora con un objeto y unos fines distintos al marco de sus propias atribuciones, ni invadir las potestades de otros órganos en relación a ambas materias.

3. Límites jurídicos a las competencias municipales en aguas, bienes de uso público y sanciones

a) Competencias municipales en aguas: revisando el ordenamiento general, es posible encontrar tres submaterias (de la materia agua, más general) en las cuales las municipalidades tienen una facultad para intervenir:

- i) En primer lugar, facultades en torno a la calidad de aguas de canales, lo cual se desprende del Art. 92 del Código de Aguas, en la cual se prescribe la prohibición general de vertido de cualquier elemento contaminante en canales (obras artificiales de conducción de aguas, de naturaleza privada), no precisando nada respecto a cauces naturales (ríos, lagos, lagunas, etc.). En este contexto, asigna a las municipalidades los siguientes deberes: fijar y propiciar la aplicación de las sanciones por

incumplimiento de esta prohibición; además, de concurrir a la limpieza de los canales que se encontraren en su territorio urbano.

- ii) Otra submateria en que las municipalidades tienen competencia es la referida al otorgamiento de permisos de edificación y acceso al agua potable y saneamiento. Desde la perspectiva urbanística, las municipalidades tienen la obligación de exigir, dentro de los requisitos para otorgar permisos de edificaciones y recepciones finales de construcciones, la aprobación previa de los servicios de agua potable y saneamiento por parte del Servicio Nacional de Salud (Art. 69 del Código Sanitario).
- iii) Finalmente, en lo relativo a la administración de bienes nacionales de uso público (las aguas tienen tal carácter) existentes en la comuna y al cuidado del medioambiente, la LOCM señala que salvo que ello estuviese encomendada a otros órganos, corresponde a las municipalidades administrarlos (Art. 5, letra c), LOCM). A su vez, a la Unidad de Medio Ambiente, Aseo y Ornato de cada municipio le corresponde velar por el aseo de vías públicas, parques, plazas, jardines y bienes nacionales de uso público en general, proponer y ejecutar medidas y acciones relativas al medioambiente y elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental de cada comuna (Art. 5, LOCM).

b) Competencias municipales en bienes de uso público: el Art. 5, letra c) de la LOCM establece que para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades tendrán como atribución esencial, la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, incluido su subsuelo, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado.

Dada esta competencia, las municipalidades pueden otorgar permisos y concesiones sobre los bienes nacionales de uso público (Art. 36). Los primeros serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización. Por su parte, las segundas darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público. El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que este se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquel.

Ahora bien, la regla general es que el uso de estos bienes corresponde en general a todos y se rige por los principios de igualdad, libertad y gratuidad, por lo que en ese uso se deben respetar el destino del bien, de modo que no

se cause daño que impida o menoscabe su uso; el uso que las otras personas hagan del bien; y la reglamentación que de él haga la autoridad¹⁶.

c) Competencias municipales en sanciones: siendo este un elemento común en la revisión de las ordenanzas en materia de aguas y bienes nacionales de uso público, se propuso analizar la regulación local que en este tipo de ordenanzas existe en materia de sanciones, ello con el objeto de determinar las particularidades que el sistema represivo municipal presenta, buscando las eventuales semejanzas y/o diferencias existentes.

En este ámbito la LOCM dispone en su Art. 12 que la única sanción posible al incumplimiento de una ordenanza es la multa, la que puede ser de hasta 5 UTM. A contrario sensu, las multas superiores a este monto o medidas represivas distintas a la multa contravienen dicho precepto, tornándolo ilegal, y, en consecuencia, reclamable por la vía de la ilegalidad municipal o mediante revisión por parte de la Contraloría General de la República.

De la revisión de ambos tipos de ordenanzas se advierte que no existen diferencias significativas en la regulación represiva en materia de aguas y de bienes nacionales de uso público. Al contrario, se advierte un constante uso de fórmulas de infracciones análogas en ambas áreas y de idénticas vulneraciones al ordenamiento jurídico (afectación de normas legales). En tal contexto, los resultados del análisis de las ordenanzas revisadas se pueden resumir las siguientes observaciones.

4. Marco geográfico de este estudio y su metodología

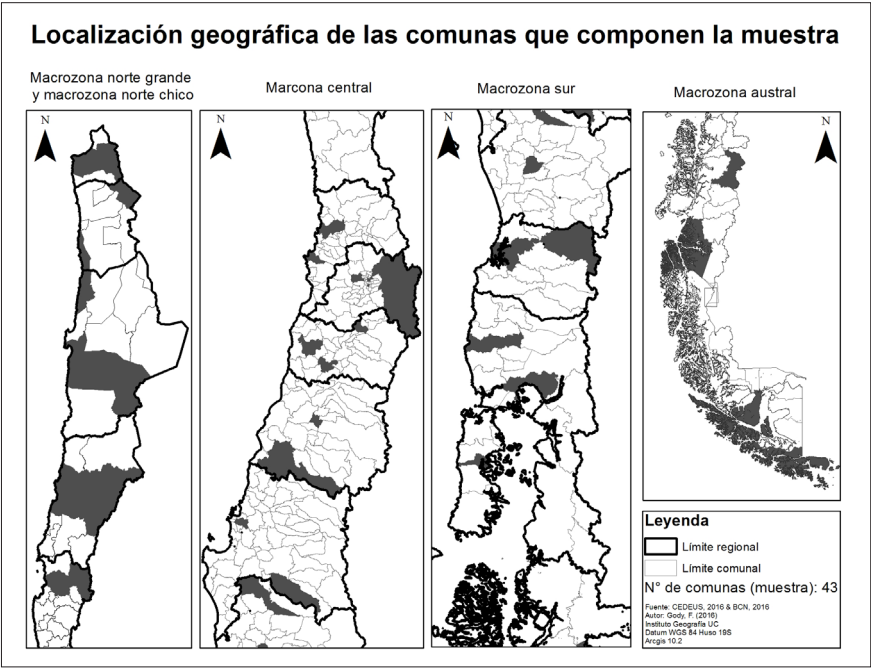
Una vez delimitado el objeto de estudio en las ordenanzas municipales, nacidas de una facultad que la LOCM le otorga a todas las municipalidades para regular una amplitud de materias, hemos seguido un método comparativo de casos, los que fueron elegidos sobre la base de una serie de consideraciones: En primer lugar, y dado el carácter jurídico del objeto de estudio, se hace necesario un análisis del marco democrático y normativo sobre el cual se basa la dictación de ordenanzas municipales; es decir, se revisó el fundamento que permite su dictación, y se realizó un breve análisis relativo a la legitimidad que hoy lo sustenta a nivel ciudadano.

En segundo término, de acuerdo al referido marco, se analizó las ordenanzas propiamente tales, y dado el hecho que la facultad normativa que otorga la LOCM se expresa en todas las comunas, a lo largo de todo Chile y sobre una amplitud de temas, se consideró realizar el estudio de casos en torno a ordenanzas relativas a materias de aguas y bienes de uso públicos. Se consideraron estas materias específicas, ya que tienen el potencial de expresar a nivel normativo la diversidad geográfica que presenta nuestro país, así como de las diversas necesidades derivadas de estas condiciones.

¹⁶ STC Rol N° 1.281.

Se analizaron las materias señaladas en las ordenanzas vigentes, en 43 comunas seleccionadas sobre la base de dos criterios: división geográfica por macro-zonas y clasificación de comunas según el carácter urbano, rural o intermedio usado por la Subsecretaría de Desarrollo Regional (Subdere)¹⁷, ya que ambos reflejan la diversidad de las comunas, criterio que debería ser utilizado para el diseño y práctica de políticas públicas a nivel comunal.

FIGURA 1. Localización geográfica de las 43 comunas analizadas



17 Véase nota 5.

Macrozonas Geográficas de Chile

Norte grande

Paisaje desértico con baja cantidad de precipitaciones anuales, produciendo un menor desarrollo de vegetación. La hidrografía se caracteriza por quebradas intermitentes y ríos de bajo caudal. Se destaca la alta cantidad de población urbana en el borde costero.

Norte chico

Paisaje desértico y semiárido, donde algunas localidades se abastecen de agua gracias a la Camanchaca (neblina matutina). Los ríos son de bajo caudal y sustentan pequeñas actividades agrícolas y asentamientos urbanos.

Centro

Paisaje de valles transversales y aumento de las precipitaciones durante el invierno, lo que implica mayor presencia de la agricultura. Se destaca una mayor presencia de ríos de régimen nival y de lluvias invernales que abastecen actividades de regadío, agricultura, minería e hidroeléctricas. Es la macrozona con mayor presencia de asentamientos urbanos y densidad de población.

Sur

El aumento de las precipitaciones y el descenso de la temperatura favorecen el desarrollo de ríos mixtos (alimentados por lluvias y nieve), los cuales son utilizados para actividades de regadío e hidroeléctricas.

Austral

Paisaje caracterizado por el desgaste de la Cordillera de los Andes (por acción de los hielos), archipiélagos, fiordos, glaciares y baja densidad poblacional. El aumento de las precipitaciones junto con las bajas temperaturas producen un mayor desarrollo de la vegetación como bosques nativos.

Región

● Capitales regionales

□ Acuerdo entre la República de Chile y la República de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz-Roy hasta el cerro Daudet (Buenos Aires 16 de diciembre de 1998)

— División regional

0 500 1.000 km

El rastreo general de ordenanzas permitió comprender tempranamente que la regulación en las materias específicas señaladas posee diversos estilos y niveles de profundización, existiendo incluso casos de inexistencia en algunas comunas, lo que puso de relieve la necesidad de considerar un análisis de la disponibilidad de recursos normativos en cada comuna.

