

**Santiago, veintiuno de junio de dos mil diecinueve.**

**Vistos:**

Comparece Santiago Albornoz Pollman, Abogado a nombre y en representación de José Tomás Jocelyn Holt Letelier, egresado de derecho, domiciliado para estos efectos en Avenida Cristóbal Colón 6860, departamento 21, comuna de Las Condes, Santiago y presenta recurso de protección en contra del Decreto Alcaldicio 7205, de la Ilustre Municipalidad de Las Condes, domiciliada en Avenida Apoquindo 3400, Las Condes, Santiago, representada por su Alcalde Joaquín Lavín Infante que aprobó la Ordenanza que determina áreas o zonas libres de humo en parques y plazas de la comuna de las Condes, publicado en la página web el 19 de octubre de 2018.

Expone que la Ordenanza contiene siete artículos, que se aplica a todos los parques y plazas de la comuna de Las Condes y, en lo medular establece dos prohibiciones, en primer lugar, prohíbe fumar en parques y plazas de la comuna de Las Condes y, en segundo lugar, prohíbe fumar cigarrillos electrónicos o vaporizados, agregando que en los parques y plazas con una superficie predial superior a 10.000 m<sup>2</sup> el Departamento de Parques y Jardines puede determinar zonas exclusivas para fumadores, debidamente señalizadas y que los inspectores municipales deben fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ordenanza, denunciando las infracciones al Juzgado de Policía Local competente y, que los hechos denunciados pueden ser acreditados a través de los medios de prueba establecidos en la ley o por medio de cualquier mecanismo moderno que haga constar dichos hechos de manera confiable, apreciando la prueba y los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, sancionándose la infracción a la Ordenanza con multa de hasta 5 UTM.

Refiere que la Ordenanza tiene fundamentos de dos tipos, unos, que dicen relación con su finalidad, bien común, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que las áreas verdes son un espacio de reunión, esparcimiento, recreación y actividades deportivas, que requieren un lugar libre de contaminación, y que compartir dicho espacio público con fumadores, genera mayores riesgos a embarazadas, menores y lactantes, buscando desincentivar el consumo precoz del tabaco.

En segundo lugar, se funda en normas, a saber, diversos preceptos de la Constitución (artículos 1, 5, 19 N°8, 9, 118) y diversos preceptos de la Ley Orgánica de Municipalidades (artículos 1, 3 letra f), 5 letra c), 12, 25, 65 letra l) y 79 letra b)).

Luego de precisar que protege sus derechos constitucionales, y que lo que estaría en juego sería que la definición de las prohibiciones las haga el legislador,



XWXXVSTXD

que no se restrinja la libertad más allá de lo que la ley permite y que no se genere un precedente para establecer otras prohibiciones en otras áreas, pero en los mismos lugares, se refiere a la ilegalidad del acto.

Expresa que las Ordenanzas son unas resoluciones que pueden adoptar las municipalidades, que son normas generales y obligatorias, son normas aplicables a la comunidad y requieren el acuerdo del Consejo Municipal, encontrándose exentas del trámite de toma de razón. Están subordinadas a las normas superiores del ordenamiento jurídico, sin poder pasar a llevar ni la Constitución, ni la ley, ni los Decretos Supremos.

Explica que en Chile la actividad del tabaco se encuentra regulada por ley, en el DL 828/1974 que establece normas para el cultivo elaboración y comercialización e impuestos que afectan el tabaco, la Ley 19.419 que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco.

Hace presente que la primera normativa permite la fabricación, importación y comercialización del tabaco, resaltando que la actividad paga impuestos.

Añade que la Ley 19419 establece una serie de prohibiciones sobre la publicidad del tabaco y también la prohibición de fumar en ciertos lugares señalados por la ley.

En ese contexto, como primera ilegalidad señala que en ninguno de los lugares listados donde está prohibido fumar están los parques y plazas, resaltando que la ley distingue lugares de prohibición absoluta y otros de prohibición relativa, y en los primeros permite fumar en los patios o espacios al aire libre.

Sostiene que la Ordenanza va más allá de la ley, pues invade la reserva de la ley (la de producir y consumir tabaco) y que la razón de la regulación por ley radica en que la prohibición de fumar es una restricción, un mandato de no hacer y esos mandatos debe establecerlos el legislador o estar la administración específicamente autorizada para ello, lo que no ocurre en el caso de autos, creando la Ordenanza nuevos lugares donde está prohibido fumar invadiendo la reserva legal , yendo en contra de la lógica de la ley, que es que en los espacios al aire libre no hay prohibición de fumar .

