"ERA CALLEJERO POR DERECHO PROPIO …" (COMENTARIO DEL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Nº 20.435-2019)

CRISTIAN ROMÁN CORDERO
ABOGADO, UNIVERSIDAD DE CHILE
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO, UNIVERSIDAD DE CHILE

I INTRODUCCIÓN

"Era callejero por derecho propio (...) aunque fue de todos, nunca tuvo dueño (...) y era el personaje de la puerta abierta en cualquier hogar y era en nuestro barrio como del paisaje, el sereno, el cura y todos los demás". Esta es parte de la letra de una conocida canción del cantautor Alberto Cortez[1], homenaje a esos miles de perros callejeros[2], tan típicos de nuestro país.

Pues bien, el dictamen de la Contraloría General de la República Nº20.435-2019 (de 02/08/2019) trata precisamente sobre ellos –así como sobre los gatos en esa misma situación–[3], y en específico sobre el artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales[4], que prohibió alimentarlos, proveerles agua o cobijarlos en casuchas situadas en la vía pública, espacios públicos o espacios comunes de una copropiedad inmobiliaria.

Este dictamen declaró su ilegalidad y ordenó a dicha municipalidad su modificación.

1 Nos referimos a la canción Callejero [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=w-b9wUtAJ5es

2 Emplearemos la expresión callejero en un sentido genérico, no jurídico. En otras palabras, no en el sentido que le atribuye el artículo 2º de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, que define al perro callejero como "aquel cuyo dueño no hace una tenencia responsable y es mantenido en el espacio público durante todo el día o gran parte de él sin control directo".

3 En el plano estrictamente jurídico, nos parece que el dictamen en comento se refiere a los animales comunitarios. El artículo 2º de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, define al perro comunitario como aquel "que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos".

4 Decreto Alcaldicio Nº 165 (08.03.18) de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo.

Se trata de un muy interesante dictamen, pues nos revela un mecanismo idóneo para la protección de los animales frente a las actuaciones ilegales de órganos de la Administración así como también un interesante parámetro de control al efecto. De ahí que estimemos imprescindible en esta oportunidad comentarlo[5].

Nuestra exposición se conformará al siguiente plan: en primer lugar, daremos somera cuenta del dictamen; en segundo, lo comentaremos; y en tercero, apuntaremos nuestras conclusiones.

II EL DICTAMEN

El dictamen en comento fue expedido por la Contraloría General de la República, en atención a la solicitud de pronunciamiento efectuada por un particular sobre la legalidad del artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales, cuyo tenor era el siguiente:

> Artículo 20.- Se prohibe la alimentación, provisión de agua e instalación de casuchas para animales en la vía pública, espacios públicos, así como en espacios comunes de los inmuebles sujetos a la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria.
>
> Cualquier elemento que sea susceptible de usar para alimentar, dar de beber o cobijar a un animal que se encuentre, en la vía pública frente a un domicilio, se entenderá como dispuesto en la vía por el dueño, habitante o responsable del domicilio en cuestión, debiendo este asumir la responsabilidad de la infracción al párrafo anterior.
>
> La municipalidad y cualquieras otras autoridades competentes, retirarán los elementos antes señalados de la vía y espacios públicos y sancionarán a las personas que sean sorprendidas transgrediendo esta disposición.

La Contraloría General de la República declaró la ilegalidad de este artículo, pues prohibía una conducta permitida por la ley expresamente, como lo es otorgar cuidados básicos a perros y gatos callejeros. Al efecto tuvo presente:

5 Este dictamen fue ampliamente divulgado por los medios de prensa, por ejemplo: RADIO COOPERATIVA (08.08.19) *Contraloría responde a ordenanza de municipio: vecinos si pueden cuidar a animales callejeros* [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/medioambiente/animales/contraloria-responde-a-ordenanza-de-municipio-vecinos-si-pueden-cuidar/2019-08-08/202632.html ; TV 13. (09.08.19) Contraloría habló: Municipios no pueden prohibir que vecinos alimenten perros callejeros [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: https://www.t13.cl/noticia/nacional/contraloria-hablo-municipios-no-pueden-prohibir-que-vecinos-alimenten-a-perros-callejeros ;CNN CHILE. Contraloría autoriza a vecinos alimentar a animales callejeros: Municipios no pueden prohibirlo [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/contraloria-autoriza-alimentar-aninmales-callejeros_20190809/

i) Conforme a las reglas generales, las ordenanzas municipales deben conformarse a lo previsto por la ley y el reglamento; lo cual, a mayor abundamiento, está establecido en forma expresa en el artículo 7º de la Ley Nº 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía[6]. Por tanto, la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales debe conformarse a dicha ley y a su reglamento[7].

