# DE UNA AUTORIDAD SANITARIA «A PESAR DE LAS PERSONAS» HACIA UNA «PARA LAS PERSONAS». BASES PARA REDEFINIR LA GOBERNANZA DE LA AUTORIDAD SANITARIA EN MATERIA FISCALIZADORA Y SANCIONADORA

## FROM A HEALTH AUTHORITY "IN SPITE OF THE PEOPLE" TO ONE "FOR THE PEOPLE". BASES FOR REDEFINING THE GOVERNANCE OF THE HEALTH AUTHORITY IN SUPERVISORY AND SANCTIONING MATTER

Manuel Emilio Gajardo Pacheco[1]

## Resumen

La pandemia de coronavirus –COVID-19–, hasta ahora, ha logrado ser abordada con cierto éxito por el Estado, demostrando las virtudes de la institucionalidad sanitaria del país y la alta calidad de la comunidad de profesionales de la salud. Sin embargo, la crisis sanitaria ha dejado también en evidencia las deficiencias de la institucionalidad pública en el ámbito sanitario, que exigen la redefinición de su gobernanza, con el propósito de otorgarle el verdadero valor a la salud en el desarrollo de los pueblos y con el objeto de concebir a la autoridad sanitaria desde y para la comunidad y no comprenderla a pesar de la comunidad. En ese contexto, resulta crucial remodelar también la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria, a partir de la consolidación de ciertos principios rectores: juridicidad, servicialidad, preventivo, cooperación, eficiencia, eficacia y probidad.

**Palabras clave:** autoridad sanitaria – fiscalización – potestad sancionadora – Código Sanitario – principios rectores

1 Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, funcionario de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana. Actualmente cursa magíster en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

## Abstract

The coronavirus pandemic (COVID-19) has, until now, been managed by the State with some success, demonstrating the virtues of the country's sanitary institutions and the high standard of the community of health care professionals. Nevertheless, the health crisis has also exposed the weaknesses in the health field public institution, demanding the redefinition of its governance, in order to give true value to health in the development of people, and with the purpose of conceiving the health authority from and for the community, and not understanding it in spite of the community. In this context, it is crucial to also remodel oversight activities and sanctioning action of the health authority, based on the consolidation of certain guiding principles: legality, state service, preventive, cooperation, efficiency, effectiveness and probity.

Keywords: health authority – inspection – sanctioning power – Health Code – guiding principles

## Introducción

La pandemia de coronavirus –COVID-19–, la más grande desde la gripe española de la segunda década del siglo pasado, ha azotado al mundo sin distinción de fronteras, raza, origen, sexo o condición social, de suerte tal que ha obligado a los pueblos a repensar prácticamente la totalidad de las formas cómo los seres humanos se relacionan, desde las grandes transacciones comerciales internacionales, hasta los ámbitos más íntimos de la vida ordinaria.

Así, en nuestro país, como en tantos otros, sino en todos:

1) los transportes de carga y de personas deben observar mayores o menores regulaciones, según los vaivenes u «olas» de contagios en cada territorio;

2) las condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo requieren cumplir hoy nuevos estándares, muy superiores a los de antaño;

3) la vida profesional y académica se forja actualmente cada vez más desde la comunicación a distancia;

4) sectores como el de la cultura, el turismo y el deporte recién ahora comienzan a observar un futuro más halagüeño, pero bajo condiciones radicalmente diversas al tiempo previo a la pandemia;

5) la mascarilla se ha vuelto un elemento de protección personal fundamental, habitual, casi una prenda de vestir más; y

6) los viajes, el ingreso a recintos privados, las actividades sociales, reuniones privadas y familiares deben pasar la «prueba de blancura», según se tenga o no un pase de movilidad u otro documento que acredite estar al día en el proceso de vacunación.

Durante este período de emergencia, la labor de nuestra autoridad sanitaria ha sido crucial. Definitivamente, ya tras dos años inmersos en una crisis de salud mundial, aun cuando hubo momentos de grandes dificultades y decisiones controvertidas, pocos podrían rechazar de plano la opinión sobre la satisfacción que debería sentir Chile por las iniciativas de salud pública tomadas frente a la pandemia. El Ministerio de Salud, hasta ahora, ha sobrellevado positivamente las complejidades de una amenaza desconocida para el mundo, especialmente en materia de vacunación.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la institucionalidad nacional de salud estuvo siempre totalmente preparada para una crisis de escala mundial. En verdad, «la pandemia COVID-19 ha evidenciado que los sistemas sanitarios poseen una capacidad de respuesta limitada para enfrentar los problemas asociados a una pandemia» (Paredes Escobar *et al.*, 2020: 1481).

La crisis sanitaria no solamente desnudó, de forma dramática, las desigualdades estructurales y la frágil estabilidad socioeconómica de nuestro país, sino también el hecho de que el sistema de salud pública nacional necesita una reformulación, una remodelación desde sus estructuras básicas, que se encargue de reparar las actuales brechas de accesibilidad y calidad; y que también se preocupe de erradicar los sesgos morales, de género, cultura e intergeneracionales; todo a fin de repensar y otorgarle el verdadero valor a la salud en el desarrollo de los pueblos y de las naciones[2].

Al respecto, no pocas líneas se han dedicado respecto a la redefinición de la acción del Estado en salud pública:

1) desde una perspectiva de derechos;

2) anclada en los principios de justicia, equidad, protección, responsabilidad, utilidad, transparencia y probidad;

3) trabajada desde un enfoque preventivo, integral, de género, universal y solidario;

4) conformada desde un esquema de coordinación y cooperación;

2 Esto va muy en línea con aquellas voces que, a nivel internacional, han requerido la necesidad de redefinir el valor de la salud para todos como un objetivo de política pública, que interviene de manera protagónica en el desarrollo global de las naciones y se configura como un aspecto clave en la economía nacional y global. En esa línea se enmarca la opinión del «Consejo sobre la Economía de la Salud para Todos», creado al alero de la Organización Mundial de la Salud (2021), reflejada con claridad meridiana en su manifiesto.

5) sustentada en una sólida y actualizada legislación; y

6) implementada sobre la base de una avanzada asistencia profesional y técnica, un eficaz y eficiente trabajo interinstitucional, un compromiso serio con la ética profesional, la imparcialidad y la equidad, y una auténtica, activa y decisiva participación ciudadana[3].

Sin embargo, pocas palabras se han dedicado a dos ejes sustanciales que tienen un espacio trascendente en la acción de la Administración del Estado en materia de salud pública. Me refiero a las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la autoridad sanitaria.

Este trabajo viene en hacer una aportación respecto de dichos ejes de la acción sanitaria, que no han sido suficientemente abordados en medio de todo el precitado debate relativo a la forma cómo debemos pensar un nuevo sistema de salud pública nacional.

En particular, luego de una somera descripción del derecho administrativo sancionador en materia sanitaria, se trazarán algunas líneas respecto de los aspectos en materia fiscalizadora y sancionadora que necesitan un replanteamiento y reforma, no solo desde el ámbito normativo, sino también en la forma cómo se lleva a cabo el trabajo interno de la autoridad sanitaria.

Que el COVID-19 no sugiera siquiera el más mínimo esbozo de retirada no debe ser visto solo como un problema, sino también –y muy especialmente hoy– como una oportunidad. El momento político-social, económico y cultural que experimenta nuestro país, conmina a todas las personas, particularmente a los profesionales de los distintos ámbitos del conocimiento, a aunar voluntades a fin de avanzar hacia una nueva concepción de la salud pública y hacia una redefinición de su institucionalidad. Y eso incluye, desde luego, una revisión profunda y amplia del Código Sanitario, específicamente en referencia a los ámbitos que me convocan: el de la potestad fiscalizadora de la autoridad sanitaria y el del procedimiento administrativo sancionador.