En materia de bienes de uso público se encontró un obstáculo metodológico adicional, que obligó a definir “bienes de uso público”, dado que la identificación de las disposiciones en esta materia tiene una expresiva amplitud temática. En este sentido, se pudo identificar seis tipos de ordenanzas cuyo objeto se repetía a lo largo del país e incluía aspectos relacionados con los bienes de uso público: medioambiente¹⁸, aseo y ornato, comercio ambulante, ferias libres, instalación de quioscos y protección de especies vegetales. Esto llevó a seleccionar una muestra representativa de la diversidad geográfica presente en el país y de la condición urbana o rural de las comunas, lo que se tradujo en el análisis de 43 casos, en los que se revisaron las ordenanzas disponibles respecto a las seis categorías mencionadas, en materia de bienes de uso público.

En cuanto a las aguas, se realizó la identificación de la normativa local desde la misma selección aplicada a los bienes de uso público. Dicho criterio permitió esbozar una panorámica apropiada de las ordenanzas que incluían temáticas de aguas, a pesar de que el contenido se encuentra más bien disperso en los distintos cuerpos examinados. En ese sentido, las principales ordenanzas que tratan temas relacionados con la regulación del recurso hídrico son: medioambiente, normas sanitarias básicas, aseo y ornato, extracción de áridos, mantención de áreas verdes y especies vegetales, entre otras.

En tercer lugar, considerando la importancia y la fuerza que se le imprime a las disposiciones contenidas en las ordenanzas, se hace necesario el estudio particularizado de las sanciones asociadas al incumplimiento de lo dispuesto en la regulación local, para lo cual el análisis se orientó también a la configuración de una potestad sancionadora municipal, en función de la muestra de ordenanzas seleccionadas en los temas antes señalados¹⁹.

Finalmente, sobre la base de los diagnósticos por materia, los hallazgos en la muestra observada y los criterios geográficos, se presentan propuestas que

18 Se utiliza la denominación “medioambiente” de manera general e indistinta; sin embargo, el título de dicha ordenanza varía en algunos municipios, denominándose en algunos casos “ordenanza de gestión medioambiental”, “medioambiente y aseo de la comuna”, “protección ambiental”, entre otras.

19 En términos generales, la muestra se realizó en las materias relativas a aguas y uso de bienes públicos, sobre la base de los criterios expuestos en el cuerpo de este trabajo; lo cual se tradujo en la revisión de las ordenanzas de 43 comunas a nivel nacional, representativas de la diversidad que se expresa en el conjunto de ellas. Ver Gráficos 1 y 2 y Tabla 1.

apuntan a una mejor utilización de los bienes de uso público, a un empleo más apropiado de los recursos hídricos y a una aplicación de sanciones que promuevan la formación de conductas particulares que vayan en el mismo sentido de los preceptos legales. Todo lo anterior, en un contexto en el que se recojan no solo las condiciones de cada comuna, sino que se fortalezca la legitimidad democrática y el reconocimiento ciudadano, como herramientas conducentes a la satisfacción de las necesidades locales.

Diagnósticos y hallazgos

1. Legitimidad democrática y control de juridicidad

a) Ejercicio discrecional de facultades ordenadoras: el alcalde goza de un significativo poder discrecional para determinar las materias objeto de regulación, por lo que las ordenanzas, junto con la extensión que pueden alcanzar en relación a las temáticas a abordar, presentan un incierto y disparejo alcance, lo que indudablemente produce una desigualdad entre los vecinos de las distintas comunas, la que estará dada por la mayor o menor iniciativa que tenga la autoridad comunal. Por lo tanto, puede ocurrir que lo regulado en una localidad o comuna, no lo esté del mismo modo en otra, incluso muy cercana geográficamente.

A partir de esto, el origen de las ordenanzas parece obedecer a motivos casuísticos y reactivos, que no necesariamente reflejan las necesidades regulatorias puntuales que afectan a la comunidad en su conjunto.

b) Hermetismo y falta de transparencia en la elaboración y publicación de ordenanzas: su proceso deliberativo de creación es hermético, ello atendido a que las escasas instancias de participación de la comunidad quedan limitadas a restringidas intervenciones en las sesiones de los concejos municipales respectivos. Esta exigua transparencia, no solo ocurre durante el proceso de elaboración, sino que también de publicidad, dado que basta para la obligatoriedad su publicación en el sitio web del respectivo municipio²⁰, luego de lo cual serán imperativas para cualquier persona o actividad que se encuentre dentro de los límites geográficos de la comuna en la que se emitió.

c) Escasa calidad técnica y efectividad (regulación casuística, reactiva a fenómenos locales y/o aislados): este hallazgo, guarda relación en la inexistencia de una política pública en cuanto a la emisión de ordenanzas, y en específico el apoyo técnico que podrían brindarles las autoridades sectoriales respectivas, en orden a potenciar, a través de dichos instrumentos, ciertos planes y programas.

20 Así lo ha sostenido la Contraloría General de la República en sus dictámenes N° 64.338 y 60.748, ambos de 2011, y 26.019, de 2010.

Tal como se puede apreciar, los municipios son los órganos que se encuentran en un mayor grado de cercanía o proximidad con la comunidad, por lo que para efectos de reforzar la legitimidad democrática de las ordenanzas locales, es necesario generar instancias de diálogo permanente con la misma, con el objeto de discutir y validar las políticas locales que se busca establecer. De este modo, las ordenanzas serían instrumentos jurídicos validados por los sujetos a los cuales están destinadas.

Sin embargo, esto no significa que la participación ciudadana sea el único elemento a considerar en la elaboración de políticas comunales a través de ordenanzas, particularmente las materias a las que nos avocamos en esta investigación, suponen un alto grado de conocimiento técnico y legislativo sobre las áreas. No considerar esto, ha derivado en la existencia de ordenanzas carentes de la necesaria adecuación entre las facultades de los municipios, una solución a los problemas locales, y la observancia a lo señalado por la legislación nacional en las áreas reguladas.

2. Aguas

a) Excesiva uniformidad regulatoria, que no responde a las diferencias geográficas y climáticas del país: al observar las ordenanzas que tratan temas relativos a las aguas, lo cual se reproduce también en los otros casos objeto de estudio, puede percibirse que estos instrumentos siguen prácticamente los mismos lineamientos y tienen idéntico contenido, independiente de la zona a la que pertenezcan. Ello denota, además de una evidente falta de originalidad, una pérdida de oportunidad importante por parte de los municipios, los cuales, si bien no detentan mayores competencias en materia de aguas, sí podrían introducir algunos aspectos que denotaran más conexión con la realidad del territorio a que aluden las ordenanzas respectivas.

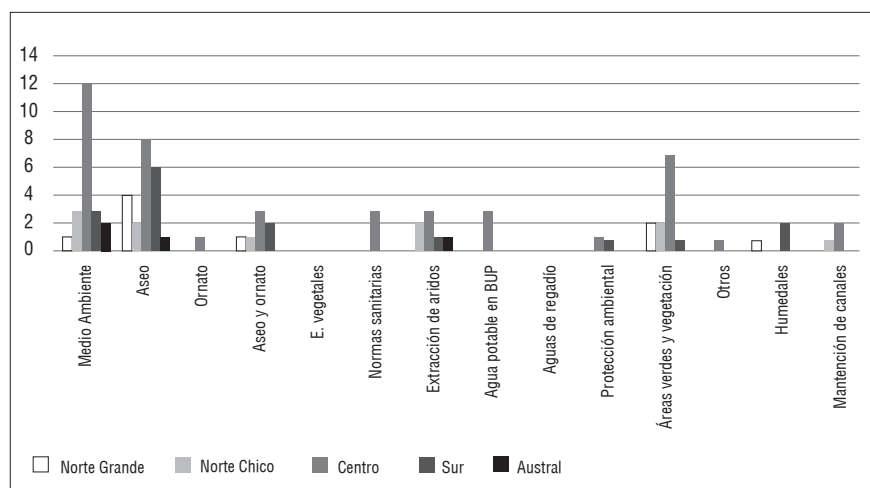
b) Preocupación centrada en aspectos relativos a la limpieza de canales y acequias, y a la mantención de áreas verdes, sin un mayor cuidado por el uso responsable del recurso hídrico: en general, los municipios carecen de ordenanzas particulares, específicas o exclusivas de aguas. Se tratan materias a su respecto en ordenanzas más generales, como las de aseo y ornato; áreas verdes y especies vegetales; extracción de áridos; medioambiente (que son inexistentes aun en una importante proporción de comunas, y cuya extensión, contenido y alcance varía significativamente entre unas y otras); normas sanitarias básicas; conservación de vías públicas, parques y jardines; disposiciones comunes para el comercio, la industria y los servicios.

Derivado de lo anterior, es posible identificar una importante dispersión de reglas municipales en el ámbito de las aguas, diseminadas en diversas ordenanzas, en medio de la “regulación” de una serie de otros contenidos.