ii) La conducta prohibida por la ordenanza municipal en cuestión respecto de los perros y gatos callejeros, no sólo no está proscrita por la ley, sino que validada por ésta. En efecto, en lo medular, sostuvo que "el legislador reguló expresamente en la ley N° 21.020 la situación de los animales que se encuentren abandonados o perdidos y, en particular, la de los perros y gatos, permitiéndose respecto de los primeros, que aun careciendo de dueño puedan ser alimentados y cuidados por la comunidad, sin establecer como prohibida la anotada conducta por parte de los vecinos; y respecto de los segundos, la posibilidad de monitorearlos por la entidad edilicia, sin que se impida la provisión de cuidados por parte de la población".

iii) A mayor abundamiento, conforme a la Ley Nº 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, el abandono de animales es una conducta prohibida que "será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal"[8] y, conforme a la Ley N° 20.380, sobre Protección de Animales, sus normas están destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, "con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios"[9].

iv) Y, asimismo, conforme a "una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones citadas es posible sostener que el ordenamiento jurídico reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario".

6 Artículo 7º, inciso 1, de la Ley Nº 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Este precepto legal dispone: "Las municipalidades deberán dictar una ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal, la que deberá ajustarse a la normativa legal que regula la materia y al reglamento mencionado en el artículo 4°, estableciendo como contenidos mínimos los determinados en el artículo 5° de esta ley".

7 Decreto Nº 1.001 de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18), Reglamento de la Ley Nº 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

8 Artículo 12 de la Ley Nº 21.020 (02.08.17), Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

9 Artículo 1º de la Ley N° 20.380 (03.10.09), Sobre Protección de Animales.

III COMENTARIO

El dictamen en comento es muy interesante en cuanto a: (1) El criterio de control empleado; y (2) El modo de acceso a dicho control.

1. EL CRITERIO DE CONTROL EMPLEADO.

El criterio de control empleado por el dictamen en comento no es otro que el principio de legalidad/juridicidad[10]. En efecto, éste planteó que el artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia de Animales infringió dicho principio al prohibir una actuación permitida por la ley expresamente, como lo es el proveer cuidados básicos a perros y gatos callejeros.

Al efecto cabe recordar que, conforme a lo previsto en la Ley Nº18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, las ordenanzas municipales son resoluciones municipales que importan "normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad"[11]. De ello se sigue que éstas se sitúan jerárquicamente bajo la Constitución, las leyes y los reglamentos; y, en consecuencia, deben conformarse a éstos.

De esta forma, en una primera aproximación, es posible sostener que las ordenanzas municipales sólo pueden regular las materias que la ley expresamente les señala (en cuyo caso las ejecuta)[12], o bien otras distintas de aquéllas siempre que estén comprendidas dentro de las funciones y atribuciones que la Ley Nº18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, otorga a éstas[13]. Así es posible distinguir entre las ordenanzas municipales de ejecución, que concretan el mandato general y abstracto de una ley en el ámbito local, y las autónomas, que sin ser de aquéllas introducen

10 Artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República y 2º de la Ley Nº 18.575 (05.12.1986), Sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

11 Artículo 12, inciso 2º, de la Ley Nº 18.695 (31.03.98), Orgánica Constitucional de Municipalidades.

12 Por ejemplo: la ordenanza de participación de la ciudadanía local (artículo 93 de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza de plano regulador comunal (artículo 24, letra a), de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza ambiental (artículo 25, letra f), de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza sobre horarios de funcionamiento de los locales de expendio de alcohol (artículo 65, letra o), de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades), la ordenanza sobre cierre o medidas de control de calles o pasajes (artículo 65, letra q), de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades), y la ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal (artículo 7º de la Ley Nº 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía).