En segundo lugar, precisa que es la ley la que debe mandar prohibir o permitir y termina señalando que en otros marcos regulatorios semejantes, como son las bebidas alcohólicas, es el legislador quien establece la prohibición.

Como segunda ilegalidad explica, que la Ordenanza desnaturaliza la condición de bienes nacionales de uso público que tienen los parques y plazas, pues su uso pertenece a todos los habitantes su uso es común, es decir corresponde en general a todos, es anónimo, temporal y no requiere título, sujetándose a los principios de libertad, igualdad y gratuidad, de modo que al



prohibir fumar en parques y plazas se rompe la lógica de este tipo de bienes, que es el libre acceso y ser el lugar de encuentro de personas con distintas ideas, opciones, personas que fuman y que no.

Manifiesta que el hecho que la Municipalidad administre estos bienes, no es título suficiente para establecer una prohibición de este tipo, no sólo porque es el legislador quien prohíbe, y cuando lo hace debe hacerlo restrictivamente, sino porque la administración de estos bienes significa que no hay sobre ellos propiedad implicando también la administración y cuidado de los mismos.

La tercera ilegalidad que denuncia dice relación con el de ser Chile un Estado unitario, reconociendo que si bien los municipios tienen una institucionalidad democrática no pueden establecer regulaciones que rompan la estructura diseñada por el legislador de un modo común y uniforme para todos el país y como la Ley 19.419 no prohíbe fumar en parques y plazas es lo que quiere para todo el país.

Como cuarta ilegalidad denuncia la prohibición de fumar cigarrillos electrónicos o vaporizadores, pues dicha prohibición tampoco está en la ley.

Por último denuncia la vulneración del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental en lo que se refiere a la prueba de las infracciones, pues el racional y justo procedimiento es una decisión del legislador y no de una Ordenanza Municipal.

Invoca como garantías vulneradas los numerales 1, 2, 4, 22 y 24 de la Constitución Política de la República, por constituir un apremio ilegítimo que una ordenanza pretenda impedir que las persona puedan materializar sus decisiones, más si el legislador no las ha prohibido, sino que por el contrario permitido, haciendo una diferenciación arbitraria entre los que usan parques y plazas y fuman y los que no fuman, discriminándolo en relación a otros vecinos, vulnerando su vida privada porque le impide manifestar un acto de recreación, descanso, relajó como puede ser el fumar que no es una acto de imposición a terceros. Agrega, que se le discrimina arbitrariamente porque se le impide consumir el bien en lugares determinados, que son los parques y plazas de la comuna y no en las calles a pesar de que tienen la misma condición, impidiéndole desplegar el acto de consumo.

En cuanto al derecho de propiedad, la Ordenanza impide que una persona que adquirió un bien (cigarrillo) y que pasó a ser dueño del mismo realice un acto de uso y goce.

Por la Municipalidad de Las Condes informó Héctor Patricio Navarrete Aris, abogado.



En cuanto a los hechos señaló que con fecha 11 de octubre de 2018 el Concejo Municipal de Las Condes, en sesión ordinaria N° 978 adoptó el acuerdo N 306/2018 mediante el cual se aprueba la Ordenanza Local que determina áreas o zonales libres de humo en parques y plazas de la comuna de Las Condes, dictándose el Decreto Alcaldicio Sección 1 N° 7205, de 18 de octubre de 2018, mediante el que se aprueba la Ordenanza que determina áreas o zonas libres de humo en parques y plazas de la comuna de Las Condes, publicada en la página web institucional el 19 de octubre de 2018.

Luego de detallar los fundamentos que se tuvieron en consideración al momento de aprobar la Ordenanza, afirma que se encuentra ajustada a la constitución y las leyes. Recuerda que la potestad normativa de las municipalidades se encuentra reconocida por el artículo 119 de la Carta Fundamental y que tal función normativa debe ser ejercida en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva, siendo ésta la Ley 18.695, debiendo las Ordenanzas ser dictadas por el Alcalde con acuerdo del Concejo Municipal, materia regulada por los artículos 5 letra d), 12, 53,65 letra l), 79letra b) y 82.

Explica que las ordenanzas municipales son normas generales obligatorias aplicables a la comunidad, dictadas por el Alcalde con el acuerdo del Concejo.