Sin perjuicio de ello, y como excepciones a la regla general señalada, es posible identificar algunas ordenanzas cuyo objeto particular son temáticas propias de las aguas. La mayoría de ellas se centra en la protección de la calidad del recurso y de los cauces y lechos; a saber:

- 1° Protección y conservación de la reserva municipal de la desembocadura del río Lluta (Municipalidad de Arica, 2009).
- 2° Mantención y conservación de canales y acequias (Municipalidad de Copiapó, 1989).
- 3° Administración, operación y mantenimiento del servicio municipal de agua potable El Melón (Municipalidad de Nogales, 2015).
- 4° Usuarios de aguas de regadío (Municipalidad de Providencia, 2007).
- 5° Uso de agua potable en los bienes nacionales de uso público de la comuna (Municipalidad de Vitacura, 1998).
- 6° Control y vigilancia de los cauces naturales y canales de la comuna (Municipalidad de Lo Barnechea, 1999).
- 7° Regulación y utilización del agua potable en los espacios públicos de la comuna (Municipalidad de Lo Barnechea, 1996).
- 8° Red de humedales (Municipalidad de Panguipulli, 2010).
- 9° Protección de humedales (Municipalidad de Valdivia, 2016).

GRÁFICO 1. **Número y variedad de ordenanzas por macro-zonas en materias de aguas**



Fuente: elaboración propia.

TABLA 1. **Número de ordenanzas según materia, y según tipo de comunas que componen la muestra**

Macrozona	Región	Comuna	Clasificación	Total ordenanzas aguas	Total ordenanzas bienes de uso público
Norte Grande	Arica y Parinacota	Arica	Predominantemente urbana	1	5
		Putre	Predominantemente rural	4	0
	Tarapacá	Iquique	Predominantemente urbana	1	1
		Colchane	Predominantemente rural	0	1
	Antofagasta	Antofagasta	Predominantemente urbana	2	1
		Tocopilla	Predominantemente rural	1	5
Norte Chico	Atacama	Copiapó	Predominantemente urbana	4	1
		Caldera	Predominantemente rural	1	2
		Tierra Amarilla	Predominantemente rural	2	1
	Coquimbo	La Serena	Predominantemente urbana	3	5
		Vicuña	Predominantemente rural	0	1
Centro	Valparaíso	Valparaíso	Predominantemente urbana	2	2
		Puchuncaví	Intermedia	2	3
		Nogales	Predominantemente rural	2	2
	Metropolitana	Santiago	Predominantemente urbana	5	6
		Lo Barnechea	Predominantemente urbana	5	1
		Providencia	Predominantemente urbana	4	3
		Vitacura	Predominantemente urbana	2	1
		Pudahuel	Predominantemente urbana	3	3
		La Cisterna	Predominantemente urbana	4	4
		San José de Maipo	Predominantemente rural	1	2

Centro	Libertador Bernardo O'Higgins	Marchihue	Predominantemente rural	0	1
		Santa Cruz	Intermedia	1	1
		Rancagua	Predominantemente urbana	3	2
	Maule	Talca	Predominantemente urbana	2	3
		Cauquenes	Predominantemente rural	1	4
		Parral	Intermedia	2	4
	Biobío	Concepción	Predominantemente urbana	2	8
		Santa Bárbara	Predominantemente rural	1	1
		Mulchén	Intermedia	1	0
Sur	La Araucanía	Temuco	Predominantemente urbana	1	1
		Angol	Intermedia	2	3
		Ercilla	Predominantemente rural	0	0
	Los Ríos	Valdivia	Predominantemente urbana	1	5
		Máfil	Intermedia	0	1
		Panguipulli	Predominantemente rural	2	4
	Los Lagos	Castro	Intermedia	2	4
		Puerto Montt	Predominantemente urbana	1	2
		Purranque	Predominantemente rural	1	3
Austral	Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo	Coyhaique	Intermedia	1	4
		Tortel	Predominantemente rural	1	1
	Magallanes y la Antártica Chilena	Punta Arenas	Predominantemente urbana	2	6
		Cabo de Hornos	Predominantemente rural	0	1

Fuente: elaboración propia.

c) Ciertas discrepancias regulatorias de las ordenanzas con la regulación general en materia de aguas: como se explicó al inicio, al existir un riesgo importante de discrecionalidad, se corre el riesgo de que haya ordenanzas que derechamente entren en contradicción con lo dispuesto por el orde-

namiento nacional en la materia. En la muestra analizada por este estudio, se pueden encontrar casos de ordenanzas de este tipo.

Así, por ejemplo, hay una auto-atribución de la potestad de sancionar el incumplimiento de medidas que adopte la Dirección General de Aguas en lo relativo a la vigilancia de las obras de toma en cauces naturales y de la exigencia de construcción de obras para proteger caminos, poblaciones u otros terrenos de interés general, que corresponden a este servicio (ordenanza de control y vigilancia de los cauces naturales y canales de la comuna de Lo Barnechea, de 1999). Se imponen reglas de uso de aguas a asociaciones de canalistas, comunidades de aguas y otros usuarios en general: a partir del 30 de mayo de cada año, si las condiciones atmosféricas lo exigen, mantendrán exclusivamente en operación los canales de riego de cultivos de otoño, de uso industrial, los que alimentan embalses y los destinados a abastecimiento de agua potable y saneamiento de poblaciones (ordenanza de aseo y ornato de la comuna de Rancagua, de 1986, modificada en 2013 y 2014. Existen disposiciones reiteradas en la ordenanza de gestión ambiental del mismo municipio, donde se agrega que la Dirección General de Aguas velará por el cumplimiento de tales disposiciones, responsabilizando ante la justicia ordinaria de su inobservancia a las asociaciones de canalistas, comunidades de aguas o usuarios por los perjuicios que pudieren ocasionarse).

3. Bienes de uso público

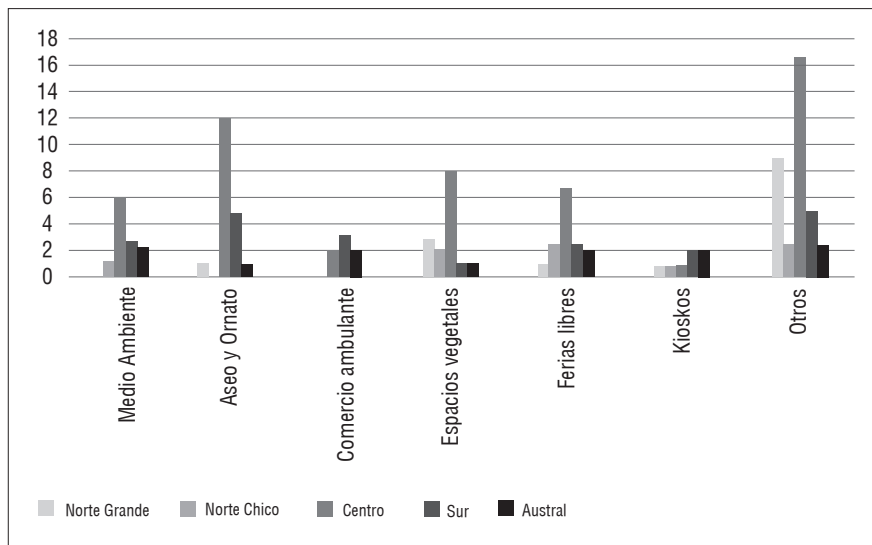
a) Excesiva generalidad y uniformidad regulatoria, no respondiendo necesariamente a las diferencias geográficas y climáticas del país: respecto del tema de los bienes de uso público, no existe una variación significativa en el contenido de las disposiciones encontradas en las ordenanzas revisadas, que pueda ser asociada a la diversidad geográfica representada por las cinco macro-zonas señaladas en la Figura 2.

La regulación local de esta materia se encuentra en ordenanzas de variado tipo y no necesariamente en actos administrativos destinados específicamente a regular la relación entre los vecinos de una comuna y este tipo de bienes. Entre las ordenanzas en donde más se trata este tema se encuentran las de medioambiente, aseo y ornato, comercio ambulante, manejo de especies vegetales, ferias libres e instalación y práctica de actividad comercial desarrollada en quioscos (Gráfico 2). Derivado de lo anterior, se observa una gran cantidad de ordenanzas que tratan el tema de bienes de uso público, aunque un bajo nivel de sistematicidad de estas normas locales, lo que se expresa con mayor notoriedad en aquellas comunas que no cumplen con el mandato legal derivado del art. 25 letra f) de la LOCM, que establece el deber de las municipalidades de elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental para su aprobación por el Concejo Municipal, el cual de manera facultativa

podrá solicitar un informe técnico al Ministerio del Medio Ambiente sobre la correspondencia de esta.

En la práctica, los gobiernos locales están desaprovechando una herramienta jurídica destinada a regular las peculiaridades de cada zona, a través de la emisión de ordenanzas que adolecen de poca conexión y sistematicidad y que a veces corresponden a una mera repetición del ordenamiento legal vigente. En definitiva, representan una manifestación de la pérdida de oportunidad para establecer en una norma las directrices para el desarrollo de la comuna.

GRÁFICO 2. **Número y variedad de ordenanzas por macro-zonas en materias de bienes de uso público**



Fuente: elaboración propia.

b) Escasa articulación y dispersión de temáticas tratadas en ordenanzas de bienes de uso público: como ya se mencionó, entre las ordenanzas que incluyen consideraciones sobre esta materia existe escasa articulación, presentándose más bien un alto nivel de dispersión, al punto que es posible identificar, en términos generales, dos subgrupos a partir de las características comunes obtenidas de la muestra estudiada, en las que se puede apreciar líneas generales de regulación, así como algunas situaciones particulares destacables.