13 Artículo 3º, 4º y 5º de la Ley Nº 18.695 (31.03.98), Orgánica Constitucional de Municipalidades.

innovaciones al Ordenamiento Jurídico (igualmente en el ámbito local)[14].

En este sentido el Tribunal Constitucional ha observado que las ordenanzas municipales tienen un rol prioritario en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, en tanto ellas son manifestación de una potestad reglamentaria municipal que se asemeja a la potestad reglamentaria del Presidente de la República (aunque subordinada a ésta[15]), y concretan (especialmente si son de ejecución) el mandato general y abstracto de una ley en el plano local (en tanto que el reglamento hace lo propio en el plano nacional)[16]. Así, esta Magistratura ha afirmado que "la potestad normativa del municipio está subordinada, por una parte, a la Constitución y a la ley. Ello significa que está sujeta a dichas normas y no puede contradecirlas o invadir su ámbito propio de regulación. Por la otra, está subordinada a las normas que dicte el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria"[17], y que "En todo caso, las ordenanzas no

14 Tribunal Constitucional. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Energía Limarí S.A. respecto de los artículos 5 c) y 12 del DFL Nº 1/2006 del Ministerio del Interior, 15, 124 y 221 del DFL Nº 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, en los autos Rol Nº 5678-2008 sobre recurso de casación en el fondo interpuesto ante la Corte Suprema. (30.03.10) Rol Nº 1.669-10, considerando 47º.

15 Tribunal Constitucional, Control de Constitucionalidad del proyecto de ley que sanciona el transporte de desechos hacia vertederos clandestinos, correspondiente al boletín N° 7908-15, (15.09.15) Rol Nº 2.899-15, considerando 11º.

16 Es así como la sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1.669 sostuvo "Que, tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional. Por la otra, porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde). Ellos deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. Llevar la legislación a sus consecuencias prácticas, no puede prescindir de la realidad local". Op. cit. Tribunal Constitucional, Rol Nº 1.669, considerando 56º. En tanto que su sentencia Rol Nº 3.063 planteó que la potestad de las municipalidades conforme a la cual pueden dictar ordenanzas municipales "se asemeja a la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la Republica, que establece el artículo 32, N° 6°, de la Constitución Política, en tanto importa el poder de desarrollar los mandatos legales, por medio de una regulación pormenorizada, para así conseguir su concreción". Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Gladys Vásquez Vásquez respecto de los artículos 5, letra d), 12 y 63, letra i), de la ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos sobre recurso de apelación de protección, caratulados "Gladys Lucia Vasquez Vasquez contra Municipalidad de Arica", de que conoce la Corte Suprema, Rol N° 33270-2016 (06.06.16) Rol Nº 3.093-16, considerando 5º.

17 Op. cit. Tribunal Constitucional, Rol Nº 1.669-10, considerando 47º.

pueden contradecir los reglamentos del Presidente de la República"[18].

De lo anterior se sigue, entre otras consecuencias, que las ordenanzas municipales no pueden prohibir actividades permitidas expresamente por la ley. Así, por ejemplo, conforme a este criterio, tiempo atrás la Contraloría General de la República declaró la ilegalidad de una ordenanza municipal que prohibió el rodeo, pues "no procede que mediante una ordenanza municipal se prohíba el ejercicio de una actividad deportiva reconocida por el ordenamiento jurídico, como acontece con el rodeo, ya que ello significaría una discriminación arbitraria y una contravención al principio de juridicidad"[19], y de las ordenanzas municipales que prohibieron el uso de bolsas de plástico[20], pues "no es posible que a través de una ordenanza se afecte, mediante una prohibición, el derecho a desarrollar una actividad económica, que asegura el Artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política"[21].

En correspondencia con esto, el dictamen en comento planteó que el artículo 20 de la Ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales (ordenanza de ejecución) contravenía el principio de legalidad/juridicidad, pues prohibía una actividad permitida por la ley expresamente, como lo es proveer cuidados básicos a perros y gatos callejeros.