---

3 En general, la discusión científica y legislativa se ha centrado en:
1) el actual sistema de prestaciones de salud nacional y las propuestas de transformación estructural;
2) en el marco regulatorio sobre el ejercicio de las profesiones de la salud; y
3) en la reforma al régimen regulatorio de los medicamentos en Chile.

Al respecto, por ejemplo:
a) Cid Pedraza y Uthoff Botka (2017);
b) la propuesta de reforma integral del sistema de salud chileno de 2018 (Comisión ESP-Colmed, 2018);
c) el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular el ejercicio de distintas profesiones del área de la salud como parte de un equipo médico (boletines Nºs. 13.818-11, 13.806-11, 13.817-11, 13.821-11 y 13.838-11, refundidos);
d) el proyecto de ley sobre reforma al Fondo Nacional de Salud y que crea un Plan de Salud Universal (boletín Nº 13863-11); y
e) el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias o «Ley de Fármacos II» (boletín Nº 9.914-11).

# 1. Un poco de historia y del estado del arte

No ha pasado tanto tiempo desde que el mundo de la salud chilena celebraba el centenario de la promulgación de la ley Nº 3.385 —1918—, que aprobó el primer Código Sanitario en Chile, cuerpo normativo que decantó la discusión sobre quién debía ostentar la autoridad sanitaria —si el Estado o los particulares— a favor de la existencia de una autoridad central, de naturaleza pública, no sin antes sortear más de tres décadas de discusiones, más o menos vehementes según la contingencia política de la época[4].

La novel institucionalidad médica y de salud estatal:

1) estableció y distribuyó las potestades en materia sanitaria[5];

2) enumeró un catálogo de deberes de conducta generales en distintos ámbitos de la salud pública[6]; y

3) consagró paralelamente un pilar fiscalizador y un esquema sancionatorio, a fin de asegurar eficacia y garantía de cumplimiento al nuevo sistema sanitario.

Para el aludido pilar fiscalizador y esquema sancionatorio, el legislador proveyó de amplias facultades a las autoridades sanitarias[7-8] y, a renglón seguido, dispuso un régimen sancionador, aunque inorgánico, esparcido entre normas que configuraban medidas cautelares[9], sanciones penales y administrativas para el castigo tanto de las infracciones a la normativa prevista en el nuevo

4 Y lidiando, prácticamente en paralelo a su nacimiento, con la reunión de una epidemia de influenza y una epidemia de tifus exantemático (Laval Román, 2003).

5 Al gobierno —a través de la Dirección General de Sanidad— y a las municipalidades.

6 En materias como:
1) profilaxis o prevención de enfermedades infecciosas,
2) el ejercicio de las profesiones médicas y farmacéuticas,
3) la venta de medicamentos,
4) agua potable,
5) aseguramiento del agua para el abastecimiento de la población,
6) alcantarillado público,
7) condiciones sanitarias en edificios,
8) higiene alimenticia,
9) higiene industrial,
10) policía sanitaria aduanera,
11) profilaxis internacional,
12) animales y
13) cementerios —policía mortuoria—.

7 Con la facultad de requerir el auxilio de la fuerza pública.

8 Y se habla en plural, porque se entendían como autoridades sanitarias el director general de Sanidad, el alcalde y el Consejo Superior de Habitaciones para Obreros.

9 Particularmente la clausura de establecimientos.

cuerpo legal como de las contravenciones a las disposiciones complementarias de rango reglamentario. En cuanto a las sanciones que podían establecerse, estas se limitaban a la aplicación de multas, sin mediar un procedimiento previo, aunque reclamables en sede judicial[10].

El advenimiento del Estado de bienestar social o Estado benefactor en Chile —cuyo punto de inicio coincide con los prolegómenos de la Constitución de 1925— (Cruz-Coke Madrid, 2000), preparó un campo político fértil para la aparición de paradigmáticas instituciones, como:

1) la Caja del Seguro Obrero Obligatorio,

2) la Caja de Previsión de Empleados Particulares,

3) Junta Central de Beneficencia y

4) el Servicio Nacional de Salud.

Asimismo, durante este período político-social se desarrolló un sostenido trabajo legislativo, cosechándose una pléyade de hitos normativos registrados, entre otros:

1) la Ley de Accidentes del Trabajo, de 1924;

2) la ley Nº 4.054, de 1924, que creó el seguro obligatorio de enfermedad y vejez;

3) la ley Nº 6.174, de 1937, que estableció el Servicio de Medicina Preventiva;

4) la ley Nº 10.383, de 1952, que dio origen al Servicio Nacional de Salud;

5) el Estatuto Médico Funcionario, de 1964;

6) la ley Nº 16.744, de 1968, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y

7) un nuevo Código Sanitario, de 1968 —vigente hasta nuestros días—.

El nuevo cuerpo normativo sanitario profundizó la institucionalidad estatal en materia de fomento, protección y recuperación de la salud, reforzando las áreas de regulación ya abordadas y preocupándose de otros tantos nuevos ámbitos de alta trascendencia para la salud pública en el país.

El novel Código Sanitario, en razón del mandato constitucional de la época[11]:

---

10 Y ejecutables con la medida de apremio de prisión por cada veinte pesos no pagados.

11 «Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad» (Constitución de 1925, artículo 10, Nº 14, párrafo final).

1) delegó en el Servicio Nacional de Salud la autoridad en todas las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, estructurando —de manera reforzada— sus competencias y facultades;

2) delimitó el espectro de facultades de las municipalidades en el orden sanitario;

3) definió un conjunto de materias que requerían autorización sanitaria previa y expresa;

4) estableció los deberes fundamentales del Estado y de las personas en el ámbito de:

   a) protección y promoción de la salud[12],

   b) profilaxis sanitaria internacional,

   c) higiene y salud del ambiente y de los lugares de trabajo[13],

   d) productos farmacéuticos —o medicamentos—,

   e) alimentos de uso médico, cosméticos y productos alimenticios[14],

   f) ejercicio de la medicina y profesiones afines,

   g) laboratorios y farmacias;

5) determinó el régimen de observación y reclusión de ciertos grupos de personas de especial consideración[15];

---

12 Que incluye:
   1) la protección materno-infantil;
   2) las obligaciones de la autoridad sanitaria y de los profesionales de la salud en el ámbito de las enfermedades transmisibles —particularmente trascendentes en el actual contexto sanitario—;
   3) la normativa sobre los laboratorios de salud pública y del Instituto Bacteriológico —predecesor del actual Instituto de Salud Pública—;
   4) prescripciones sobre la estadística, divulgación y educación sanitaria

13 Regulación que, en general, se reenvió a una serie de reglamentos que, en lo sucesivo, fueron dictándose para disponer las normas sobre condiciones de saneamiento y seguridad de:
   1) ciudades;
   2) balnearios;
   3) campos y territorios mineros;
   4) viviendas, locales, casas, edificios, campamentos;
   5) aguas y sus usos sanitarios;
   6) residuos;
   7) lugares de trabajo;
   8) ruido;
   9) y sustancias tóxicas o peligrosas para la salud.

14 Normativa que posteriormente fue modificándose y complementándose mediante una serie de reglamentos.

15 A saber, en palabras de la versión original del Código Sanitario: enfermos mentales, alcohólicos y personas dependientes de drogas u otras substancias.

6) previó la regulación básica sobre cementerios y actividades relacionadas con el tratamiento los cuerpos de las personas fallecidas; y

7) describió, esta vez de forma más sistematizada, el régimen fiscalizador y sancionador[16].