• **Ordenanzas reguladoras de actividad económica en bienes públicos**

La regulación de los bienes públicos atiende a una necesidad económica, toda vez que mediante las ordenanzas se regula la entrega de permisos y concesiones para desempeñar actividades generadoras de un beneficio privado (actividades comerciales y lucrativas desempeñadas por un particular,

mediante las cuales obtienen un beneficio económico), en las inmediaciones de los bienes de uso público, las cuales son provistos por la propia municipalidad. Sin embargo, esta característica común suele ser complementada por las propias ordenanzas al disponer exigencias que deben ser cumplidas ante organismos técnicos de la propia municipalidad u organismos técnicos sectoriales pertenecientes al gobierno central. En este sentido es posible apreciar que ordenanzas dedicadas a la regulación de ferias libres, exigen informes técnicos de la Dirección de Obras Municipales (DOM) que aprueben el diseño del establecimiento de los locales, así como del espacio público en el que se instalará el conjunto de actividades que conformarán la feria libre propiamente tal (por ejemplo, La Serena, Puchuncaví, Valparaíso); asimismo, también es posible apreciar otro orden de exigencias, en cuanto existen municipios que solicitan informes previos a la autorización, a los respectivos sindicatos de feriantes (por ejemplo, Tocopilla, Cauquenes, Angol).

Este tipo de exigencias se replica en otro tipo de ordenanzas destinadas a la regulación de actividades económicas en bienes nacionales de uso público, por ejemplo, en materia de comercio ambulante, en aquellas dedicadas a la regulación de quioscos y, las regulatorias de actividades turísticas y recreativas en comunas que se caracterizan por el desarrollo de este rubro (por ejemplo, Arica, Iquique, La Serena, Valdivia).

Estas ordenanzas, junto con regularlas autorizaciones para el desarrollo de la actividad, establecen una serie de deberes y prohibiciones destinadas a normar su convivencia con el carácter público del lugar en que se asientan. En este sentido, cabe destacar que la mayoría de las disposiciones se orienta a la conservación del aseo del entorno en el que se encuentran, a mantener en condiciones adecuadas las instalaciones, o a permitir el tránsito adecuado de peatones en los bienes nacionales de uso público, entre otros.

- **Ordenanzas sobre “especies vegetales”**

Por otro lado, las ordenanzas de bienes de uso público se dedican a regular la convivencia de la comuna con las especies vegetales que encuentran en ella. Estas disposiciones se encuentran frecuentemente en ordenanzas de conservación de especies vegetales, aseo y ornato, y en las de medioambiente; y si bien estas no suelen encontrarse en la frecuencia que lo hacen las mencionadas en el grupo analizado precedentemente, se destacan por distintos hechos.

En primer lugar, la planificación en torno a la caracterización del espacio público que desarrolla la municipalidad y que se desprenden de estos actos administrativos. En este sentido, es posible destacar que la mayoría de estas ordenanzas califican a las especies vegetales como “bienes municipales”, a pesar de su localización en lugares que constituyen bienes nacionales de uso público, lo cual es particularmente llamativo por las obligaciones que se establecen dado ese carácter. Un ejemplo que se replica a nivel general es el deber

de conservar y proteger las especies, lo cual implica mantener el adecuado riego de estas, según lo exijan las necesidades estacionales; sin embargo, esta obligación se acompaña con la prohibición de extraer y podar, así como la de efectuar nuevas plantaciones de especies vegetales en bienes de uso público, sin la debida autorización de las autoridades municipales pertinentes (generalmente, los departamentos de aseo y ornato, o las DOM).

Por otro lado, y a pesar de que mediante las ordenanzas las municipalidades asumen un rol descentralizado en torno a planificación del espacio público en lo relativo a la instalación y preservación de especies vegetales, resulta llamativo el hecho que las disposiciones posean un carácter uniforme a lo largo y ancho del país, más allá de las marcadas diferencias geográficas y climáticas existentes (Tabla 1). Un ejemplo de esta situación lo constituye el hecho de que, en el total de las comunas analizadas, solo dos comunas establezcan en sus correspondientes ordenanzas²¹, un listado de especies vegetales sugeridas (de acuerdo a la geografía en la que se emplaza la comuna), para la construcción, plantación y/o conservación de áreas verdes, las que en ningún caso traen aparejado una sanción asociada al no cumplimiento de lo dispuesto en los referidos listados de especies.

c) Subutilización de las ordenanzas municipales como instrumento complementario para fines de ordenamiento y planificación territorial: como se sabe, las municipalidades están dotadas de una potestad ordenadora que les permite regular una amplia variedad de materias, a través de reglamentos municipales, decretos y ordenanzas municipales. El carácter normativo de las ordenanzas municipales se presenta como una oportunidad para complementar o reafirmar lo regulado por los instrumentos de ordenamiento y planificación territorial, tanto de orden normativo (como Planes Reguladores Comunes, Planes Seccionales y Límite Urbano), como de orden indicativo (Planes Reguladores Intercomunes).

Lo anterior se puede ejemplificar en aquellos bienes de uso público, como es el caso de un parque o plaza urbana, y que de acuerdo al Plan Regulador Comunal tienen un uso exclusivo de tipo recreacional. Por lo tanto, sería esperable que las ordenanzas municipales respaldaran y fomentaran el fin recreativo de dicho espacio público, ya sea, evitando el desarrollo de otras actividades económicas o fomentando y protegiendo las áreas verdes y equipamiento e infraestructura recreativa-cultural. Adicionalmente, las ordenanzas podrían permitir reforzar lineamientos definidos en otros instrumentos de planificación, tales como los Planes de Desarrollo Comunal, los que, aunque no tienen relación tan directa con el territorio o con los bienes de uso público, sí hacen definiciones estratégicas importantes para la comuna, y que pueden verse reforzadas en una ordenanza.

²¹ Estos casos son: ordenanzas de construcción, mantención y fomento de las áreas verdes y especies vegetales en bienes nacionales de uso público de Arica y la ordenanza local sobre medioambiente de Valdivia.

4. Sanciones

a) Multas excesivas u omisión de sanciones: a pesar de los límites fijados por la LOCM, las multas sobre las 5 UTM es un fenómeno altamente frecuente. En esta situación, se considera que un primer control a este exceso lo puede realizar el juez de policía local respectivo, sin embargo, esto no constituye garantía de que se respete tal límite, más aun cuando son las propias ordenanzas las que establecen expresamente una infracción a tal límite.

Dentro de los ejemplos más característicos, podemos encontrar ordenanza sobre mantención de fachadas, áreas verdes y especies vegetales en la vía pública de Caldera, la que establece multas de hasta 50 UTM, las que, en caso de reincidencia, pueden llegar hasta 100 UTM, lo cual también ocurre en la ordenanza de aseo de la misma comuna. Otros casos en que la ordenanza vulnera la ley en cuanto a los límites de la multa, aunque con menor gravedad, se encuentra en la ordenanza de aseo de Pudahuel y en la ordenanza sobre normas sanitarias mínimas de La Cisterna, por cuanto fijan una multa que podría llegar hasta las 10 UTM.

También en ocasiones la multa se ha configurado con un mínimo sin establecer el máximo, por ejemplo, el Art. 101 de la ordenanza sobre protección y conservación del medioambiente de Vallenar, indica que a los vecinos se les aplicará una multa mínima de 3 UTM.

Por otro lado, existe otro grupo de ordenanzas, que en lo referido a sanciones, omite el señalamiento de éstas en casos de vulneración de las disposiciones contempladas en ellas. Por ejemplo, la ordenanza para el funcionamiento de la feria libre de chacareros itinerantes de Tocopilla, omite sanciones a manera de multas, sin perjuicio que en su Art. 23 contempla como sanción el decomiso de las especies, enseres y útiles con la consecuente denuncia al Juzgado de Policía Local. Ocurre lo mismo con la ordenanza que regula y reglamenta la actividad comercial de kioscos en Tocopilla, en la ordenanza sobre uso de espacios públicos para fines turísticos de Antofagasta, en la ordenanza para la ejecución, reposición y reparación de aceras en área central de la comuna de Talca y en la ordenanza de ferias libres y chacareros de Lautaro.

b) Sanciones distintas a la multa: las ordenanzas han contemplado la posibilidad de incorporar sanciones distintas a las multas, entre las cuales destaca la clausura, el decomiso, la amonestación, la suspensión, las cuales pueden concurrir de manera conjunta o accesoria a la multa. Ejemplo de esto, es posible encontrarlo en la ordenanza para el comercio estacionado y ambulante en bienes nacionales de uso público de Santiago; ordenanza de feria libres y chacareros de Lautaro; ordenanza de ferias libres de Pudahuel, entre otras.

Revisando las comunas de la muestra, llama la atención que mediante ordenanza se pueda disponer la conversión de la multa en días de arresto en caso de su no pago, dado los problemas de constitucionalidad que ello ha planteado²². Un caso que contempla esta peculiaridad ocurre en la ordenanza sobre sitios eriazos y propiedades abandonadas de Talca (Art. 28).

Otro tipo de conversiones, en las que opera a petición del infractor o por facultad del juez de policía local, la multa puede ser reemplazada por trabajos en beneficio de la comunidad. Por ejemplo, la ordenanza de conservación de especies vegetales y áreas verdes del pueblo de Isluga de Colchane, señala que a solicitud del infractor, las multas podrán ser pagadas con trabajos en beneficio de la comunidad, de conformidad a las normas y reglamentos vigentes. Otro caso, se representa a través de la ordenanza sobre aseo de Iquique que faculta al juez a aplicar como sanción la multa o disponer la realización de trabajo comunitario.

En general, se establece la compatibilidad de la sanción de multa con otras sanciones previstas en cuerpos legales especiales como la legislación ambiental o el Código Sanitario. También se establece que la sanción de multa que se aplique no excluye la responsabilidad civil y penal que afecte al infractor.