Con todo, cabe destacar que el dictamen en comento entendió que dicha contravención se verificaba de tres formas en la especie:

Como contravención de ley directa (y su reglamento). Esto es, la ley que la ordenanza en cuestión ejecuta en el plano local, esto es, la Ley N°21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, y su reglamento[22];

18 Op. cit. Tribunal Constitucional Rol N° 2.899-15, considerando 11°. Esto también lo ha destacado la Contraloría General de la República. Así ha reprochado el hecho que una ordenanza municipal "contraviene el mencionado precepto reglamentario". Contraloría General de la República (28.02.13) N° 13.554-2013.

19 Dictamen de la Contraloría General de la República (19.04.18), N° 10.191-2018.

20 Con anterioridad a la Ley N° 21.100 (03.08.18), Prohíbe la Entrega de Bolsas de Plástico de Comercio en Todo el Territorio Nacional.

21 Dictamen de la Contraloría General de la República (10.11.14), N° 86.870-2014. Asimismo, en otro dictamen sostuvo que "el ejercicio de tal potestad debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico vigente, lo cual implica que por su intermedio no pueden establecerse mayores requisitos o restricciones al desarrollo de las actividades económicas que aquellos que hubieren sido impuestos por la ley o por las normas dictadas por los órganos competentes, pues lo contrario significaría actuar en contravención a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran el principio de juridicidad". Contraloría General de la República (30.01.14), N° 7.368-2014.

22 Decreto N° 1.001 de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18) Reglamento de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

Como contravención de leyes indirectas. Esto es, leyes distintas a la ley directa –que ejecuta-, y que el dictamen en comento identificó con aquella que sanciona el abandono de animales como maltrato y crueldad animal (artículo 291 bis del Código Penal), y con aquella que exige darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios (artículo 1ºde la Ley Nº20.380, sobre Protección de Animales); y

Como contravención del Ordenamiento Jurídico. En efecto, el dictamen en comento, aparte de las contravenciones ya referidas, agrega la contravención del Ordenamiento Jurídico, el cual, de acuerdo a una interpretación sistemática y finalista, "reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario".

Esta última forma de concebir la contravención del principio de legalidad/juridicidad, es, en cierto modo, inusual en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. En efecto, ésta acostumbra a fundarla en precisos preceptos legales (ley directa o indirecta), mas en esta oportunidad lo hace, además, en relación al Ordenamiento Jurídico, en tanto éste "reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario", lo que bien podríamos calificar como el espíritu general de la Legislación (o bien como un principio general de Derecho) en lo relativo a los animales.

Así, conforme se aprecia, la Contraloría General de la República establece un nuevo parámetro de control para determinar si la actuación de un órgano de la Administración referida a los animales, se ajusta o no a Derecho: el espíritu general de la Legislación que exige que aquellos no sean desprotegidos y no se les ocasione ninguna clase de sufrimiento innecesario.

2. EL MODO DE ACCESO A DICHO CONTROL.

El modo a través del cual se ha accedido al control del referido artículo de esta ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo por parte de la Contraloría General de la República, ha sido una solicitud de pronunciamiento sobre su legalidad que le dirigió un particular.

Corresponde, por tanto, que a continuación abordemos las características y ventajas de este procedimiento –muy especialmente en relación a la protección de los animales- y cómo operó en este caso y como podría hacerlo en otros en lo sucesivo.

De acuerdo a este procedimiento, cualquier particular puede solicitar a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre la legalidad de una actuación específica de un órgano de la Administración[23] (siempre que la materia sobre la que trate sea de aquellas sobre las cuales puede informar y no importe un asunto

23 Dictamen de la Contraloría General de la República (27.03.15), Nº 24.143-2015.

litigioso -y lo es tal en la medida que ya haya sido judicializado-[24]). En atención a dicha solicitud, y previo informe del respectivo órgano de la Administración, aquélla expedirá un dictamen que determinará si tal actuación se ajusta o no a Derecho. Así, en la práctica, opera como un cuasi contencioso administrativo, en tanto que el respectivo dictamen como una cuasi sentencia, toda vez que este último será vinculante para el respectivo órgano de la Administración (aunque también, en tanto importa jurisprudencia administrativa, para todos los órganos de la Administración)[25].