Enseguida precisa los elementos que de acuerdo a la jurisprudencia tipifican las ordenanzas, a saber, ser órdenes escritas, crean normas generales y obligatorias, van dirigidas a la comunidad, están sujetas a un procedimiento de dictación, tienen un ámbito territorial acotado y un ámbito de materias que pueden abordar. Afirma, que la Ordenanza Municipal de autos cumplió con cada uno de estos requisitos, pues fue dictada por el Alcalde con aprobación del Concejo Municipal de Las Condes, fue publicada en la página web institucional el 19 de octubre de 2018 conforme al artículo 12 de la LOCM, se trata de un cuerpo normativo de carácter general aplicable a la comunidad local, se establecen multas por los infractores, las que no sobrepasan las 5 UTM, que son competencia de los juzgados de policía local y por último sus disposiciones se relacionan con las funciones y atribuciones municipales señaladas en los artículos 3 y 4 de la LOCM, específicamente se relaciona con las funciones y atribuciones de la salud pública, artículo 4 letra b), la protección del medio ambiente, educación y cultura, y aseo y ornato, así como la atribución esencial del municipio de administrar los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna.

Resalta que la Ordenanza Municipal de autos es una norma de carácter general y obligatoria aplicable a la comunidad local que regula una materia que se encuentra bajo el imperio administrativo municipal y que es de preocupación



social, se aplica dentro del territorio de la comuna, los tribunales competentes para conocer y fallar son los Jueces de Policía Local y quienes la infrinjan pueden ser sancionados con una multa de hasta 5 UTM, los inspectores municipales son los encargados de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones señaladas en esta, debiendo denunciar las contravenciones al Juzgado de Policía Local correspondiente, ajustándose además a los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, de modo que la autoridad municipal actuó previa investidura regular, dentro del marco de su competencia y en la forma prescrita por la ley, ajustándose al ordenamiento jurídico vigente.

En cuanto a la supuesta infracción a la Ley 19.419 señala que de acuerdo al artículo 1 de la referida ley, su ámbito de aplicación dice relación con las actividades a que ella se refiere y que recaen sobre los productos de tabaco para el consumo humano. Precisa que la ley entre otros asuntos señala ciertos lugares en los que está prohibido fumar (artículos 10, 11 y 14), concluyendo de tales normas que: existen espacios cerrados y espacios al aire libre anexos a dichos lugares en los que está prohibido fumar, los espacios al aire libre son patios o lugares especiales para fumadores y que tratándose de dependencias de órganos del Estado o establecimientos de salud, se permite establecer un área claramente delimitada para fumadores procurando que el humo de tabaco no alcance las dependencias internas, agregando que el director del establecimiento o su administrador puede determinar que se prohíba fumar en lugares abiertos de los establecimientos que dirija o administre (artículo 11 inciso 2). Por último no se regula la situación de los bienes nacionales de uso público cuya administración corresponde a los municipios, conforme al artículo 36 de la LOCM.

En conclusión sostiene que si el legislador permite al administrador de un bien fiscal delimitar áreas para fumadores al aire libre o prohibir fumar en dichos espacios, con mayor razón puede un municipio en ejercicio de su atribución esencial de administrar los bienes nacionales de uso público, delimitar las áreas para fumadores en lugares abiertos o prohibir fumar en dichos espacios, siendo así coherente con la ley.

En cuanto a la supuesta desnaturalización de la condición de los bienes nacionales de uso público que tienen los parques y plazas de la comuna de Las Condes, asevera que ellos no es efectivo pues sus elementos esenciales, a saber, uso público, inapropiabilidad e inalienabilidad no son afectados, aclarando que la restricción establecida en la Ordenanza Municipal no es aplicable a todos los bienes nacionales de uso público de la comuna de Las Condes, ya que no comprende las aceras, e incluso permite fumar en lugares determinados de parques y plazas que tengan una superficie superior a 10.000 m<sup>2</sup>.



En lo que atañe a la infracción al artículo 3 de la Constitución Política que se denuncia en el recurso, explica que las Municipalidades tienen amplias potestades configurativas producto de su autonomía, lo que se expresa en que sus autoridades son electas por votación popular y directa, y los vecinos eligen representantes que dirijan los asuntos que interesan a la comunidad local, tienen instrumentos de constituir acción social, que les permiten no sólo ejecutar disposiciones sino también crearlas y con ello contribuir a crear las condiciones sociales que permitan la mayor realización material y espiritual posible de las personas.

Agrega que esos instrumentos están orientados al desarrollo comunal e implican una alta dosis de iniciativa, como el plan comunal de desarrollo y sus programas, el plan regulador comunal y el presupuesto municipal anual (artículo 6 Ley Orgánica de Municipalidades).