Sin embargo, existen disposiciones que confunden el incumplimiento infraccional a la ordenanza con el incumplimiento de obligaciones cuyo origen es una concesión o permiso municipal, los que en estos casos se tratan de sanciones por incumplimientos contractuales (por ejemplo, en las regulaciones de áridos). Esta diversa naturaleza justificaría que las sanciones al incumplimiento del permiso o concesión puedan ser superiores a 5 UTM y que su forma de determinación pueda ser dispuesta mediante el empleo de fórmulas numéricas amplias con descuentos automáticos. En este sentido cabe destacar el art. 30 de la ordenanza local para la extracción, procesamiento, comercialización y transporte de áridos en o desde pozos lastreros de Punta Arenas, el cual precisa que “el incumplimiento de lo estipulado en el Título VI, de la Recuperación, artículos 25 y 26, será sancionado con una multa de 150 UTM por hectárea no recuperada, correspondiendo su conocimiento y aplicación al Juez de Policía Local”.

Se advierte que, en ocasiones, las ordenanzas disponen inhabilidades sobrevinientes como consecuencia de una determinada infracción, excluyendo al respectivo infractor de un registro o de la posibilidad de acceder a una concreta situación de beneficio. Por ejemplo, el Art. 16 de la ordenanza sobre instalación de mesas en bienes nacionales de uso público de Concepción dispone que en el caso de sanciones reiteradas, el permiso será caducado defini-

²² En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado, respecto de los límites al Derecho Administrativo Sancionador, que las penas privativas de libertad solo pueden ser impuesta previo conocimiento de un tribunal. Véase considerandos 17°, 18° y 19°, de la STC N° 1.518-09, de 21 de octubre de 2010.

tivamente, tras lo cual, ni el beneficiario, ni la persona jurídica de la cual es parte, podrán optar a una nueva autorización. En el mismo sentido, el art. 16 de la ordenanza de comercio ambulante de Angol señala que la reincidencia será motivo de la eliminación del Registro de Comercio Ambulante, perdiendo el derecho a optar a un nuevo permiso.

Finalmente, cabe mencionar que aisladamente, ciertas ordenanzas proveen la concesión de un plazo al infractor para que solucione el problema que generó el incumplimiento. En esta misma figura es posible encuadrar los partes de cortesía. Este tipo de compromisos se han advertido en las ordenanzas de medioambiente. Por ejemplo: Art. 88 de la ordenanza de medioambiente de Tierra Amarilla; Art. 98 de la ordenanza sobre protección y conservación del medioambiente de Vallenar; Art. 44 de la ordenanza sobre medioambiente de Gorbea, Art. 46 de la ordenanza sobre medioambiente de Padre Las Casas; Art. 56 de la ordenanza sobre medioambiente de Freire; Art. 45 de la ordenanza sobre medioambiente de La Unión; Art. 38 de la ordenanza sobre medioambiente de Valdivia; Art. 31 de la ordenanza de aseo y ornato de Putre, entre otras.

c) Excesivas facultades de los fiscalizadores: en general, la fiscalización queda entregada a Carabineros de Chile, a los inspectores municipales (funcionarios municipales) y las autoridades sectoriales respectivas (Seremi de Salud, Superintendencia de Medio Ambiente). No obstante, se advierte el uso de fórmulas que habilitan a interesados y/o afectados a actuar a través de la denuncia. Respecto de esta última, existe una expansión de las vías destinadas a recibirlas, a través de cartas, OIRS, formulario electrónico, entre otras.

Sin embargo, algunas medidas de fiscalización otorgan atribuciones a funcionarios municipales que ni siquiera tienen las policías en el orden penal. Este es el caso de la ordenanza de medioambiente de Lo Barnechea, la que en su Art. 92 establece que “los funcionarios municipales investidos de la calidad de inspectores, podrán realizar inspecciones a instalaciones, locales, recintos u otros inmuebles, siempre que la inspección tenga por objeto asegurar el cumplimiento de lo prescrito en la presente ordenanza. Los propietarios, usuarios, poseedores o meros tenedores de las mismas deberán facilitar el acceso a los inspectores, de lo contrario se podrá cursar multa por negarse a la inspección”²³.

²³ Al efecto, cabe tener presente que conforme a los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal, la entrada y registro en lugares cerrados se podrá realizar siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en ello. Además, solo la policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de este provinieren.

d) Graduación de infracciones y ausencia de criterios para aplicar sanciones: en general, las ordenanzas clasifican las infracciones conforme a su gravedad en: leves, graves y gravísimas. Sin embargo, se advierte que muchas de estas normas infralegales no disponen de categorización alguna (García de Enterría y Fernández, 2011).

En la mayoría de los casos se establece que las infracciones a la ordenanza de que se trate serán sancionadoras con una multa de hasta 5 UTM, sin proporcionar los criterios que ayudarán al juez de policía local a determinarlas en el caso concreto, como sería la capacidad económica del infractor, el daño ocasionado o la población afectada²⁴.

Por otro lado, es interesante apreciar que algunas ordenanzas establecen un régimen de responsabilidad para los menores de edad al margen de lo dispuesto para ellos en la regulación penal y civil. Ejemplos de este régimen de responsabilidad diferencias, se pueden encontrar en el Art.171 de la ordenanza de medioambiente, aseo y ornato de Talca y el Art. 97 de la ordenanza sobre gestión del medioambiente de Concepción, los cuales disponen, en idénticos términos que: tratándose de menores de edad, si se estableciere responsabilidad de ellos en cualquiera de las situaciones contempladas en la presente ordenanza, los padres o adultos que los tuvieren a su cargo deberán pagar la multa que al efecto se imponga. En similares términos, el art. 40 ter, inciso 2° de la ordenanza sobre aseo de Iquique señala que “en el evento que los infractores sean menores sin patrimonio la multa aplicada deberá ser solucionada por los padres o representantes de los menores”.

Otras configuran la responsabilidad de los menores de edad conforme a las reglas generales, como el caso del Art. 11 de la ordenanza sobre uso de skate, patines, patinetas, triciclos, monociclos, bicicletas u otros vehículos de tracción humana de similares características, en las plazas, parques, piletas, paseos peatonales de Arica, en cuanto señala que para el caso en que los infractores sean menores de edad, se hará efectiva la responsabilidad civil en sus padres, de conformidad al Artículo 2.320 del Código Civil, por los malos hábitos de sus hijos, debiendo presentarse uno de ellos frente al juez de policía local.

24 Algunos ejemplos de ordenanzas que contemplan criterios de determinación de sanciones son: a) Art. 99 de la ordenanza de medioambiente de Pudahuel: gravedad, permanencia del hecho (infracción) y haber o no reincidencia; b) Art. 175, de la ordenanza de medioambiente de Purranque, la cual señala que el tribunal quedará facultado para recorrer todo el tramo de la pena pecuniaria (1 UTM A 5 UTM), aplicando la sanción en concreto atendidas las circunstancias concurrentes al caso en particular, pudiendo considerar ciertos factores.

Propuestas

1. Comunes a todo tipo de ordenanzas

i) Promover control de legalidad de las ordenanzas municipales por la Contraloría General de la República

Como se sabe, el control que realiza la Contraloría de las ordenanzas es a posteriori y únicamente a petición de un eventual afectado por sus disposiciones. Dichos actos municipales se encuentran exentos del trámite de toma de razón por disponerlo así expresamente el Art. 53 de la LOCM.

El mayor problema que esto genera dice relación con la vigencia en el ordenamiento jurídico de ordenanzas per se ilegales, por ejemplo, aquellas que se inmiscuyen en competencias que son exclusivas de otros órganos de la Administración o aquellas que establecen sanciones distintas a la multa. Estos actos pueden ser aplicados por un tiempo considerable, sin que sea cuestionada su legalidad.

Es por ello que es preciso propugnar un cambio legislativo en tal sentido, que considere un control de legalidad ex ante de una ordenanza municipal, dado el potente contenido regulatorio que poseen y atendido que pueden limitar derechos consagrados constitucionalmente, como la igualdad y la propiedad.

ii) Promover la elaboración y uso de ordenanzas tipo

Al igual que las bases tipo utilizadas por los servicios públicos para efectos de la contratación administrativa, es posible disponer de ordenanzas tipo o catálogos de criterios normativos. Se trata de modelos de disposiciones normativas comunales propuestas por órganos especializados en la materia que se trate (por ejemplo, el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente para la ordenanza de medioambiente²⁵), que puedan ser adoptadas por los municipios.

Estos tipos podrán ser adoptados facultativamente por las municipalidades. Su sustento se puede encontrar en los principios de economía procedimental y de coordinación, cuyo principal propósito es lograr la unidad y uniformidad de las materias que pueden regular las municipales y observar los límites a los cuales están sujetas²⁶.

25 En este punto, cabe recordar que conforme a la letra f) del Art. 25 de la LOCM a la unidad encargada de la función de medioambiente, aseo y ornato corresponderá velar por la elaboración del anteproyecto de ordenanza ambiental. Para la aprobación de la misma, el concejo podrá solicitar siempre un informe técnico al Ministerio del Medio Ambiente.