Como se avizoró, el reformado Código Sanitario —en su original libro IX[17]— consolidó un régimen fiscalizador con amplios poderes para la autoridad sanitaria, a fin de asegurar la observancia estricta de la ley y de los decretos, reglamentos e incluso de las resoluciones emanadas del director general de Salud[18], otorgándole las siguientes atribuciones:

1) inspección y registro,

2) allanamiento,

3) solicitud de auxilio de la fuerza pública,

4) retiro de muestras para su posterior examen y

5) imposición de medidas cautelares de alta entidad con el solo mérito de la evaluación del riesgo para la salud que efectuara el funcionario fiscalizador, en su carácter de ministro de fe, al momento de la inspección:

   a) traslado de elementos, bienes o productos,

   b) cierre y sellado del lugar fiscalizado y de los muebles,

   c) clausura,

   d) prohibición de funcionamiento,

   e) paralización de faenas,

   f) decomiso, destrucción y desnaturalización de productos.

A su turno, en cuanto al sistema sancionador, el régimen se forjó a partir de la instrucción de «sumarios sanitarios», al advertirse hechos presuntamente constitutivos de infracciones a la normativa sanitaria, los cuales pueden ser iniciados de oficio o por denuncia[19].

---

16 Las modificaciones al Código Sanitario, en general, han tenido por objeto el perfeccionamiento de la regulación sanitaria, complementando progresivamente los ámbitos normativos ya existentes. Así, por ejemplo, podemos visualizarlo en reglas sobre venta de lentes, protección de trabajadores en el uso de productos fitosanitarios, prescripción de anticonceptivos, regulación de las farmacias y medicamentos e interrupción voluntaria del embarazo. Lo anterior, aunado a las modificaciones de los distintos reglamentos que completan la normativa sanitaria.

17 Actualmente ubicado en el libro X.

18 Que, tras las ulteriores reformas, se trata hoy de las resoluciones emanadas de los servicios de salud.

19 En la actualidad y especialmente desde el inicio de la pandemia, la iniciación de oficio es la regla generalísima en materia de sumarios sanitarios.

La regulación del procedimiento sancionador consagra un desbalance estructural en la posición de la Administración frente al presunto infractor, por cuanto el devenir del sumario sanitario, de ordinario, se inclinará a favor de la autoridad sanitaria, gracias al altísimo poder o valor probatorio que la ley le ha otorgado a la denominada «acta de fiscalización» o «acta de inspección», cuyo contenido es casi incontrovertible[20]. El valor reforzado del acta de fiscalización dará pábulo para la dictación de una sentencia sanitaria generalmente desfavorable para la persona sumariada.

El esquema de sanciones expuesto en el Código Sanitario es más bien básico, pero potencialmente riguroso para el infractor:

1) las infracciones son castigables con una multa de un décimo de UTM a 1000 UTM;

2) las reincidencias se pueden perseguir hasta con el doble de la multa original; y

3) pueden imponerse paralelamente las sanciones de:

   a) clausura,

   b) cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos,

   c) paralización de obras o faenas,

   d) suspensión de la distribución y uso de productos y

   e) retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos.

Finalmente, se otorga a la autoridad sanitaria la facultad de no imponer una sanción pecuniaria ni otras sanciones, sino solo un apercibimiento y amonestación, en casos justificados y cuando se trate de una primera infracción[21].

Desde 1968, el sistema fiscalizador y sancionador apenas ha sufrido cambios[22]:

---

20 Bastará para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta que levante el funcionario del servicio al comprobarla (Código Sanitario, artículo 166).

21 A modo de epílogo, cabe destacar que el sumario sanitario, en lo no regulado por el Código Sanitario, se rige por las reglas generales de la ley Nº 19.880. Por su parte, las sanciones impuestas en sentencia sanitaria son reclamables administrativa y judicialmente dentro de un breve plazo —5 días hábiles—, encontrándose el control de legalidad judicial constreñido solo a la revisión de tres aspectos:
   1) Si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentran comprobados en el sumario sanitario;
   2) Si tales hechos constituyen efectivamente una infracción a las leyes; y
   3) Si la sanción aplicada es la que corresponde a la infracción cometida.

22 Sin perjuicio de la gran reforma de la ley Nº 19.937 a la autoridad sanitaria, que modificó el decreto ley Nº 2.763, dejando, en general, en las secretarías regionales ministeriales la fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda.

1) algunos fueron de mera geografía normativa —como el traslado al libro X por la inclusión de un nuevo libro IX[23]—;

2) otras modificaciones desembocaron de controversias constitucionales sobre algunas de las instituciones consagradas —como el *solve et repete*, finalmente erradicado del procedimiento sumarial por el Tribunal Constitucional[24]—;

3) otras reformas más bien de simple adecuación al ordenamiento jurídico —como la del artículo 174, para integrar al Instituto de Salud Pública en el sistema fiscalizador-persecutor (ley Nº 19.497)—;

4) otros cambios establecidos para actualizar el rango o entidad de las multas que pudieren imponerse (ley Nº 19.497);

5) unos tímidos intentos para replantear el ejercicio de la actividad fiscalizadora hacia un enfoque más preventivo —como la «declaración voluntaria de incumplimiento», que consagra la ley Nº 20.416— y

6) los cambios que surgieron con ocasión de la actual pandemia de COVID 19, que alteraron el régimen de cobranza de las multas administrativas —mudándolo desde el clásico procedimiento judicial ejecutivo del Código de Procedimiento Civil, a cargo del Consejo de Defensa del Estado, hacia el procedimiento ejecutivo dirigido por la Tesorería General de la República; y trasladando el beneficio de la recaudación al fisco, desde los servicios de salud (ley Nº 21.388)—.

23 Modificación dispuesta por la ley Nº 18.173.

24 El Tribunal Constitucional, a través de un procedimiento de oficio de inconstitucionalidad (rol Nº 1.345, 2009), resolvió que la exigencia de pagar el total de la multa impuesta en sentencia sanitaria, como requisito previo para impugnarla en sede judicial —incluida en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario—, era contraria a nuestra Constitución, por afectar y limitar severamente el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y la garantía que prohíbe al legislador imponer límites que hagan imposible el ejercicio del derecho en su esencia; levantando una intolerable barrera al derecho a la acción, al acceso a la justicia y, en definitiva, al derecho a la tutela judicial efectiva, so pretexto de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, y asegurar la eficacia de las sanciones administrativas y su imperio.

# 2. La crisis sanitaria y el ocaso de un régimen fiscalizador y sancionador envejecido

A junio de 2021 existían más de 290.000 sumarios sanitarios por infracción a la normativa emanada con ocasión de la enfermedad del COVID-19 (Historia de la ley Nº 21.388) y alrededor de 63.000 procedimientos sancionatorios concluidos[25]. Sin embargo, la cantidad de multas efectivamente canceladas ha sido mínima, sin expectativas de pago efectivo respecto de un considerable porcentaje de las sanciones pecuniarias dictadas. Estos contundentes datos y hechos ponen inevitablemente en el tapete la verdadera efectividad de la labor inspectora y de la normativa sancionadora que, se supone, deben ser herramientas complementarias efectivas para asegurar que la regulación sanitaria originada en la actual pandemia sea asumida positivamente y cumplida por la comunidad.

Y lo cierto es que, aun con la reforma al régimen de cobranza de multas sanitarias dispuesta por la recientemente publicada ley Nº 21.388, resulta todavía nebuloso avizorar las reales expectativas de cobro efectivo de las multas impagas de parte de la Tesorería General de la República. Seguramente es posible prever la subsistencia de una cantidad no menor de multas incobrables o de tan compleja persecución que requerirá involucrar un aparataje administrativo que, seguro en más de alguna ocasión, no valdrá la pena poner en movimiento.