Añade que las funciones exclusivas del municipio no son solo de ejecución (aplicar disposiciones artículo 3 d) y e)) sino también de creación (artículos 3 letras a), b) y c)).

Así las municipalidades tienen potestad para auto determinarse conforme a la Constitución y las leyes en asuntos de claro interés local eligiendo entre diferentes opciones o estrategias, tienen una discrecionalidad no sólo aplicativa sino innovadora o de conformación de tareas que se le encomiendan. Menciona las potestades de administrar los bienes nacionales de uso público incluido el subsuelo existentes en la comuna y la de dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular.

Así desde el punto de vista de la legalidad del acto Administrativo, encontrándose la administración de los bienes nacionales de uso público bajo responsabilidad del Alcalde es jurídicamente admisible que éste dicte una Ordenanza que establezca limitaciones al uso de estos por particulares en la forma que se reguló, existiendo ordenanzas municipales que regulan materias tan diversas como ruidos molestos, comercio, sexual, vendedores ambulantes, ferias, mercados, carga y descarga de materiales, entre otras.

Descarta la supuesta infracción a la ley por prohibir la ordenanza fumar cigarrillos electrónicos o vaporizadores independiente del lugar en que se haga, pues al interpretar armónicamente el artículo 2 de la Ordenanza su ámbito de aplicación son todos los parques y plazas de la comuna de Las Condes, haciendo presente que el recurrente no indica ser consumidor de cigarrillos electrónicos o vaporizadores.

Enseguida, sostiene que la Ordenanza Municipal no vulnera el derecho al debido proceso, ya que no modifica la regla del juez natural, pues se encuentra



señalado en la ley con anterioridad a la perpetración del hecho, el procedimiento sigue siendo el establecido en la Ley 18.287 y no altera las normas relativas a los medios de prueba, por cuanto la ley señala que las partes podrán concurrir con todos sus medios de prueba pudiendo el juez apreciarlos conforme a las reglas de la sana crítica.

Afirma que la Ordenanza no es ilegal ni arbitraria, que en el caso de autos la motivación de la Ordenanza viene dada en su parte considerativa, de la que se extrae que busca velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y velar por la protección de la salud de las personas ocupándose por el bienestar de aquellas que usan los parques y plazas de la comuna de Las Condes, por lo que no existe una desviación del fin público, además de contar con la debida motivación que pretende solucionarse con la Ordenanza Municipal por lo que no puede entenderse que sea antojadiza o caprichosa.

La Ordenanza no constituye una acción arbitraria pues fue debidamente motivada y basada en antecedentes, entre otros emanados de la Organización Mundial de la Salud.

Agrega, que mediante el Decreto 143 de 22 de junio de 2005 publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores se promulgó el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco, cuyo preámbulo señala que las partes del convenio se encuentran determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública, reconociendo que la propagación de la epidemia del tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz apropiada e integral, teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero.

Indica que por otro lado los Órganos del Estado deben promover el bien común, para lo cual deben contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible cuyo mandato se reproduce en el artículo 1 de la LOCM.

Precisa que el bien común que se pretende proteger con la dictación de la Ordenanza Municipal es asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y velar por la protección de la salud de las personas que usan parques y plazas de la comuna de Las Condes, así como educar a las personas



sobre los efectos nocivos del tabaco, razón por la que el texto contiene disposiciones en materia de prevención y educación a la comunidad.

En lo que dice relación a las garantías denunciadas como vulneradas sostiene, en relación al numeral primero del artículo 19 que el Municipio no interviene en la decisión del recurrente de fumar tabaco y que éste puede materializar su conducta en otros bienes nacionales de uso público administrados por la municipalidad, como las aceras y los lugares destinados para ellos en parques y plazas de la comuna de las Condes con una superficie superior a 10.000 m<sup>2</sup>.

En cuanto al 19 N°2, afirma que la actuación de la Municipalidad no es arbitraria ni caprichosa, infundada ni ilegal, pues tiene como objetivo el bien común, la salud, protección del medio ambiente, aseo, ornato y educación de la población, tratándose de una medida que se radica en bienes nacionales de uso público administrados por la municipalidad, en el marco de sus atribuciones esenciales sin afectar los elementos esenciales de dichos bienes.

En cuanto a la protección de la vida privada y honra hace presente que no se trata de la divulgación de un dato personal o de una información relativa a la vida privada del recurrente, motivo por el que no resulta afectada esta garantía.