26 Art. 5, inc. 2º, Ley N° 18.875.

Esta iniciativa no es nueva y ya ha sido empleada en algunas materias. Así, mediante resolución N° 1.064, de 20 de octubre de 1980, la Intendencia de la Región Metropolitana dispuso la creación de una comisión destinada al estudio de ordenanzas municipales tipo, con el fin de uniformar los criterios que adoptaren las municipalidades en la elaboración de normas aplicables respecto de diversas materias relacionadas con el quehacer local. Tras el trabajo de esta comisión, la Intendencia dictó la circular N° 6.794, de 1983, que estableció la ordenanza tipo sobre normas sanitarias básicas. Esta tuvo por objeto ser aplicada en las municipalidades de la región, lo que no obstaba que los alcaldes podían adecuarla a la realidad particular de cada comuna, informando de ello a la Intendencia²⁷. Este caso puede ser válido para comunas urbanas que integran una misma metrópolis y que comparten problemas comunes, abordables a través de una ordenanza tipo.

En esta línea, y sobre la base de las cinco macrozonas propuestas en este trabajo y a partir de las categorías comunales establecidas por Subdere²⁸, sería de gran interés que esta, a través de su división municipal, además pudiese avanzar en la formulación de ordenanzas tipo, lo que permitiría la captura de la diversidad existente en el país, dando relevancia a las características geográficas y sociales de cada territorio (SEA, 2016).

iii) Reforzar el rol de la participación ciudadana

Como se ha señalado, las elecciones municipales son la instancia en la cual la comunidad manifiesta su voluntad en orden a elegir el programa de gobierno local que apoyarán, dado que representa sus intereses o convicciones particulares. En este sentido, en el origen, la ciudadanía validaría los planes y políticas públicas que impulsarán las autoridades por ella elegidas, en lo que se denomina democracia de origen o representativa.

Ahora bien, difícilmente un candidato a alcalde o concejal podrá ver a priori, todas las materias que impulsarán y promoverán durante los años de ejercicio de sus cargos, razón por la cual, es conveniente contar con una permanente retroalimentación de la ciudadanía, que les permitirá mantener su apoyo y alcanzar buenos niveles de bienestar local.

En este contexto, adquiere especial relevancia la participación ciudadana como una herramienta destinada a lograr y mantener una democracia de ejercicio o participativa.

27 San José de Maipo fue una de las comunas que utilizó esta ordenanza tipo.

28 Según el criterio establecido por Subdere (criterio de caracterización urbano, rural o intermedio de carácter no oficial, elaborado por Subdere como propuesta en la Política Nacional de Desarrollo Rural 2014-2024, de acuerdo a criterios de la OCDE).

Al efecto, cabe tener presente que la propia CPR dispone que “la ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales” (Art. 118, inc. 2°).

Se trata de una herramienta de capital importancia que puede vigorizar el carácter democrático de una ordenanza en la medida que, en su proceso de elaboración, contemple instancias de intervención de los miembros de la comunidad local. Se trata de mecanismos destinados a acercar la toma de decisiones de los municipios a la voluntad de la ciudadanía. En efecto, considerar las necesidades, peticiones y observaciones formuladas por los vecinos, puede fortalecer las políticas normativas locales.

iv) Regular un procedimiento de elaboración, audiencia y publicación de ordenanzas

Utilizando como referente el modelo español sobre la materia, la elaboración y publicación de las ordenanzas municipales, consagrado en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), de 2 de abril, se puede someter a un procedimiento específico que facilite la transparencia y participación ciudadana, el cual puede contemplar las siguientes etapas:

- 1° Iniciativa popular. Ya sea en el contexto de la elaboración de una ordenanza o sin su existencia, los vecinos con derecho a sufragio activo en las elecciones municipales, pueden tomar la iniciativa sobre la materia y proponer materias para que una ordenanza en concreto las contemple o proponer ex novo proyectos de ordenanzas en asuntos de competencia municipal. Para darle seriedad a las propuestas y representatividad, es posible contemplar que la presentación de iniciativas sean suscrita por un porcentaje determinado en función del número de habitantes. Además, cabe tener presente que antes de su discusión en la sesión del concejo municipal respectivo, las propuestas debieran ser objeto de un estudio de admisibilidad previo, tanto de carácter jurídico como financiero. En el ejercicio de esta prerrogativa, la ciudadanía puede formular las propuestas que estimen más apropiadas para el desarrollo de sus intereses con la sola limitación del pleno respeto a las leyes vigentes y al orden público.
- 2° Aprobación inicial y período de observaciones ciudadanas. Una vez aprobada internamente y de manera preliminar la ordenanza por parte del Concejo Municipal, estimamos conveniente abrir un período de recepción de las observaciones ciudadanas que se puedan tener respecto del texto que se aprobó inicialmente. Esta instancia tiene una doble función, informar en general a la ciudadanía de la próxima existencia de una ordenanza (general) e informar a los inmediatamente afectados por la norma (específico). Este término se puede concretar mediante la incorporación de la ordenanza en el sitio web del municipio y la comu-

nicación de que está disponible para su revisión y comentarios en diversos medios de comunicación de que disponga la entidad local (carteles, diarios, radios, Facebook, Twitter, etc.). Una vez concluido este plazo, la municipalidad deberá reunir los comentarios formulados a la ordenanza y ponderar en su mérito la procedencia de los mismos mediante una resolución fundada.

- 3° Recepción de informes. Durante cualquier etapa del procedimiento, estimamos que es procedente que el concejo pueda solicitar un informe técnico al organismo sectorial o competente respectivo. Por ejemplo, tratándose de la ordenanza ambiental el concejo podrá solicitar siempre un informe técnico al Ministerio del Medio Ambiente (Art. 25 letra f) LOCM). Esta instancia puede resultar de suma importancia, sobre todo si se tienen en consideración que son difusos los límites de las materias que los municipios pueden regular mediante ordenanzas.
- 4° Aprobación definitiva. Una vez resueltas e incluidas las eventuales modificaciones a la ordenanza producto de la etapa anterior, en una sesión destinada para tal efecto, se debe someter su texto final a la aprobación definitiva por parte del concejo municipal. El quórum de aprobación de una ordenanza (cualquiera que sea) es de la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva (Art. 86 LOCM). Se trata, por tanto, de un acto administrativo municipal dotado de un alto grado de legitimidad.
- 5° Publicación en el Diario Oficial y en el portal de transparencia del municipio (fácil identificación y acceso). Sobre este punto, cabe señalar que para efectos de transparencia y conforme a lo señalado en el inciso final del Art. 12 de la LOCM, es preciso que las ordenanzas estén a disposición del público, para lo cual es imperativa su publicación en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad²⁹.

Por su parte, tratándose de la publicidad, para efectos de que surtan efectos sus disposiciones y por tanto que adquieran el carácter de obligatorias para la comunidad, es necesario que este acto sea publicado en el Diario Oficial³⁰, según lo dispone el Art. 48 de la ley N° 19.880, a menos que exista normativa especial que establezca una forma de publicidad diversa³¹.

29 El inciso final del Art. 12 fue incorporado por el Art. 4 N° 1 de la Ley N° 20.285, ley que regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado. Es por ello, que este trabajo no comparte la interpretación de la Contraloría General de la República en su dictamen N° 26.019, de 2010, en el que señala que a partir de la vigencia del actual inciso final del citado artículo 12 -20 de abril de 2009-, la ordenanza por la que se consulta (sobre aseo, ornato y protección del medioambiente y salud ambiental) ha podido ser difundida en la página web de ese municipio, no siendo actualmente necesaria su publicación en el Diario Oficial, ya que confunde la obligación de transparencia con la de publicidad de los actos administrativos.

30 Dictámenes N° 32.762, de 2009; 26.378, de 2008; 7.092, de 2009.

31 En esta materia, la Contraloría ha señalado que en virtud del principio de especialidad es posible inferir que sólo respecto de las ordenanzas de que trata el Art. 42 de la Ley de Rentas Municipales, rigen las reglas de publicación a que alude su inciso tercero (Diario Oficial o en la página web de la municipalidad respectiva o en un diario regional de entre los tres de mayor circulación de la respectiva comuna) Véase los dictámenes N°s. 77, de 2005 y 26.378, de 2008.

En definitiva, mediante este trabajo se espera entregar directrices que permitan a los municipios enriquecer sus ordenanzas y contribuir en el reforzamiento de su carácter democrático, ello mediante el fortalecimiento del principio de transparencia y el empleo de mecanismos participación ciudadana en la creación de las mismas.

v) Generación de instancias de participación y colaboración técnica y ciudadana

Esta propuesta alude fundamentalmente a la promoción de herramientas contempladas por la propia LOCM, en orden a la implementación efectiva de instancias de participación ciudadana admitidas por el propio ordenamiento. Entre las posibles opciones podemos encontrar:

1. Plebiscitos comunales (Art. 118, inc. 5° CPR, Art. 99 y ss. LOCM). El alcalde, con acuerdo del concejo³², puede someter a plebiscito las materias de interés para la comunidad local, siempre que sean propias de la esfera de competencia municipal³³.
2. Consultas no vinculantes (también en el Art.118 inc.5° CPR) (aunque la ausencia de ley impide su aplicación³⁴).
3. Sondeos de opinión a través de encuestas locales, audiencias públicas, entre otros. Se vislumbra como un potente instrumento capaz de revestir a una ordenanza de legitimidad democrática concreta, real y efectiva, que valide y apruebe lo regulado en el instrumento específico de que se trate.
4. Instancia contemplada en la ordenanza de participación ciudadana. Es perfectamente posible establecer en la respectiva ordenanza de participación ciudadana una instancia que permita la intervención de la ciudadanía durante un proceso de elaboración de ordenanzas, como el que se explicará en la siguiente propuesta³⁵.