No olvidemos que, con la pandemia de COVID-19, el grueso de la regulación sanitaria se dirigió a la ciudadanía en general, estableciéndose:

1) medidas restrictivas de derechos de alta entidad para la población —verbigracia, cuarentenas y aislamientos—,

2) obligaciones para el ingreso y egreso del territorio nacional —presentación de test de PCR para SARS-CoV-2, declaraciones juradas, contratación de seguros médicos—,

3) requisitos para el desplazamiento dentro del territorio nacional, condiciones para ingresar a establecimientos públicos o privados y participar en actividades sociales —permisos de desplazamiento, pasaportes sanitarios y pases de movilidad— y

25 Según los actuales datos del sistema MIDAS —modernización de la información digital de la autoridad sanitaria—, plataforma electrónica donde se llevan actualmente los expedientes sumariales, en formato electrónico, de algunas de las secretarías regionales ministeriales de Salud del país —especialmente en las regiones de Valparaíso y Metropolitana de Santiago—; en la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana, desde abril de 2020 hasta la actualidad se han creado más de 80.000 sumarios sanitarios.

4) otros deberes de cuidado generales —verbigracia, uso de mascarillas y distanciamiento físico—.

De ese modo, los programas de fiscalización masiva y el aparataje administrativo sancionador de los últimos años se han enfocado en la inspección del cumplimiento de la regulación sanitaria y en la sanción de las conductas ilegítimas en el orden sanitario de ciudadanos corrientes y de extranjeros; con el detalle de que muchos de los infractores perciben ingresos bajos, conviven con el fantasma de la cesantía, tienen un limitado acceso a las tecnologías y poseen generalmente un precario o nulo patrimonio.

Pero los problemas del régimen fiscalizador y sancionador sanitario no nacieron ni se extinguirán con la actual contingencia. Si bien la pandemia ha exhibido que las herramientas sancionadoras de la ley sanitaria son insuficientes —sino inidóneas— para alcanzar los objetivos de protección de la salud pública y los fines de prevención general y especial que fundan todo el ordenamiento jurídico protector de la salud, la verdad sea dicha: la crisis del COVID-19 ha demostrado, de manera palmaria, que tanto el régimen legal fiscalizador y sancionador como la gobernanza en este ámbito se ha quedado en el pasado.

Por una parte, el propio diseño legal del procedimiento sancionador adolece de notorias deficiencias, muchas de las cuales riñen incluso con normas y principios de naturaleza constitucional, y cuyas consecuencias deben padecer, en gran medida, los propios administrados, destacándose, a modo ejemplar:

1) El excesivo valor probatorio del acta de fiscalización. El artículo 166 del Código Sanitario le ha concedido al acta de fiscalización un valor tal que la actuación de la Administración en los sumarios sanitarios reposa muchas veces solo en su contenido para dictar una resolución condenatoria e imponer sanciones. Lo anterior, a pesar de las defensas más esmeradas que logren desplegar las personas sumariadas. Así, el procedimiento sancionador sanitario se ubica en una zona donde el ejercicio de las potestades estatales relativiza indebidamente la vigencia de los derechos fundamentales de las personas administradas —particularmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, con sus garantías integrantes: el derecho a defensa, el derecho a un debido procedimiento, la bilateralidad de la audiencia, el contradictorio, el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia—[26].

2) La irreflexiva banda de multa. El rango de multa establecido por la ley sanitaria[27] no prevé ningún parámetro o criterio para una graduación

26 Este asunto ya ha comenzado a discutirse a instancias del Tribunal Constitucional (roles Nºs. 8.823, 2020; 10.383, 2021; 9.707, 2020), con resultados que, a futuro, frente a una eventual masificación de requerimientos ante el órgano constitucional durante la tramitación de reclamaciones judiciales de multas, pueden provocar el derribo del sancionatorio sanitario.

27 Entre un décimo y mil UTM (Código Sanitario, artículo 174).

consistente entre casos similares, no contempla circunstancias agravantes y atenuantes, causales de justificación o exención de responsabilidad, ni desarrolla consideraciones respecto de la edad o capacidad de actuar del infractor. Esto ha dado pie para un sistemático actuar de la autoridad sanitaria, donde las líneas entre lo proporcional y lo desproporcionado, entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, parecen difusas[28].

3) La nula versatilidad en el esquema de sanciones posibles de imponer. No existe un abanico de sanciones a los cuales la autoridad sanitaria pueda recurrir. La sanción, en la totalidad de los sumarios sanitarios, será una multa. Aunque la pandemia haya generado mecanismos sancionatorios alternativos —como la particular posibilidad de imponer como medida o sanción paralela la suspensión de la utilización del pase de movilidad, con todas las consecuencias que conlleva—, estas nuevas herramientas siguen actualmente atadas al pago de una multa, con todas las consecuencias más o menos gravosas para más de alguna persona, especialmente considerando la situación socioeconómica en la que se encuentre.

   Así las cosas, habida cuenta de la ausencia de instrumentos alternativos como:

   a) la opción de convalidar la multa por trabajos comunitarios o por otra clase de acuerdos que involucren la realización de conductas reparatorias distintas del desembolso monetario de parte de la persona sentenciada;

   b) sistemas de «terminación negociada» de los procedimientos sanitarios;

   c) un esquema de fiscalización cooperativa —de talante preventivo— que sirva de antesala a la persecución estatal,

   Inevitablemente se generan distorsiones que desfavorecen particularmente a aquellas personas con menores recursos para cancelar una multa, frente a quienes podrán pagarla sin problemas, moldeándose una suerte de «justicia de clase».

Seguramente como consecuencia de la forma como la ley ha modelado la sustanciación de los sumarios sanitarios, la gobernanza interna de las secretarías regionales ministeriales demuestra también defectos con ocasión del ejercicio de su potestad fiscalizadora y sancionadora[29]. En este punto también destaco algunas de las que merecen mayor observación:

---

28 Lo anterior se ratifica y consolida por el hecho de que los actos administrativos terminales emanados de los sumarios sanitarios raramente se remiten al único instrumento que trata, en cierto modo, de salvar tales vacíos: el «Manual de fiscalización sanitaria» (resolución exenta Nº 216, de 2012, del Ministerio de Salud). Todo lo descrito da más de alguna luz respecto al uso extralimitado de las facultades discrecionales otorgadas por la ley a la autoridad sanitaria en el ámbito sancionador.

29 Sin perjuicio de la competencia que la ley ha asignado a otros organismos, que, probablemente, mostrará deficiencias de similar índole.

1) Funcionarios fiscalizadores sin la capacitación suficiente. La insuficiente instrucción de los funcionarios fiscalizadores, especialmente desde la irrupción de la pandemia, ha provocado una notoria baja en la calidad de las actas de fiscalización, que deviene necesariamente en una cantidad no irrelevante sumarios sanitarios instruidos defectuosamente[30], otros tantos con información impertinente o inidónea para la sustanciación de un correcto procedimiento, y algunos que necesariamente han debido cerrarse por errores eminentemente formales.

2) Cantidad insuficiente de operadores jurídicos y otros profesionales en la Administración sanitaria y falta de instrucción y formación permanente. La estructura legal de los sumarios sanitarios ha quedado anticuada a la luz de los estándares de un procedimiento racional y justo. Esto provoca que los equipos jurídicos no incorporen debidamente los principios generales modeladores de los procedimientos administrativos durante la tramitación de los expedientes sumariales. Lo anterior, a diferencia de lo que ha ocurrido en los esquemas sancionatorios de otros ámbitos de la regulación administrativa —medioambiente, mercado de valores, minería, libre competencia, eléctrica, aguas—.

   La falencia puntualizada promueve prácticas que no se identifican con los principios a los cuales deben someterse los procedimientos sumariales —enunciados sistemáticamente en la ley Nº 19.880—. Entre estas prácticas, pongo sobre la mesa la dictación de sentencias sanitarias con mínima fundamentación, que descansan nada más que en el valor del acta de fiscalización —no pocas veces incorrectamente elaboradas por el inspector—, con escasas menciones particulares sobre las defensas esgrimidas por los sumariados y sin un trabajo intelectual destacable.