En cuanto a la no discriminación arbitraria que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica, indica que fumar no constituye el desarrollo o ejercicio de una actividad económica.

Por último, explica que no se afecta el derecho de propiedad del recurrente ya que puede usar y gozar del cigarrillo, puede fumar en otros bienes nacionales de uso público de la Comuna de Las Condes.

Observa que toda la argumentación del recurrente se puede reconducir al derecho a la libertad en términos amplios, el que no se ha invocado, precisando que el artículo 19 N° 7 garantiza el derecho a la libertad personal y seguridad individual en términos distintos a los señalados por la recurrente.

Al finalizar, hace presente que el recurso de protección no es un sustituto procesal de otras acciones judiciales y que en el caso de autos lo que se discute en el fondo es la legalidad, oportunidad, mérito y conveniencia de la decisión adoptada por la Municipalidad.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que, como reiteradamente se ha venido sosteniendo el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos





preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio, resultando, entonces, requisito indispensable de la acción, un acto u omisión ilegal –esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil- o arbitrario – producto del mero capricho de quién incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas.

**Segundo:** No existe discusión sobre la existencia del acto que motiva el recurso, a saber la dictación de la Ordenanza Municipal que determina áreas o zonas libres de humo en parques y plazas de la Comuna de Las Condes, encontrándose además una copia del Decreto Alcaldicio Sección M1 N°7205 de 18 de octubre de 2018 agregado a los autos.

El referido Decreto aprueba la “Ordenanza que determina áreas o zonas libres de humo en parques y plazas de la Comuna de Las Condes” y, en su expresión de motivos, señala que es deber del Estado promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece y que el Estado debe velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y tutelar la preservación de la naturaleza de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, circunstancia que se encuentra reconocida en el ámbito municipal en los artículos 4 letra b) y 25, ambos de la Ley 18.695, debiendo velar por la protección de la salud de las personas conforme al artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

Hace constar que las Municipalidades para el cumplimiento de sus funciones tienen como atribución, entre otras las de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo existentes en la comuna y que de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el tabaco y otras sustancias son nocivas para la salud de las personas y para el medio ambiente, por cuanto produce contaminación por el humo, sus residuos contienen sustancias químicas tóxicas, afectan el aseo y ornato de la comuna y eventualmente sus colillas pueden provocar incendios. La exposición al humo ambiental del tabaco es especialmente dañina para las mujeres embarazadas sus hijos en gestación y menores de edad.

Agrega que las áreas verdes como parques y plazas son espacios de reunión, esparcimiento, recreación y actividades deportivas, que requieren de un lugar libre de contaminación y que compartir dichos espacios públicos con



fumadores, genera mayores riesgos a embarazadas, menores y lactantes, transformándolos en fumadores pasivos.

Por último, se asila en la necesidad de desincentivar el consumo precoz del tabaco y otras sustancias similares en menores de 18 años, ya que estos espacios públicos son frecuentados por menores de edad.

En cuanto al derecho invoca los artículos 1 incisos 4, 5 inciso 2°, 19 N° 8 y 9, 118 y siguientes de la Constitución Política de la República, en relación con lo establecido en los artículos 1, 3 letra f), 5 letra c), 12, 25, 65 letra l) y 79 b) de la Ley 18.695.

**Tercero:** Enseguida cabe precisar que lo que el cuestionamiento a dicha ordenanza es uno de ilegalidad, atribuyéndole cinco que han sido reseñadas en lo expositivo de este fallo.

**Cuarto:** Según se aprecia en la expresión de motivos de la Ordenanza impugnada, su fundamento se encuentra en normativa constitucional y legal que cita, específicamente en su competencia en el ámbito municipal para velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la protección de la salud de las personas así como en su atribución de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, amparándose en la opinión de la Organización Mundial de la Salud en relación al tabaco como sustancia nociva para la salud de las personas y para el medio ambiente, afectando el aseo y ornato de la comuna, la naturaleza y finalidad de las áreas verdes, invocando por último la necesidad de desincentivar el consumo precoz del tabaco y otras sustancias similares en menores de 18 años, por tratarse de espacios públicos frecuentados por menores de edad.