Este procedimiento presenta grandes ventajas para el solicitante en comparación a la vía jurisdiccional; lo que se constata muy especialmente en estos tres aspectos[26]: i) Legitimación activa. Mientras la vía jurisdiccional precisa que quien ejerza la acción haya sido lesionado en sus derechos o intereses legítimos[27], sin perjuicio de exigencias específicas de determinadas acciones; la solicitud de pronunciamiento a la Contraloría General de la República sólo precisa que el solicitante "tenga derechos o intereses específicos, individuales o colectivos"[28] en el respectivo asunto[29]; ii) Efectos. Mientras la vía jurisdiccional concluye en sentencias judiciales que "no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"[30]; los dictámenes de la Contraloría General de la República, en tanto conforman su jurisprudencia administrativa, producen efectos generales, toda vez que vinculan no sólo al respectivo órgano de la Administración, sino que a todos los órganos de la Administración; y iii) Precedente. Mientras la vía jurisdiccional, a través de las respectivas sentencias, no sienta un precedente (razón por la cual nada obsta para que el criterio aplicado por un tribunal en un caso, sea distinto en otro, por muy

24 Artículo 6º de la Ley Nº 10.336 (10.07.64), Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

25 Un análisis sistemático sobre esta práctica puede encontrarse en: DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. ***Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?***. Santiago, Chile. Ediciones DER. 2019.

26 Las diferencias entre el control judicial y el efectuado por la Contraloría General de la República, a través de dictámenes, las hemos tratado latamente en: ROMÁN, Cristian. Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. ***En Sentencias Destacadas 2017***. Santiago, chile. Libertad y Desarrollo. p. 409-415.

27 Artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República.

28 Dictamen de la Contraloría General de la República (27.03.15), Nº 24.143-2015.

29 Por tanto, no precisa que la desprotección de los animales deba subsumirse en la lesión de derechos e intereses legítimos de una persona para que sea procedente, como es la exigencia general en la vía jurisdiccional.

30 Artículo 3º, inciso 2º, del Código Civil.

parecido o idéntico que sea de aquél[31]); los dictámenes de la Contraloría General de la República, en tanto conforman su jurisprudencia administrativa, sí sientan un precedente y, en consecuencia, los dictámenes que con posterioridad expida no podrán desatenderlo. Y si bien nada obsta para que dicho Ente de Control pueda cambiar su criterio, esto es muy excepcional, y cuando así acontezca, precisará que el dictamen que introduzca el nuevo criterio –dejando sin vigencia el anterior- lo reconozca expresamente y cuente con una motivación reforzada[32].

Dicho lo anterior, cabe esbozar en términos generales el control al que están sometidas las ordenanzas municipales. Este control puede ser: a priori, esto es, en el marco de su proceso de formación, y *a posteriori*, esto es, una vez que ha entrado en vigor[33]. El control *a priori* opera a través del concejo y la unidad de control municipal. Cabe destacar que las ordenanzas municipales, tal como la generalidad de las resoluciones municipales –salvo el reglamento que fija la planta de personal[34]-, están exentas por ley del trámite de la toma de razón[35]. Así el control que, en esta fase, puede corresponder a la Contraloría General de la República es excepcionalísimo y tiene lugar cuando el alcalde, como máxima autoridad de la municipalidad[36], o uno o más concejales, en el marco del procedimiento de creación de una ordenanza municipal, le requieren pronunciamiento sobre la legalidad del proyecto de ordenanza

31 Lo cual ocurre muy especialmente en materias de Derecho Administrativo. Al respecto véase: VERGARA, Alejandro. El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. ***Revista de Derecho Administrativo Económico.*** Santiago, Chile. 2019.18.

32 Esto lo tratamos al analizar un reciente dictamen a través del cual se cambia un criterio de la jurisprudencia administrativa sostenida por 40 años: ROMÁN, Cristian. Un grave e inaceptable atentado al ejercicio de la profesión de abogado. Comentario sobre el dictamen Nº12.120-2019 de la Contraloría General de la República. ***Revista de Derecho Público.*** Santiago, Chile. 2019. 91: 59-74.