3) Insuficiente coordinación entre los departamentos jurídicos de las seremis de Salud y los distintos departamentos de orden técnico de la aludida repartición. Frente a sumarios sanitarios más complejos, ordinariamente se hace necesaria la intervención de alguna de las secciones especializadas en ámbitos particulares de la acción sanitaria —epidemiología, alimentos, profesiones médicas, salud ocupacional, entre otras—, a fin de que entreguen su opinión técnica respecto del sumario instruido y de los descargos y defensas que los sumariados formulen durante el transcurso del procedimiento. Sin embargo, la verdad es que no existe un trabajo suficientemente coordinado entre el equipo jurídico y las instancias técnicas, de suerte tal que se hable en un mismo idioma y se asegure que los informes evacuados respondan a lo

30 Ora por incoarse respecto de menores de edad o personas en situación de discapacidad severa; ora por instruirse contra individuos por hechos cometidos por terceros —desconociendo el principio de personalidad de las sanciones administrativas—; ora por levantarse a propósito de hechos que no constituyen siquiera un asomo de infracción sanitaria; ora por no describir de manera clara, precisa, determinada y completa en las actas de fiscalización los hechos observados; ora por no individualizar correctamente los datos de los sujetos fiscalizados —en cuanto a su nombre o razón social, domicilio—; entre otros errores que se pueden advertir en una actuación fiscalizadora.

esperado por el departamento jurídico, con el objeto de asegurar sentencias sanitarias sólidas y con aspiración de completitud en su fundamentación.

4) **Distorsiones en la publicidad, transparencia y comprensión de las implicancias de un sumario sanitario; porosidades en el órgano administrativo sanitario.** No es infrecuente que las personas con menor instrucción o conocimiento de las implicancias de un procedimiento sumarial formulen defensas incompletas, sin pruebas que les sirvan de sustento o incorporen antecedentes de escaso valor probatorio o derechamente impertinentes. Lo antedicho deviene generalmente en sentencias condenatorias y la imposición de multas de entidad no menor, con el perjuicio patrimonial que conlleva. Lamentablemente para los administrados, el sistema sancionador sanitario no ha sido forjado bajo estándares de publicidad y transparencia tales que permitan a las personas sumariadas entender de qué se trata un sumario y cuáles son los derechos que le asisten.

   Por su parte, no es inhabitual que algunos sujetos regulados —especialmente empresas o personas con mayor capacidad económica— cuenten con abogados o especialistas que, al tener más conocimiento de la normativa sanitaria e incluso cierta llegada o influencia ante la autoridad sanitaria, logren mover el aparato estatal a fin de conseguir la resolución más rápida de los sumarios y cercana a las pretensiones de las personas sumariadas —especialmente cuando lo que interesa es el alzamiento de las medidas cautelares dispuestas al inicio del procedimiento sumarial—.

   Lo señalado merece ser puesto sobre la mesa y sometido al escrutinio público, en un contexto donde la generalidad de sumariados solo cuenta con ir a las oficinas de atención al público, hacer largas filas y ser ayudados durante unos breves minutos por algún funcionario de la repartición —quien debe resolver a la vez decenas de requerimientos paralelos—, sin que se pueda brindar un servicio acorde con las necesidades de aquellos interesados.

   Las precitadas distorsiones y porosidades en la gobernanza sancionatoria terminan por deslindar las bases de una verdadera «justicia de clase» en la administración sanitaria, que favorece, al final del día, a las personas con mayor instrucción y capacidad económica, y va en desmedro de aquellas menos instruidas y de los grupos socioeconómicos más vulnerables.

Así las cosas, los anteriores ejemplos resultan bastantes para afirmar que, con la crisis sanitaria, se manifestó, de forma ostensible, definitiva y con pasmosa certeza, también la crisis de la labor fiscalizadora y sancionatoria de la autoridad sanitaria.

Frente a dicho escenario, se vuelve urgente la reflexión sobre la transformación de la institucionalidad fiscalizadora y sancionadora sanitaria de nuestro país. En ese contexto, me parece que la solución o, cuando menos, la atenuación de los

problemas del sistema inspector y represivo de la autoridad sanitaria pasa, en gran medida, por expulsar la comprensión de las actividades de supervigilancia y sanción como funciones pensadas «a pesar de las personas», trasladándose hacia la comprensión de la potestad fiscalizadora y sancionadora como funciones pensadas «para las personas».

Calan hondo las palabras del diputado Marcos Ilabaca durante la discusión de la reciente ley Nº 21.388, que reformó la persecución de las multas emanadas de los sumarios sanitarios: «Invito a que el Ministerio de Salud haga una reforma más integral al Código Sanitario y a las normas que buscan sancionar drásticamente las infracciones sanitarias» (Historia de la ley Nº 21.388).

## 3. Bases para redefinir la gobernanza de la autoridad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora

A continuación, en un formato eminentemente esquemático, plantearé sucintamente ciertos principios sobre los cuales debiera redefinirse la gobernanza de la autoridad sanitaria en el ámbito fiscalizador y sancionador, con el propósito de dejar atrás las problemáticas del actual régimen del libro X del Código Sanitario y dar un salto cualitativo en el ejercicio de las potestades fiscalizadoras y punitivas de la Administración del Estado en el sector sanitario, especialmente al momento de evaluar las citadas actividades desde la óptica de las garantías y derechos fundamentales de los administrados.

En tanto rectora y articuladora de la gestión de la salud en el país y como parte de la Administración del Estado, la autoridad sanitaria debe observar los fines y principios consignados especialmente en la carta fundamental, la ley Nº 18.575 (artículo 3º), la ley Nº 19.880 (artículos 1º a 16) y el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005. No obstante, el replanteamiento del rol fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria involucra poner el acento en ciertos principios rectores, con el propósito de crear un modelo de gobernanza pensado desde la perspectiva y las necesidades de una comunidad regulada muy diversa y heterogénea; o, lo que es lo mismo, una función fiscalizadora y sancionadora pensada «para las personas».

Pues bien, la intención propuesta en las siguientes líneas no tiene otro fin que el de entregar luces, trazar líneas, poner sobre la mesa algunas ideas matrices para iniciar una discusión profunda y definitiva que perfile las bases sobre las cuales se redibujar la institucionalidad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora.

## Principios rectores para una nueva gobernanza en la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria:

### 3.1. Principio de juridicidad

Constituye un principio esencial en la existencia de un Estado de derecho e informador de la actuación de los órganos de la Administración del Estado. En Chile, el principio de juridicidad posee raigambre constitucional (Constitución, artículos 6º y 7º), «presupone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico» (Bermúdez Soto, 2011: 64), determina la acción administrativa y limita el actuar de los actos del Estado, subordinándolo a la ley y a la Constitución.

Si bien no existe novedad alguna al incluirlo como principio rector de la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria[31], sí resulta menester tener presente que la virtualidad del principio en comento da por supuesto, por una parte, que la actuación de la autoridad sanitaria deberá apegarse estrictamente a derecho y, por otro lado, que podrá realizar solo aquello para lo cual fue normativamente autorizada y nada más.

La sujeción estricta e integral de la autoridad sanitaria al derecho cobra una acentuada relevancia cuando el escrutinio sobre la legitimidad de su actuación se realiza respecto de los poderes y facultades que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para ser utilizados con carácter discrecional. No se debe olvidar que el ejercicio de las funciones fiscalizadoras y sancionadoras por parte de la autoridad sanitaria tendrá consecuencias directas e inmediatas en la vigencia de los derechos de las personas. Así, el ingreso de un fiscalizador a un restaurante repercute en el derecho de propiedad de su dueño —y el allanamiento con todavía más intensidad—; la imposición de una multa perjudica el patrimonio del infractor; la clausura o prohibición de funcionamiento de un almacén, obstaculiza el desarrollo de su actividad económica; o la suspensión del pase de movilidad atenta contra la libertad de reunión y la libre circulación.