**Quinto:** Es la Ley 19.149, cuyo texto original es del año 2005, la que regula las actividades que indica, relacionadas con el tabaco, normativa que ha experimentado modificaciones a través del tiempo, mediante las leyes N° 20.105, 20.227 y 20.660; la primera “Modifica la Ley N° 19.419, en materias relativas a la publicidad y el consumo del tabaco”, la segunda, “Modifica diversos cuerpos legales para suprimir funciones administrativas de Carabineros de Chile”; y la última, de ocho de febrero del año 2013, “Modifica Ley N° 19.419, en materia de Ambientes Libres de Humo de Tabaco”.

**Sexto:** En su texto original, la Ley en su artículo 7 señalaba “En los medios de transporte de uso público o colectivo, en las aulas escolares y en los ascensores, quedará prohibido fumar. En hospitales, clínicas, consultorios y postas, teatros y cines, quedará prohibido fumar, salvo en las áreas o espacios señalados para tal efecto, y respecto de las oficinas públicas, incluidas las municipales, lo estará en los lugares en que presten atención al público.



XWXXVSTXQ

Esta prohibición será absoluta en los lugares que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos.

En los restaurantes, bares, hoteles y demás establecimientos similares, deberá señalarse si existen espacios separados para fumadores y no fumadores.”

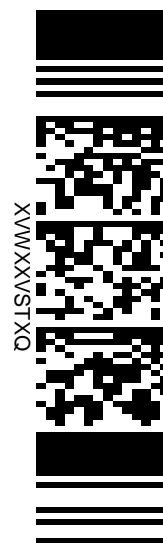
Fue por medio de la Ley 20.105, que la prohibición de fumar en ciertos lugares se estableció en los artículos 10 y 11, normas que en su redacción actual señalan:

“Artículo 10.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares:

- a) Todo espacio cerrado que sea un lugar accesible al público o de uso comercial colectivo, independientemente de quien sea el propietario o de quien tenga derecho de acceso a ellos.
- b) Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de:
  1. Establecimientos de educación parvularia, básica y media.
  2. Recintos donde se expendan combustibles.
  3. Aquellos lugares en que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos.
  4. En las galerías, tribunas y otras aposentaduras destinadas al público en los recintos deportivos, gimnasios o estadios. Esta prohibición se extiende a la cancha y a toda el área comprendida en el perímetro conformado por dichas galerías, tribunas y aposentaduras, salvo en los lugares especialmente habilitados para fumar que podrán tener los mencionados recintos.
- c) Medios de transporte de uso público o colectivo, incluyendo ascensores.

Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre:

- a) Establecimientos de educación superior, públicos y privados
- b) Aeropuertos y terrapuertos.
- c) Teatros y cines.
- d) Centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general.
- e) Supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público.
- f) Establecimientos de salud, públicos y privados, exceptuándose los hospitales de internación psiquiátrica que no cuenten con espacios al aire libre o cuyos pacientes no puedan acceder a ellos.
- g) Dependencias de órganos del Estado.



h) Pubs, restaurantes, discotecas y casinos de juego.

Se deberán habilitar, en los patios o espacios al aire libre, cuando ellos existan, lugares especiales para fumadores en los casos indicados en las letras f) y g) del inciso anterior. Para dicho efecto, el director del establecimiento o el administrador general del mismo será responsable de establecer un área claramente delimitada, procurando siempre que el humo de tabaco que se genere no alcance las dependencias internas de los establecimientos de que se trate. Con todo, siempre el director del establecimiento o su administrador general podrá determinar que se prohíba fumar en lugares abiertos de los establecimientos que dirija o administre.”

**Séptimo:** De lo expuesto se aprecia que el legislador en lo que se refiere al consumo del tabaco -de cuyos nocivos efectos no existe duda, apareciendo consignados en la historia de la ley- ha tenido especial consideración en relación a los “Ambientes Libres de Humo”, abordando dicho aspecto en las discusiones parlamentarias, sin llegar a establecer una prohibición como la que regula la Ordenanza impugnada.

**Octavo:** En efecto, para resolver la materia propuesta no es posible desprenderse de la Ley 19.419 y la historia de sus modificaciones, en particular las provenientes de las Leyes 20.105 y 20.666, desde que conforme a su artículo 1, es dicha normativa la que regula las actividades a que ella se refiere y que recaen sobre los productos de tabaco para el consumo humano, regulándose especialmente los “Ambientes Libres de Humo en materia de Tabaco” a través de la Ley 20.666.

**Noveno:** Así, en los Mensajes de la Ley 20.105 y 20.660, luego de referirse a los antecedentes históricos y sanitarios del tema, aborda los “ambientes libres de humo”, señalando en el último caso que el proyecto “propone la prohibición absoluta de fumar en la mayoría de los espacios públicos”, agregando que “se avanza en la regulación existente prohibiendo el consumo de productos de tabaco en los lugares cerrados de uso comercial.....”.