33 A esto nos hemos referido latamente en: ROMÁN, Cristian. El control de legalidad de las ordenanzas municipales: criterios y propuestas. ***Revista de Derecho Aplicado LLM UC.*** Santiago, Chile. 2019. 3:11-15.

34 Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 49 bis, incisos 1º y 2º.

35 Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 53.

36 Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 56.

municipal[37]. Esta práctica puede incluso ser formalizada a través de convenios de colaboración inter-orgánica entre municipalidades y este Ente de Control. El control *a posteriori* opera a través de acciones judiciales (por ejemplo, el recurso de protección, el reclamo de ilegalidad municipal, la nulidad de derecho público, etcétera) o a través de la solicitud de pronunciamiento sobre su legalidad a la Contraloría General de la República, a instancia de un particular. Esta última constituye la forma de control de las ordenanzas municipales más empleada en la práctica, lo cual puede explicarse por las sustanciales ventajas que presenta en comparación a la vía jurisdiccional, conforme se ha indicado.

Precisamente de esta forma, ha operado en el caso que da origen al dictamen en comento. En efecto, un particular ha requerido a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre la legalidad del referido artículo de la Ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Mascotas; frente a esa solicitud, aquélla requirió informe a esta última; y finalmente dictaminó en los términos referidos (muy favorables a la protección de los animales, conforme se ha observado). Y como dicho dictamen importa jurisprudencia administrativa, es vinculante para dicha municipalidad, razón por la que "deberá modificarlo" e informar al respecto, así como también para todos los órganos de la Administración, muy especialmente para las municipalidades[38].

Interesante es constatar que el parámetro de control relevado por la Contraloría General de la República en el dictamen en comento, esto es, que la actuación de los órganos de la Administración que contravienen el espíritu general de la Legislación en cuanto a los animales, vale decir, que les genere desprotección o les ocasione sufrimientos innecesarios, no se ajusta a Derecho, hoy conforma jurisprudencia administrativa (su precedente), razón por la cual deberá observarlo en lo sucesivo. De ello se sigue que todo aquél que advierta que un órgano de la Administración con su actuar contraviene dicho espíritu general de la Legislación, podrá solicitarle pronunciamiento al respecto, y aquélla, una vez constatado esto, previsiblemente declarará que tal actuar no se ajusta a Derecho y, consecuentemente, ordenará su modificación.

37 Op. cit. Ley Nº 10.336, Artículos 6º y 9º. Véase también Op. cit. Contraloría General de la República Nº 24.143 2015. Esta forma de proceder se advierte, por ejemplo, en los dictámenes de la Contraloría General de la República Nºs 2.886-2010 y 16.506-2018. Este último fue expedido en razón de la solicitud de pronunciamiento sobre la legalidad del "proyecto de ordenanza municipal que regula la participación ciudadana" de la Ilustre Municipalidad de Providencia, presentada por el concejal señor Manuel José Monckeberg Balmaceda. Contraloría General de la República (29.06.18), Nº16.506-2018. A su vez, la Contraloría General de la República ve con beneplácito este proceder, y en efecto cuando se le ha solicitado, ésta ha señalado que "si bien el documento aludido no está afecto a trámite ante este Organismo de Control, se ha estimado pertinente, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 1° y 6°, entre otros, de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y 52 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, efectuar algunas consideraciones en relación con el contenido de aquél". Contraloría General de la República (18.01.10), Nº 2.886-2010.

38 Op. cit. Ley Nº 10.336, Artículo 9º.

IV CONCLUSIONES.

A la luz de todo lo anteriormente señalado, podemos concluir:

1. El resultado que se alcanzó con la confluencia del criterio de control empleado y el modo de acceso a dicho control, ha sido particularmente beneficioso para la protección de los animales frente a las actuaciones ilegales de los órganos de la Administración.
2. En cuanto al criterio de control, pues evidenció un parámetro que, a propósito del principio de legalidad/juridicidad, entiende que su contravención no está referida sólo a preceptos legales determinados sino también al Ordenamiento Jurídico en su conjunto, esto es, el espíritu general de la Legislación conforme al cual éste "reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario".
3. En cuanto al modo de acceso a dicho control, pues evidenció un mecanismo para acceder al control de la Contraloría General de la República, la solicitud de pronunciamiento, procedimiento que representa importantes ventajas en comparación a la vía jurisdiccional y más aún en el contexto de la protección de los animales, como, por ejemplo, una amplia legitimación activa, los efectos generales de los dictámenes y el precedente que, en tanto jurisprudencia administrativa, sientan éstos.
4. De esta forma, en lo sucesivo, todo aquél que advierta que un órgano de la Administración con su actuar contraviene el espíritu general de la Legislación en cuanto a los animales, esto es, que les genere desprotección o les ocasione sufrimientos innecesarios, podrá solicitar a la Contraloría General de la República pronunciamiento al respecto, la cual, una vez constatado esto, previsiblemente declarará que tal actuar no se ajusta a Derecho y, consecuentemente, ordenará su modificación.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- CHIBLE VILLADANGOS, María José. *La idoneidad de las ordenanzas municipales para satisfacer las necesidades públicas y las exigencias ciudadanas.* Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2014.
- BAEZA FERNÁNDEZ, Rodrigo. *Manual Jurídico Municipal.* Santiago: Corporación de Promoción Universitaria. 2004.
- DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. Santiago, Chile. Ediciones DER. 2019.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José. *Derecho Municipal Chileno.* Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.2003.
- HUIDOBRO SALAS, Ramón. *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho y Administración Comunal.* Santiago. Chile. Editorial Legal Publishing. 2010.
- ROMÁN, Cristian. Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. *En Sentencias Destacadas 2017*. Santiago, chile. Libertad y Desarrollo. p. 409-415.
- ROMÁN, Cristian. Un grave e inaceptable atentado al ejercicio de la profesión de abogado. Comentario sobre el dictamen Nº12.120-2019 de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público.* Santiago, Chile. 2019. 91: 59-74.
- ROMÁN, Cristian. El control de legalidad de las ordenanzas municipales: criterios y propuestas. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*. Santiago, Chile. 2019. 3:11-15.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. El "decálogo" de las ordenanzas municipales. *Revista Jurídica Municipal. Asociación de Municipalidades de Chile*. Santiago, Chile. 2019. 3:5-6.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. Ordenanzas municipales: límites y control. En: ASOCIACION CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Teoría Política y Constitucional. Libro en Homenaje al profesor Ismael Bustos.* Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2017. p. 183-201.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. Ordenanzas municipales y tenencia responsable de mascotas. *Revista de Derecho y Humanidades.* Santiago, Chile. 2016. 27:13-36.
- VERGARA, Alejandro. El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico.* Santiago, Chile. 2019.18.

Santiago, Chile. 2019.18.

Anexo: Texto íntegro del dictamen de la Contraloría General de la República N°20.435-2019.

N° 20.435 Fecha: 02-VIII-2019

La II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago ha remitido la presentación del señor Federico Wünsch Navarrete, mediante la cual solicita un pronunciamiento respecto de la legalidad del artículo 20 de la "Ordenanza Municipal sobre Tenencia Responsable de Animales en la comuna de San José de Maipo", la cual prohíbe la alimentación, provisión de aguas e instalación de casuchas para animales en la vía pública, lo que, a su entender, significaría un maltrato animal y contravendría lo establecido en el artículo 7° de la ley N° 21.020, "Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía".

Requerida al efecto, la Municipalidad de San José de Maipo informó, en síntesis, que la adecuación de la ordenanza en comento se hizo respetando las leyes N°s. 18.695 y 21.020. Hace presente, que la disposición a que se refiere el recurrente no constituye un método de sacrificio animal, sino que un sistema para desincentivar la reproducción indiscriminada de animales.

Sobre el particular, cabe anotar que de acuerdo con el artículo 12 de la referida ley N° 18.695, los municipios cuentan con la facultad para dictar ordenanzas que fijen normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, en el ámbito local y respecto de materias que se encuentran en la esfera de sus atribuciones.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 7° de la citada ley N° 21.020 "Las municipalidades deberán dictar una ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal, la que deberá ajustarse a la normativa legal que regula la materia y al reglamento mencionado en el artículo 4°, estableciendo como contenidos mínimos los determinados en el artículo 5° de esta ley".