Así las cosas, el uso arbitrario de dichas facultades constataría no solo la desviación de la función misma de la autoridad sanitaria, sino también el irrespeto a los derechos fundamentales de las personas administradas, cuya observación representa un límite a la actuación de todos los órganos del Estado (Constitución, artículo 5º, inciso segundo). En oposición, una buena gobernanza en las facultades fiscalizadoras y sancionadoras —esto es, el ejercicio discrecional y respetuoso de los derechos fundamentales de los administrados—, brindará a la autoridad sanitaria legitimidad democrática en su obrar.

---

31 Sin perjuicio de las aristas en las que puede desenvolverse el principio de legalidad —en los actos administrativos, en los procedimientos administrativos y en la sanción administrativa— en este apartado se analiza como principio general del acto administrativo y del ejercicio de la función pública.

### 3.2. Principio de servicialidad

Ya lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico, al:

1) declarar que «el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común» (Constitución, artículo 1º, inciso cuarto);

2) prevenir que «la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común» (ley Nº 18.575, artículo 3º, inciso primero); y

3) establecer que «las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública» (ley Nº 18.575, artículo 5º, inciso primero).

La «servicialidad» del Estado es, ante todo, un deber jurídico que la Constitución le ha impuesto al Estado, en razón de su condición esencialmente accidental e instrumental, concebido como un medio para el perfeccionamiento de las personas y para la consecución del bien común (Soto Kloss, 1995).

En esa línea, la autoridad sanitaria no habrá de olvidar que su rol es, ante todo, instrumental. Su función es proteger, promover y fomentar la salud en la población, erradicando o controlando los factores de riesgo presentes en el medio.

Pero cuidado, la operatividad práctica del principio de servicialidad es multifacética[32]. La autoridad sanitaria, en su función fiscalizadora y sancionadora, no solo puede plantearse como una mera policía sanitaria, que viene en castigar con la máxima severidad a quienes osen afectar o poner en riesgo la salud y seguridad de la comunidad. No implica solo un barrido de la mayor cantidad posible de conductas contrarias a las prohibiciones o deberes de conducta que la normativa sanitaria establece.

Si lo que busca la autoridad sanitaria es la verdadera modificación de conductas sociales en pos de la protección y promoción de la salud —como un bien que merece y exige su tutela de parte de todos los miembros de la comunidad—, su actuación fiscalizadora y sancionadora debe ser llevada a cabo con verdadera eficiencia, oportunidad, a través de las herramientas idóneas y ejerciendo sus potestades de modo proporcionado, razonable, no arbitrario, objetivo, imparcial y libre de discriminaciones fundadas en argumentos extrajurídicos.

---

32 Soto Kloss (1995) plantea que la operatividad de la servicialidad del Estado es «multifacética», pues abarca toda la actividad del legislador, del administrador, del contralor e incluso del juez. Para el administrador, prosigue el célebre profesor, el planteamiento constitucional de la servicialidad del Estado no significa solamente satisfacer genéricamente las necesidades de las personas o solo respetar los derechos de las personas, sino también procurar que su acción sea con eficiencia, oportunidad, idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamento jurídico; y reconociendo, además, que su inacción —cuando debe actuar— es inconstitucional y contraria a los derechos de las personas.

Y esto último supone reconsiderar la acción fiscalizadora y el tratamiento sobre los sujetos infractores en la acción sancionatoria, puesto que, como se indicó, el propósito último de la autoridad sanitaria es modificar definitivamente las conductas de los miembros de la comunidad, de lo cual se sigue que la irrupción del Estado sobre los particulares, en cumplimiento de sus funciones de fiscalización y punitiva, debe ser tanto eficaz, eficiente, como plenamente respetuosa de los derechos fundamentales.

Por supuesto que, en no pocas ocasiones, la reacción de la autoridad sanitaria deberá manifestarse utilizando las herramientas sancionatorias más severas que el ordenamiento jurídico-sanitario provee, para dar señales claras a la comunidad en cuanto al significado social de la protección de la salud y sus múltiples beneficios para la población. Pero esto no habrá de ser una regla generalísima e inmutable: si la autoridad sanitaria quiere buscar, en realidad, un verdadero cambio conductual en los administrados, necesita abrir su abanico de acciones, abrir territorios de colaboración con la comunidad e incluso involucrar en las nuevas estrategias a los infractores.

El infractor no puede transformarse en un paria para la autoridad sanitaria, en un ente que debe ser eliminado del sistema social, al volverse merecedor del yugo y de los castigos más ominosos posibles por sus conductas ilegítimas en el orden sanitario. Al final del día, también debe formar parte de ese círculo virtuoso de respeto y tutela de la salud y seguridad de la comunidad, porque el Estado se posiciona al servicio de todas las personas y cuando se dice de todas, son realmente toda[33] .

### 3.3. Principio preventivo

«En el Estado administrativo moderno es imperativo que la legislación sea efectiva, esto es, que alcance los objetivos para los cuales fue diseñada» (Soto Delgado, 2016: 189). Si bien el régimen sancionador es una herramienta esencial para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones higiénicas y no obstante lo anotado por Soto Delgado (2016), en cuanto a que «las sanciones administrativas constituyen herramientas institucionales que[,] puestas en marcha[,] permiten encauzar la conducta de los administrados hacia los objetivos perseguidos por la regulación» (página 195), tanto la normativa como las estrategias de actuación institucional requieren ser perfiladas de acuerdo a las propias y peculiares características de los sujetos regulados.

La autoridad sanitaria, con ocasión de la crisis provocada por el coronavirus, se ha visto forzada a configurar, en un brevísimo tiempo, una detallada normativa, llena de deberes y prohibiciones, redirigiendo sus esfuerzos a una

33 «Si quieres ser rey, sirve a tus conciudadanos —ya que solo eres el primero en el honor entre tus iguales—; si no quieres servir, no gobiernes, porque solo serás signo de discordia y de desunión, de violencia y de iniquidad» (Soto Kloss, 1995: 27).

amplísima categoría de sujetos regulados. Para garantizar la eficacia de este nuevo entramado regulatorio, se ha requerido reforzar el brazo fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria, mediante un plan de acción que incluyó una masiva contratación de fiscalizadores, abogados y todo un brazo de profesionales de la salud para cumplir los objetivos de vacunación, testeo, trazabilidad y aislamiento que se ha propuesto el Estado para contrarrestar los efectos de la pandemia.

No obstante la enorme labor que la salud pública nacional ha desarrollado durante los últimos años, lo cierto es que se hace cada vez más necesario revisitar su planificación y no solo respecto de la pandemia sino en todas las áreas de la acción sanitaria, echando nuevas raíces desde un enfoque esencialmente preventivo. Al respecto, se requiere de una normativa versátil, programas de acción fiscalizadora eficaces y racionalizados, y un esquema sancionatorio eficiente y acoplado a la diversidad de realidades que se reflejan en los administrados.

De este modo, los instrumentos regulatorios ligados a la prevención[34] deben constituir uno de los ejes de acción primaria en la acción sanitaria[35].

### 3.4. Principio de cooperación

En tanto también principio inspirador de la actuación administrativa, requiere ser insertado de manera decisiva en los planes, programas y estrategias de acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria. En la búsqueda de la modificación de las conductas indeseadas y riesgosas para la salud pública realizadas por administrados de muy diversa categorización —estudiantes, almacenes, constructoras, supermercados, compañías aéreas, trabajadores, dueños de mascotas, vendedores ambulantes, trabajadoras sexuales, adultos mayores, comunidades indígenas, mujeres, menores de edad—, la fiscalización y sanción pecuniaria como única herramienta de la Administración actualmente constituye más un problema que una solución efectiva para la autoridad sanitaria. Ello, toda vez que:

1) no se hace cargo de las particulares realidades de miembros de la comunidad que merecen especial consideración;

2) no se involucra con el necesario enfoque de género ni con las consideraciones biopsicosociales que rodean la comisión de alguna conducta en abstracto punible; y

34 Como las fiscalizaciones preventivas, las capacitaciones, los programas educativos o de difusión, la preparación de proyectos de ley o normas reglamentarias con un enfoque preventivo, etcétera.