32 El principal problema del plebiscito comunal es su bajo nivel de utilización: Las Condes (1994) sobre contribución al financiamiento de obras viales; Zapallar (2003) "Respaldo la política municipal en cuanto a asegurar la protección de los bosques nativos ubicados sobre el límite urbano en el borde costero de la comuna de Zapallar"; Vitacura (2009) sobre modificaciones al plan regulador. Al respecto, véase lo señalado por Bronfman, 2007.

33 Al respecto, Contraloría General de la República ha señalado que constituye un requisito común a todas las materias descritas en ese precepto, el que ellas sean de competencia de las entidades edilicias, de manera que no corresponde someter a plebiscito asuntos ajenos al ámbito propiamente municipal. Véase los dictámenes N°s. 35.156, de 2010; 22.980, de 2012 y 44.233, de 2014.

34 En la sentencia rol N° 284, de 1999, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo del proyecto de ley que modificaba la LOCM era inconstitucional porque se apartaba de la regulación constitucional que reconocía la facultad de convocar a consultas al alcalde y al concejo municipal. Por su parte, la Contraloría ha señalado que no procede el llamado a "consultas no vinculantes", ya que la ley N° 18.695 no regula las condiciones en que pueden realizarse tales mecanismos de participación ciudadana, lo cual es, sin perjuicio de la atribución municipal de hacer efectiva la participación de la comunidad local por otras vías. Véase los dictámenes N°s. 40.385, de 2004; 40.874, de 2006 y 41.283, de 2008.

35 Véase dictámenes N°s. 16.363, de 2001; 40.385, de 2004; 40.874, de 2006; 41.283, de 2008, entre otros.

5. Audiencias públicas (Art.97 LOCM). La audiencia pública es un procedimiento destinado a obtener información para la toma de una decisión legislativa o administrativa, a través de declaraciones orales del público interesado (Pierry Arrau, 1989-1990). Mediante este mecanismo, el alcalde como el concejo, puede tomar directo conocimiento de las materias que son de interés comunal (Mirosevic, 2016). Su configuración concreta está supeditada a la regulación que sobre ellas se establezca en las ordenanzas de participación ciudadana³⁶.
 6. Oficina de informaciones, reclamos y sugerencias. La municipalidad puede tomar conocimiento de las materias que son objeto de importancia o relevancia local mediante esta oficina, la cual se puede constituir como una vía que canalice las problemáticas de la comunidad con la autoridad, las que eventualmente, puede ser objeto de una futura regulación mediante ordenanza.
 7. Delegado municipal (Art. 68 LOCM). Como se sabe, el alcalde podrá designar delegados en localidades distantes de la sede municipal o en cualquier parte de la comuna, cuando las circunstancias así lo justifiquen³⁷. Desde esta perspectiva, una circunstancia que justifique esta figura puede ser la de recoger las inquietudes y principales problemáticas que afecten a los habitantes alejados de las zonas urbanas de una comuna, ello con el objeto de plasmar y regular sus problemáticas en uno de los instrumentos que estamos analizando.
- vi) **Celebrar convenios con órganos administrativos sectoriales e instancias académicas para identificar y/o proponer directrices de las materias a regular**
- El art. 25 letra f) de la LOCM, precisa que para efectos de aprobación la ordenanza ambiental, el concejo podrá solicitar siempre un informe técnico al Ministerio del Medio Ambiente. Al efecto, se estima que esta potestad puede ser potenciada y utilizada para la elaboración y/o aprobación de otras ordenanzas (por ejemplo, en materias de aguas o bienes públicos), ello mediante la consulta a diversos órganos administrativos sectoriales e instancias académicas sobre las principales directrices de las materias a regular.

La consulta a órganos e instituciones especializados en la materia permite proporcionar a los municipios una conexión inmediata con la actualidad y con las problemáticas vigentes sobre la materia que busca regular mediante ordenanza, lo que generará que el proyecto propuesto se corresponda con las

36 Conforme al Art. 97 de la LOCM el alcalde y el concejo conocerán acerca de las materias que estimen de interés comunal, como asimismo las que no menos de 100 ciudadanos de la comuna les planteen, sin perjuicio de las excepciones correspondientes. Véase los dictámenes N°s. 6.280, de 2007; 50.464, de 2013; y 6.652, de 2014.

37 Tal designación podrá recaer en un funcionario de la municipalidad o en ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos en el Art.73 y no estén en la situación prevista por el inciso tercero del Art.59 de la LOCM.

directrices generales sobre la temática y se ajuste a los límites que en cada caso debe observar la municipalidad al normar las mismas, sin correr el riesgo de inmiscuirse en las atribuciones propias de otras entidades gubernamentales.

Para ello, el municipio puede celebrar convenios de colaboración (con órganos de la administración), la compra de los servicios mediante el sistema de compras públicas (tratándose de instancias académicas) o gestionar la consulta directa mediante un oficio remisor, entre otros.

vii) Formación y capacitación jurídica en materia de Derecho de Aguas, bienes de uso público y facultades normativas de los municipios

Dado el desconocimiento y falta de adecuado tratamiento que existe sobre estos temas, es altamente recomendable promover e iniciar, desde las instancias públicas correspondientes, capacitación municipal a nivel nacional, con el objeto que ellas puedan conocer, en términos generales, el marco jurídico, especialmente en lo relativo a las diversas competencias que les corresponden en este campo, así como el alcance y límites de las mismas.

Para facilitar esta tarea, y de manera de adecuarlo a las particularidades geográficas de cada zona a regular, estas actividades de capacitación podrían realizarse por grupos, en función de las macro-zonas dentro de la que se enmarque cada uno de los municipios respectivos. Asimismo, se puede contratar una consultoría puntual a especialistas en las materias referidas a regular.

2. Propuestas en áreas específicas

2.1 Aguas

i) Promover la elaboración y uso de ordenanzas tipo por macro-zonas

En aquellas materias en que la LOCM ha establecido un mandato legal a las municipalidades para la regulación local, y en los temas de aguas y bienes de uso público, es importante promover las instancias y los recursos necesarios para que éstas tengan no sólo una efectiva materialización en las comunas, sino que además lo hagan incorporando variaciones significativas en función de las realidades de cada una de las macro-zonas establecidas.

En ese sentido, y con el propósito de establecer ciertos lineamientos matrices para las aguas desde la perspectiva de las ordenanzas, se considera recomendable la preparación de instrumentos tipo, en función de las macro-zonas del país. Cada una de dichas macrozonas responde a variables y problemáticas diversas, por lo que una buena técnica para mejorar y enriquecer el contenido de las ordenanzas sería consensuar y proponer, conforme a la realidad de cada macrozona y a la legislación vigente, los aspectos y temáticas que debiesen ser objeto de regulación comunal.

ii) Inclusión de directrices vinculadas al uso sostenible y sustentable del agua

Las modificaciones que se pueden esperar debido al uso poco eficiente del recurso, y más aún, con la incorporación de la componente cambio climático y, concretamente, la evidente situación de sequía en que se encuentra gran parte del territorio nacional desde hace más de cinco años, hacen cada vez más necesaria la participación e involucramiento de los distintos actores en el cuidado y protección de este recurso natural. Si bien el trabajo permitió constatar cierta preocupación municipal por cuidar la calidad y evitar la contaminación de las aguas dentro de su territorio, son muy pocas las comunas que promuevan, en sus ordenanzas, conductas orientadas a su uso y consumo responsable. En términos concretos, se sugiere incorporar una visión de sostenibilidad y sustentabilidad en su utilización. Del mismo modo, como la adaptación a los efectos del cambio climático es un proceso que debe incluir también a los entes municipales, debiesen incorporarse en las ordenanzas municipales, perspectivas y actuaciones en esta línea.

iii) Revisión y modificación de ordenanzas y ajuste a la normativa vigente

Tal como se anunció en el diagnóstico respectivo, se detectaron algunas ordenanzas cuyo contenido infringe la legislación vigente, especialmente dada la pretensión de ciertos municipios de regular materias que no caen dentro de la esfera de su competencia. Ello puede deberse, en buena medida, a un desconocimiento de la normativa de aguas vigente y, sumado a ello, de los alcances de las potestades municipales en este ámbito. En ese sentido, y con el propósito de remediar y poner término a estas situaciones jurídicamente improcedentes, se sugiere la promoción de la revisión de las ordenanzas concernientes a las aguas, impulsando, a su vez, la rectificación y modificación de todos aquellos puntos que pudiesen calificarse de atentatorios a la legalidad.

2.2 Bienes de uso público

i) Promocionar y apoyar la efectiva y adecuada elaboración de ordenanzas

Se propone un apoyo focalizado a aquellas municipalidades con carencia de capacidades técnicas, para la formulación de ordenanzas de alto estándar técnico, en cumplimiento de lo ordenado por la LOCM. Respecto de todos los temas subyacentes a medio ambiente, incluyendo aquellos de carácter territorial que hoy están dispersos en varias ordenanzas y que, por su naturaleza, pueden ser parte de una sola ordenanza ambiental. De esta manera, una ordenanza ambiental reformulada y articulada con una buena ordenanza de participación ciudadana, podría mejorar significativamente tanto el cumplimiento de esta responsabilidad legal por parte de los municipios, como los efectos sobre el territorio comunal y sobre la calidad de vida de sus habitantes.

Un plan de apoyo, desde el gobierno central, para que las comunas con menos recursos puedan cumplir con el mandato legal, permitiría resolver el hecho que muchas ordenanzas existan únicamente en razón de las condiciones económicas que favorecen a algunos municipios.

ii) Programa de apoyo financiero para la formulación, implementación y divulgación de las ordenanzas

Sobre la base de experiencias de apoyo a la formulación y actualización de instrumentos tales como planes reguladores y planes de desarrollo comunal, se propone un plan de financiamiento desde el gobierno nacional, a través de Subdere, que permita a las municipalidades que lo requieran obtener apoyo técnico para la formulación y puesta en marcha de las nuevas ordenanzas municipales.