En las exposiciones recibidas durante la tramitación del proyecto se hizo presente que el tabaquismo es una pandemia, que causa la muerte de 6.000.000 de personas al año y que de continuar así en 2030, el tabaco matará a más de 8.000.000 -el 80% en países en vías de desarrollo, siendo la primera causa de muertes prevenibles y afectando a los sectores más vulnerables aumentando el círculo vicioso de las enfermedades crónicas y muertes prematuras, acentuando los niveles de desigualdad e inequidad. También se señaló que la evidencia internacional concluía que toda exposición a humo del tabaco implica un riesgo para la salud de las personas, y que el humo de segunda mano contiene más de



250 químicos tóxicos o carcinogénicos, y los niños y adultos expuestos al humo del tabaco, inhalan muchas de las mismas sustancias cancerígenas y venenosas que los fumadores, siendo los organismos de los niños, organismos en desarrollo espacialmente vulnerables a los compuestos tóxicos del humo del tabaco. Se expuso que en Chile, los estudios demuestran que el 42% de los infartos agudos al miocardio es atribuible al consumo de tabaco, el 86% de los cáncer al pulmón es atribuible al tabaquismo, y el 67% de las enfermedades pulmonares obstructivas crónicas son causadas por el consumo de tabaco. Se relevó que el tabaco mata más gente en el mundo que el SIDA, la malaria y la tuberculosis juntos y que existía un compromiso con los Derechos Humanos al firmar el Convenio Marco para el Control del Tabaco, sin limitar el ejercicio de los derechos individuales, sino que regularlos.

En las exposiciones que se escucharon se hizo hincapié en los efectos positivos en materia sanitaria que tenía la implementación de espacios 100% libres de humo de tabaco, que el derecho progresivo a la protección de la salud significa que los Estados tienen la obligación explícita de avanzar rápido y apropiadamente en la protección de la salud, se estuvo de acuerdo con la regulación del tema, se propuso la generación de espacios 100% libres de humo del tabaco.

En el Mensaje de la Ley se tuvieron presentes antecedentes históricos y sanitarios, así como el hecho que en el año 1999 la Organización Mundial de la Salud (OMS) por mandato de las Organización de las Naciones Unidas, asumió el liderazgo en la elaboración de un Tratado que aunara los esfuerzos y voluntades de los países para enfrentar las nocivas consecuencias que conlleva el consumo del tabaco a nivel mundial, lo que se concretó con la aprobación del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) adoptado durante la 56 Asamblea Mundial el que entró en vigencia en nuestro país el 10 de septiembre de 2005. En cuanto a los ambientes libres de humo se propuso la prohibición absoluta de fumar en la mayoría de los espacios públicos, indicando que se avanzaba en la regulación existente.

**Décimo:** En definitiva, luego de un diagnóstico de la situación y del examen de los compromisos asumidos por Chile en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el legislador reguló los lugares donde se prohibía fumar, sin que en una ordenanza municipal se pueda ampliar tal decisión, aun cuando encuentre respaldo en los perniciosos efectos del tabaco en la salud, pues el actuar de la administración supone respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto se encuentra constreñida a realizar solo aquello para lo que fue expresamente autorizada.



**Undécimo:** En efecto, no obstante la autonomía de la Administración ésta se rige por el principio de la juridicidad,(artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental), encontrándose los derechos de la administración sujetos a la tutela judicial efectiva, de modo que si bien a las Municipalidades conforme a su Ley Orgánica les toca la administración local de cada comuna o agrupación de comunas, sus atribuciones sobre aseo y ornato así como las funciones en salud pública, protección del medio ambiente y administración de los bienes nacionales de uso público, no permiten amparar las prohibiciones declaradas en la ordenanza que se impugna, pues ha sido la ley -específicamente la Ley 19.419- la que establece los lugares donde se prohíbe fumar, señalando los mecanismos y condiciones para proteger a la población y aminorar los efectos nocivos que produce la exposición de la población al humo del tabaco en los lugares públicos y colectivos.