35 El propósito de fortalecer el precitado enfoque anterior no viene sino a consolidar la pretensión primordialmente preventiva, de fomento y promoción de las políticas de salud del Ministerio de Salud.

3) no advierte los costos que implica poner en movimiento el aparataje estatal frente a los escasos frutos que se logran obtener en relación con la disuasión de conductas riesgosas para la salud y con los cambios positivos en las conductas higiénicas y de seguridad de la comunidad regulada.

Así las cosas, se deben pensar en estrategias de acción no adversarial, cooperativas, en las cuales se promueva la participación, el traspaso continuo de información, la autorregulación y la autofiscalización como primer eje de intervención. De ese modo, la clásica fiscalización y la aplicación de sanciones pecuniarias aparecerían solo una vez que las primeras estrategias de acción resulten insuficientes respecto de la persona regulada e infractora[36]. Esta vez, la sanción se integraría —como en derecho penal— como la *ultima ratio* de todo el esquema fiscalizador y sancionador en el compendio de herramientas de enforcement de la autoridad sanitaria, a fin de obtener el máximo respeto de la normativa de parte de la comunidad y un uso más eficiente y racional de recursos públicos.

Algunas experiencias comparadas que materializan el principio de cooperación también podrían llegar a ser aplicables —aunque requieren de modificaciones legislativas—, como por ejemplo algunas de las ilustradas por Bermúdez Soto (2011): la «terminación convencional del procedimiento administrativo» y el acceso a otros mecanismos de resolución de conflictos —mediación, arbitraje, conciliación—.

En definitiva, la consecución de este principio motiva la concepción del andamiaje fiscalizador y sancionador desde un enfoque multidimensional y de derechos, integrando las particulares realidades de cada persona administrada y sujeto regulado; y considerando los rasgos específicos de miembros de la comunidad que requieren de una especial consideración, por las condiciones desmedradas en las que conviven frente al resto de la población y los riesgos específicos que padecen[37].

### 3.5. Principios de eficiencia y eficacia

Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos —principio de eficiencia— y por el debido

36 Al respecto, interesante resulta lo planteado por Soto Delgado (2016) sobre la formulación de modelos responsivos, con una variedad de medidas y estrategias de regulación, que otorguen suficiente adaptabilidad a la Administración en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y punitivas.

37 La autoridad sanitaria debe considerar que la normativa que va creando repercute de manera muy distinta conforme a los diversos perfiles de la población. El impacto de una intervención institucional de corte tradicional, esencialmente punitivo, en los grupos vulnerables puede causar el efecto exactamente contrario al esperado, deslegitimando la acción sanitaria, y convertir en letra muerta los deberes de actuación dispuestos y las prohibiciones establecidas. En la aspiración por una planificación idónea, una nota de distinción va para Lustig y Tommasi (2020), quienes consignan certeras recomendaciones para el diseño y ejecución de respuestas institucionales más eficaces.

cumplimiento de la función pública –principio de eficacia– (ley Nº 18.575, artículo 5º). En ese orden, es preciso considerar que la autoridad sanitaria debe cumplir con los principios de eficiencia y eficacia, velando por la eficiente administración de los recursos públicos para el mejor desarrollo de su función pública.

El contenido de estos principios interpela a la institucionalidad fiscalizadora de la autoridad sanitaria, en el sentido de exigirle la máxima calidad en su gestión y la mejor administración de los escasos recursos con los que cuenta.

Es por ello que las fallas en las fiscalizaciones, por defectos en la instrucción y capacitación de los inspectores[38] o por mala o incompleta información proveída a dichos funcionarios de parte de las jerarquías u otras instancias respectivas[39], originan un importante dispendio de recursos –tiempo, personas y bienes materiales–, especialmente cuando aquello se traduce generalmente en la apertura de procedimientos sancionatorios inoficiosos.

Por su parte, el ejercicio de la potestad sancionadora constituye no solo una debilidad, sino una amenaza para el funcionamiento racional, adecuado y legítimo de la potestad punitiva del Estado en el ámbito sanitario[40], si no reúne los siguientes requisitos:

1) un trabajo fuertemente coordinado con las instancias técnicas que le sirven de apoyo;

2) canales de información rápidos y eficientes entre los órganos que participan o pueden participar durante el transcurso de los procedimientos sancionadores instruidos[41];

3) criterios y procedimientos de trabajo interno estandarizados, formalizados y publicitados para la iniciación, instrucción y finalización de los procedimientos sumariales;

4) profesionales con una formación jurídica de excelente y reconocida capacidad de trabajo individual y en equipo; y

38 Por ejemplo, en el contexto de la fiscalización de las medidas sanitarias dispuestas por el brote de COVID-19, al llevar a cabo inspecciones e instruir sumarios por hechos que, derechamente, no constituyen infracción sanitaria.

39 Por ejemplo, con ocasión del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas por el brote de COVID-19, al fiscalizar personas no obligadas a cumplir cuarentenas o aislamientos –porque cumplieron los requisitos para interrumpir la medida o porque tenían una autorización para ello otorgada por la propia autoridad sanitaria–.

40 Que pueden representarse, en la práctica, en la debilitación del deber de motivación de los actos administrativos, el establecimiento de sanciones injustas y la conculcación de derechos fundamentales de los administrados durante la tramitación de los sumarios sanitarios –por restricciones al derecho a la defensa, al principio de inocencia, a los principios de contradictoriedad y bilateralidad de la audiencia, al derecho a acceder al expediente, al derecho a recurrir, entre otros–.

41 Canales de información aptos para otorgar antecedentes completos y pertinentes en los sumarios sanitarios que lo requieran por su complejidad.

5) más objetivos que los de imponer sanciones pecuniarias a diestra y siniestra —con la única intención de infundir en la población una insensata sensación de temor reverencial al sistema, en vez de propender hacia una transformación del significado y la valoración que la sociedad tiene de los deberes en materia de salud, higiene y seguridad—.

Así las cosas, la autoridad sanitaria debe hacer frente a los riesgos que trae consigo la mala utilización de los recursos fiscales y la actividad ociosa, dispendiosa o ilegítima de las potestades públicas que posee, tomando nota, por ejemplo, de las siguientes iniciativas:

1) profundizar la coordinación interna, modernizando y fortaleciendo los canales de información entre departamentos y subdepartamentos;

2) reconocer con claridad los roles que cada funcionario tiene en la fiscalización y en los procedimientos sancionatorios instruidos;

3) emitir instrucciones internas, circulares, resoluciones u otros actos administrativos sobre la labor fiscalizadora y sancionatoria, y revisar y actualizar las ya existentes, todo con la debida publicidad;

4) diseñar e implementar los planes y programas de inducción, acompañamiento, formación y desarrollo necesarios y pertinentes para los funcionarios que se involucrarán en cada área de gestión de las funciones de fiscalización y sancionadora;

5) perfeccionar la gestión de personas desde el reclutamiento y selección hasta el término de los servicios, considerando mecanismos de evaluación permanentes e idóneos;

6) promoción de buenas prácticas laborales, tales como:

   a) políticas de trabajo mancomunado,

   b) creación de redes colaborativas entre pares,

   c) políticas de buen trato,

   d) generación de ambientes laborales horizontales,

   e) escuelas de formación y capacitación,

   f) estrategias de gestión del conocimiento,

   g) programas de reconocimiento,

   h) planes de fortalecimiento de las habilidades directivas,

   i) políticas de trabajo flexible;

7) involucrar la perspectiva de género en cada estrategia de acción;

8) creación de códigos de ética sobre conducta funcionaria;

9) programas de cumplimiento;

10) esquemas de auditoría externa e independiente, adaptados a la realidad de las funciones de fiscalización y sancionadora.