En cuanto a la divulgación, el ideal es establecer una plataforma o portal que permita un rápido y fácil acceso tanto a la consulta de ordenanzas vigentes, como a aquellas en construcción o en consulta ciudadana. Adicionalmente, se propone una campaña en los medios para realzar la importancia de estos instrumentos y del compromiso ciudadano en su formulación, implementación y control.

iii) Generar una forma de articulación entre las comunas de un mismo espacio urbano metropolitano, o que compartan una unidad geográfica determinada (por ejemplo, una cuenca)

Es necesario avanzar hacia formas de articulación que permitan mejorar los efectos concretos de las ordenanzas en el caso de espacios que comparten condiciones de base similares. Esta articulación podría verse facilitada en los espacios metropolitanos con las modificaciones en curso, referidas a la gestión de dichos territorios. Esto supone nuevas formas de gobernanza, las que probablemente tengan más posibilidades de concretarse una vez que se aprueben las modificaciones que están en discusión actualmente en el parlamento, relativas a las áreas metropolitanas³⁸. En el caso de comunas que comparten una cuenca o que, más específicamente, son riverañas de un lago, esta articulación es imprescindible para responder a las exigencias comunes provenientes del sistema físico-natural.

Esto permitiría conseguir un piso común o suerte de plataforma de base para la elaboración de ordenanzas ambientales de comunas que comparten un mismo espacio, ya sea urbano o parte de una cuenca o subcuenca, en el caso de las comunas rurales. En esto, la experiencia internacional de las mancomunidades o comunidades de comunas puede ser ilustrativa, como pudiera

38 Boletines N°s. 8349-06 y 5077-15

ser el caso del Área Metropolitana de Barcelona (España). Mediante ley³⁹, se especifica su naturaleza, demarcación, organización, atribuciones -entre ellas la potestad reglamentaria- y configuración de la hacienda. Obedece a la necesidad de establecer un marco de actuación común y conjunto para municipios de la conurbación de Barcelona definidos en la ley -aunque permite incorporar más entes locales-, entre los que hay vinculaciones económicas y sociales que justifican necesaria la planificación de políticas públicas y la implantación de servicios de forma conjunta⁴⁰.

2.3 Sanciones

i) Utilización de la sanción como medida de última ratio. Establecimiento de medidas previas

Debe advertirse que las ordenanzas de las materias analizadas tienen objetos distintos, ya que las referidas a aguas apuntan a la protección ambiental y sanitaria del recurso, de modo que estos objetivos tienen por principal finalidad evitar que la infracción (acción u omisión típica) acontezca. Por otro lado, las referidas a bienes de uso público apuntan a objetos de distinta clase como lo es el resguardo del medio ambiente, la conservación de ciertos estándares urbanísticos, y garantizar la libertad de locomoción.

Sin embargo, esto no obsta a que la propuesta en ambos casos apunte a la aplicación de una sanción como medida de ultima ratio. En ambos casos es importante evaluar el contexto de acuerdo al caso concreto en que eventualmente se aplicaría la sanción, y ver la pertinencia de aplicar otro tipo de medidas mediante las cuales se promueva el cumplimiento de las disposiciones contenidas en las ordenanzas. Un ejemplo de esto es posible en el establecimiento de fijar incentivos al cumplimiento (por ejemplo, premios o regalías) o suscribir planes de mitigación o compensación de las infracciones cometidas (reparación del daño causado).

Asimismo, debemos señalar que para el especial caso de las ordenanzas de bienes de uso público es necesario poner en práctica actividades de fomento mediante subsidios o subvenciones; la promoción de la innovación y/o inversión local mediante el otorgamiento de facilidades para la obtención de permisos municipales u otros; o el otorgamiento de ciertos beneficios por el manejo sustentable de los bienes nacionales de uso público, lo que se puede materializar en la rebaja en el pago de los derechos municipales o exención de su pago por cierto período de tiempo.

39 Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona. El Preámbulo de dicha norma da cuenta de los aspectos que comprende esta forma de gobierno supralocal.

40 En lo referente a la potestad reglamentaria, una muestra de sus alcances puede verse en la siguiente página oficial, donde también pueden consultarse otros estudios y visualizar documentos de interés: <http://www.amb.cat/es/web/amb/administracio-metropolitana/normativa-i-ordenances> [última visita: 7 de diciembre de 2016].

ii) Establecimiento de reglas objetivas de determinación de sanciones

En el caso que la aplicación de la sanción de multa sea inevitable, ya sea por la ineficacia de las medidas anteriores o por cualquiera otra circunstancia, es necesario que para su determinación se consideren criterios para determinar la multa, como por ejemplo la existencia de una autodenuncia, la reincidencia, la irreprochable conducta anterior, la permanencia o reiteración de la infracción, el monto y naturaleza de los perjuicios ocasionados, el número de personas afectadas con la infracción, la eventual reparación del mal causado, entre otras.

Por último, es preciso que frente a la ocurrencia de alguna infracción a una norma local sobre aguas, la autoridad municipal informe de dicha circunstancia a los organismos sectoriales respectivos, para que éstos adopten las funciones de fiscalización y apliquen las sanciones que correspondan. En este caso, a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la Seremi de Salud respectiva, a la Dirección General de Aguas, a la Dirección de Obras Hidráulicas, entre otros.

Conclusiones

Las ordenanzas constituyan normas de valor infralegal y están dotadas de legitimidad democrática, esto no se agota únicamente en la elección popular de las autoridades que las dictan, ya que exige un ejercicio permanente de participación ciudadana. De esta manera, propuestas como la implementación de un procedimiento de aprobación de estas, permiten una retroalimentación y fiscalización permanente de las funciones y atribuciones de las autoridades municipales.

Las propuestas en materia de legitimidad democrática, no constituyen un cheque en blanco, estas deben implementarse con adecuación a las disposiciones legales. Los hallazgos en las materias específicas estudiadas (aguas, bienes de uso público y las sanciones asociadas), evidencian que los conflictos entre leyes y ordenanzas son frecuentes, y aunque es necesaria una activa participación ciudadana en la administración comunal, en este sentido considerar estos conflictos resulta tan importante como la eficaz respuesta a las necesidades.

Esto, junto con la materialización de la voluntad del legislador en orden a que todas las comunas elaboren sus ordenanzas de medio ambiente, es necesario valorar este proceso como una oportunidad para la reflexión local y para la elaboración de una política sistemática en torno al territorio comunal, considerando sus características propias y dando lugar a una diferenciación acorde con la diversidad geográfica nacional.

Las ordenanzas municipales, repotenciadas como se sugiere en este trabajo, pueden transformarse en un instrumento muy potente por sí mismas, pero también al considerarlas como parte del conjunto de herramientas necesarias para el fortalecimiento de la autonomía municipal, con reconocimiento de las carencias de algunas administraciones, y para la planificación de un desarrollo territorial más sustentable y sostenible.

Referencias

- Bermúdez, J.**, 2014. *Derecho Administrativo General*. 3ª edición. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Bronfman, A.**, 2007. Mecanismos de democracia directa en Chile: los plebiscitos y consultas comunales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVIII, pp. 237-265.
- Cereceda, P. & Errázuriz, A.**, 1989. *Geografía del paisaje chileno*. 2ª edición. Santiago: Ediciones Teleduc.
- Cordero, E.**, 2013. La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. En: Cordero Quinzacara, E. y Aldunate, E. (Eds). *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*. Santiago. Legal Publishing.
- García de Enterria, E. y Fernández, T.R.**, 2011. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª edición. Madrid: Civitas - Thomson Reuters. Tomo I y II.
- Gómez, R.**, (s.f.). La potestad normativa sancionadora municipal. Análisis de la operatividad del principio de legalidad. *Revista Ius et Praxis* (en prensa).
- Huergo, A.**, 2007. *Las sanciones administrativas*. Madrid. Iustel.
- Huidobro, R.**, 2011. Derecho y Administración comunal. En: Pantoja Bauzá, R. (Coord. Académico). *Tratado de Derecho Administrativo*. Santiago: Legal Publishing Chile. Tomo III.
- Huidobro, R.**, 2009. La potestad normativa municipal, estudio histórico-dogmático para la reconstrucción del Derecho municipal chileno. En: Pantoja Bauzá, R. (Coord. Académico). *Derecho Administrativo*, 150 años de doctrina. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mirosevic, C.**, 2016. *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*. 1ª edición. Santiago: Librotecnia.
- Pierry Arrau, P.**, 1989-1990. *Las audiencias públicas*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIII.
- OCDE**, 2014. *OECD Rural Policy Reviews: Chile 2014*. OECD Publishing.
- Quintanilla, V.**, 1983. *Geografía de Chile, Volumen III: biogeografía*. Santiago: Instituto Geográfico Militar.
- Rosanvallón, P.**, 2008. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris, Éditions du Seuil.

Schmidt-Assmann, E., 2003. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons.

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), 2016. *Centro de documentación*. Recuperado de <http://www.sea.gob.cl/documentacion>

Silva Cimma, E., 1995. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. El servicio público. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, 2006. *Memoria de la Descentralización 2000-2006*, Santiago: Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

Toledo, X. & Zapater, E. (s.f.). *Geografía de Chile*. Santiago: Editorial Universitaria.