**Duodécimo:** Cabe enfatizar que dicha ley reguló la situación, luego de hacer un diagnóstico del estado actual del tema y de los riesgos y consecuencias que el tabaco provoca en la salud, considerando los compromisos asumidos por Chile al ratificar el Convenio Marco para el control del Tabaco de 1999, es decir en conocimiento de la situación con la finalidad de proteger la salud pública, y la promoción progresiva de los ambientes libres de humo, que es lo que ha venido haciendo la ley, continuando el camino de la prevención, en términos que esta clase de normas la que regulan la materia que la Ordenanza -en términos mucho más amplios- pretende prescribir.

**Décimo tercero:** Al momento de resolver esta Corte no puede obviar, que en la discusión de los proyectos se escuchó a autoridades del Ministerio de Salud, de las facultades de medicina, y actores involucrados en el mercado, advirtiéndose que se trató de un proyecto polémico donde se buscó compatibilizar el derecho de las personas no fumadoras a tener un ambiente libre de humo de tabaco, versus el derecho de las personas que -no obstante el conocimiento de la situación y sus efectos no sólo en ellos sino que en los demás- han decidido fumar fuera de su casa, apareciendo que la opción legislativa reconoce el derecho a fumar de quienes quieren hacerlo en espacios abiertos, adoptando normas que potencien cambios conductuales que permitan avanzar cada vez más en la disminución de los niveles de consumo del tabaco.

**Décimo cuarto:** En ese contexto, por loables y reales que puedan parecer los fundamentos de hecho de la Ordenanza impugnada, la recurrida al dictarla excede los márgenes de actuación que la habilitación legal previa y expresa conforme a los citados artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República le permite, pues sus competencias en materia de salud, medio ambiente, aseo y ornato, no amparan las restricciones que ello les impone.



**Décimo quinto:** Al actuar del modo constatado, la Municipalidad recurrida afecta el derecho de igualdad ante la ley, al establecer diferencias para el uso de bienes nacionales de uso público, al margen de la ley, dando un trato diverso a personas en la misma situación, desde que en las plazas de la comuna de Las Condes, aquellos que fuman -como el recurrente- no pueden hacerlo en circunstancias que en otras comunas del país no rige tal prohibición, dando así un trato diverso a personas en una misma situación.

**Décimo sexto:** La igualdad ante la ley, como derecho fundamental proviene de la igual dignidad de todas las personas y se manifiesta en el ejercicio de su autodeterminación, y en el caso que se examina se afecta al establecer cargas más gravosas al recurrente, amenazando el goce efectivo de su derecho a ser tratado de igual manera a quienes fuman en plazas de otras comunas del país, consagrando diferencias que no se encuentran presentes en la ley que regula la materia, desconociendo el igual trato que ha de darse a personas que se encuentran en hipótesis jurídicas iguales.

**Décimo séptimo:** En definitiva -con lo actuado por la recurrida- a personas que se encuentran en la misma situación, les afectarían desiguales prohibiciones, quebrantándose de esa manera la coherencia interna del ordenamiento jurídico, al establecer restricciones que exceden el sentido de la regulación legal, lo que conduce a acoger el presente recurso.

**Décimo Octavo:** Por último, no está demás hacer constar, que corrobora lo que se viene decidiendo que se encuentra en actual tramitación el Proyecto de Ley, Boletín N°8886-111, en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, habiendo sido aprobado en general en su discusión en el Senado, cuyo propósito es adecuar el texto de la Ley 19.419 al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, que entró en vigor el 27 de febrero del año 2005, conforme al cual se prescribe que la ampliación de los espacios en que está prohibido fumar es materia de ley directamente o de un decreto o reglamento general que por delegación legal se encargue de su aplicación, desde que dicho Proyecto pretende agregar el siguiente artículo 12 a la ley:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, se prohíbe fumar en los siguientes lugares o espacios al aire libre:

- a) En las áreas silvestres protegidas del Estado.
- b) En parques, plazas o lugares de recreación destinados a menores.

En dichos lugares podrán habilitarse espacios especialmente destinados para fumadores.”.



Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto por el Auto Acordado que regula la materia, artículo 19 N° 2 y 21 de la Carta Fundamental, Ley 19.419 y Ley Orgánica de Municipalidades, **se acoge** el recurso de protección presentado en estos autos, y en consecuencia se deja sin efecto la Ordenanza de la Municipalidad de Las Condes que determina áreas o zonas libres de humo en parques y plazas de la comuna de las Condes.

Comuníquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada.

No firma el abogado integrante señor Decap, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado sus funciones en esta Corte.

Rol N° 82.527-2018.





Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Adelita Ines Ravanales A. y Ministra Suplente Maria Riesco L. Santiago, veintiuno de junio de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintiuno de junio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.