A su turno, el artículo 5° del texto legal en estudio dispone los contenidos mínimos que deberá contener el reglamento dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, suscrito además por el Ministro de Salud, indicando, en sus numerales 2 y 5, que aquel debe comprender "condiciones para el desarrollo de programas para prevenir el abandono de animales e incentivar la reubicación y cuidado responsable de éstos" y "sistemas para desincentivar la crianza y reproducción indiscriminada de animales".

Enseguida, es del caso señalar que el artículo 2° de la ley en estudio definió para efectos de esa ley, en sus numerales 2 y 5, "animal abandonado", como "toda mascota o animal de compañía que se encuentre sin la vigilancia de la persona responsable

de él o que deambule suelto por la vía pública"; y, "animal perdido", como "animal de compañía o mascota que se encuentra extraviado, que puede o no contar con elementos de identificación".

Por su parte, tratándose de especies caninas, definió en sus numerales 3 y 4, "Perro callejero" como "aquel cuyo dueño no hace una tenencia responsable y es mantenido en el espacio público durante todo el día o gran parte de él sin control directo"; y, "Perro comunitario", como aquel "perro que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos".

A su vez, respecto de las especies felinas, el artículo 1°, letra d), del decreto N° 1.007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, "Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos", define "Colonias de gatos" como "Grupo de animales de la especie felina sin tenedor responsable directo, que cohabitan en un territorio que puede tener una extensión variable. Dentro de un plan de manejo poblacional, a una colonia se le puede asociar a una dirección o ubicación, y efectuar el control mediante el método TNR y sus variaciones, y hacer seguimiento en el tiempo por parte de la autoridad local".

Como es posible advertir de la normativa citada, el legislador reguló expresamente en la ley N° 21.020 la situación de los animales que se encuentren abandonados o perdidos y, en particular, la de los perros y gatos, permitiéndose respecto de los primeros, que aun careciendo de dueño puedan ser alimentados y cuidados por la comunidad, sin establecer como prohibida la anotada conducta por parte de los vecinos; y respecto de los segundos, la posibilidad de monitorearlos por la entidad edilicia, sin que se impida la provisión de cuidados por parte de la población.

En este contexto, es menester recordar que el artículo 12 de la mencionada ley N° 21.020 prohíbe el abandono de animales, estableciendo en su inciso primero que este "será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal".

De lo anterior se sigue que el legislador no solo ha permitido que los vecinos puedan cuidar a los animales abandonados o perdidos, sin que por ello se establezca una sanción, sino que además ha prohibido y penalizado su abandono.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, cabe hacer presente que la ley N° 20.380, "sobre protección de animales", establece en su artículo 1°, que sus normas están destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza "con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios".

Luego, de una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones citadas es posible sostener que el ordenamiento jurídico reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario.

Puntualizado lo anterior es menester indicar que, en la especie, la "Ordenanza Municipal sobre Tenencia Responsable de Animales en la comuna de San José de Maipo" dispone en su artículo 20, inciso primero, que "Se prohíbe la alimentación, provisión de agua e instalación de casuchas para animales en la vía pública, espacios públicos, así como en espacios comunes de los inmuebles sujetos a la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria".

Agrega en su inciso segundo, que "Cualquier elemento que sea susceptible de usar para alimentar, dar de beber o cobijar a un animal que se encuentre, en la vía pública frente a un domicilio, se entenderá como dispuesto en la vía por el dueño, habitante o responsable del domicilio en cuestión, debiendo este asumir la responsabilidad de la infracción al párrafo anterior.

Finalmente, el inciso tercero prevé que "La municipalidad y cualquieras otras autoridades competentes, retirarán los elementos antes señalados de la vía y espacios públicos y sancionarán a las personas que sean sorprendidas transgrediendo esta disposición".

Por consiguiente, dado que el texto normativo comunal sanciona una conducta permitida por el legislador, al evitar otorgar cuidados básicos a los animales que se encuentren en las condiciones que indica, es del caso concluir que el citado artículo 20 no se ajusta a derecho, por lo que la Municipalidad de San José de Maipo deberá modificarlo, dando cuenta de ello a la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago dentro del plazo de 60 días hábiles contado desde la recepción del presente dictamen.

Saluda atentamente a Ud.
Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República