En esta línea, reveladoras son las conclusiones a las que ha arribado recientemente la Contraloría General de la República (2021) con ocasión de una auditoría efectuada a la Secretaría Regional Ministerial de Salud región Metropolitana, en relación con las sanciones aplicadas por dicha repartición, en el marco de los sumarios sanitarios instruidos en el período comprendido entre los años 2017 y 2020. El informe emanado del órgano contralor, en síntesis, da cuenta de:

1) instrumentos de fiscalización desactualizados,

2) inexistencia de perfiles de cargo de la entidad,

3) inconsistencias y falta de integridad en las bases de datos de sumarios sanitarios informadas,

4) fallas en la coordinación para el registro de pagos de multas,

5) deficiencias en la contabilización de las multas impuestas y en las gestiones de cobranza y registro de multas impuestas,

6) falta de control en el régimen de cobranza de multas,

7) deficiencias en la notificación de sentencias dictadas a sus correspondientes infractores y retardo excesivo en la conclusión de sumarios sanitarios.

Todo lo cual socava los principios referidos en este apartado.

### 3.6. Principio de probidad

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular (ley Nº 18.575, artículo 52, inciso segundo; ley Nº 20.880, artículo 1º, inciso segundo).

En los tiempos actuales, las instituciones públicas están sometidas al constante escrutinio de la comunidad y deben convivir con altos niveles de desconfianza —especialmente cuando en su seno acaecen situaciones que horadan la legitimidad de la actuación administrativa—. Por esta razón, el deber de respeto del principio de probidad no es un asunto de mero cumplimiento de los estándares

mínimos exigidos por la ley, ni mucho menos una cuestión simplemente estética, que permita alcanzar una mejor evaluación de parte de la sociedad sobre la base de la exposición de números grandilocuentes y que representen, en apariencia, una buena administración.

Si bien no existe una especial reprobación de parte de la población a las acciones desplegadas por la autoridad sanitaria y no se advierten graves observaciones o reproches por conductas contrarias a la probidad que sean sistemáticas o que formen parte de la cultura organizacional de la institucionalidad sanitaria —en efecto, la acción pública en materia sanitaria en contexto COVID-19 ha sido de las más aplaudidas últimamente, sin observarse graves fallas en relación con conductas deshonestas o reñidas con la ética pública—, sí hay que dejar asentado que la propia estructura organizativa de la Administración del Estado, en general, y la institucionalidad sanitaria, en particular, dejan abiertas sendas puertas para el ingreso y repetición de conductas contrarias a una administración recta.

Ante ello, la autoridad sanitaria se ve compelida a enfrentar firmemente, entre otros actos que contradicen la ética, moral y el carácter técnico que debe caracterizar su obrar:

1) el tráfico de influencias;

2) los conflictos de intereses;

3) el adelantamiento o la dilación injustificada de la decisión en un procedimiento administrativo;

4) la acción sanitaria fundada en motivaciones políticas bajo el velo de la protección de la salud pública;

5) el ejercicio ilegítimo de facultades o atribuciones administrativas de parte de los servidores públicos;

6) la intervención de funcionarios en asuntos que le resten imparcialidad;

7) el dispendio y la desviación de recursos;

8) la ejecución de actividades con fines ajenos a los institucionales;

9) la minusvaloración del mérito y de las capacidades de los funcionarios;

10) los actos de discriminación, abusivos y restrictivos de derechos funcionarios y laborales;

11) el ingreso de personas a la Administración por consideración políticas y no técnicas; y

12) la subutilización o subestimación de talentos profesionales;

Más que recomendar herramientas y estrategias de acción en el abordaje de las problemáticas referidas a la probidad administrativa, lo determinante en este punto es apreciar, con claridad meridiana, qué es lo que se busca resguardar con los nuevos planes e instrumentos que se propongan. Desde esa perspectiva, parece razonable tener presente que es la confianza de la comunidad en la autoridad sanitaria lo que se encuentra en juego y resulta imperativo proteger, máxime cuando de aquello depende, en buena medida, el éxito o fracaso de las políticas públicas en salud.

La confianza es uno de los activos fundamentales que debe salvaguardar la autoridad sanitaria para mantenerse fortalecida como institución y sostener la legitimidad de su accionar en el territorio de la salud pública, especialmente cuando este envuelve generalmente la restricción de derechos fundamentales de los administrados, como ocurre, por antonomasia, en el ámbito fiscalizador y sancionatorio.

Sostenida en el referido predicamento, la actuación de la autoridad sanitaria debe procurar especialmente:

1) capacitación permanente de los servidores públicos en materia de probidad administrativa;

2) elaboración de códigos de conducta funcionaria;

3) generación de canales de denuncia eficientes y que garanticen la protección de la parte más débil, con objetividad e imparcialidad;

4) elaboración de políticas de transparencia institucional;

5) promoción de buenas prácticas de transparencia específicas en materia fiscalizadora y sancionatoria;

6) publicitación y estandarización de los criterios de actuación funcionaria en el ámbito fiscalizador y sancionador.

## Conclusiones: por una autoridad sanitaria «para las personas» y no «a pesar de las personas»

La historia de la salud pública nacional se encuentra marcada por notables hitos normativos y por grandes transformaciones institucionales. Y no pocos de ellos son herederos de importantes crisis sanitarias sufridas en el país.

Tanto el proceso político-social originado con la revuelta social de octubre de 2019 como la propia pandemia evidenciaron, con mucha dureza, las desigualdades estructurales existentes en nuestro país. Asimismo, tales acontecimientos han exhibido –y continúan demostrando– la fragilidad del aparataje estatal en múltiples áreas, no siendo la salud una excepción, más allá de que las políticas públicas adoptadas durante la actual crisis sanitaria han logrado evitar muchos de los peores escenarios que se avizoraban.

La verdad sea vuelta a decir: la pandemia también ha manifestado, ostensiblemente, la necesidad de reformas estructurales a la institucionalidad sanitaria, dentro de las cuales merece ser incluida la revisión de las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de la autoridad sanitaria.

Urge una nueva concepción del rol fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria y una reforma integral a las normas del Código Sanitario que delinean aquellas potestades. Como lo sostuve líneas atrás, la resolución de las problemáticas más relevantes del sistema fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria pasan, en buena medida, por erradicar el entendimiento de la acción fiscalizadora y sancionadora como funciones pensadas «a pesar de las personas», trasladándose hacia la comprensión de una potestad fiscalizadora y sancionadora «para las personas».

Este nuevo perfil planteado adquiere aún más sentido en un contexto de discusión sobre la reestructuración del Estado desde la visión de los derechos fundamentales de la ciudadanía, retirando la ordinaria inteligencia de un servicio público construido desde las potestades que ejerce sobre los ciudadanos (Linazasoro Espinoza & Cornejo Martínez, 2020).

Lo anterior implica revisitar la vitalidad de ciertos principios rectores de la actuación administrativa –juridicidad, servicialidad, preventivo, cooperación, eficiencia, eficacia y probidad–, proyectándolos de forma manifiesta en el ordenamiento jurídico sanitario y llevándolos a la práctica dentro de la organización de la autoridad sanitaria.

## Referencias


- Bermúdez Soto, Jorge. (2011). *Derecho administrativo general* (2ª edición) Legal Publishing Chile.
- Cid Pedraza, C. & Uthoff Botka, A. (2017). La reforma a la salud pendiente en Chile: reflexiones en torno a una propuesta de transformación del sistema. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 41, 1-9. DOI: 10.26633/RPSP.2017.170

- Comisión ESP-Colmed. (mayo de 2018). *Propuestas para una reforma integral al financiamiento de la salud en Chile.* http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2018/05/Propuesta-Reforma-de-Financiamiento-Integral-a-la-Salud.pdf
- Contraloría General de la República. (2021). *Informe final Nº 736, de 29 de noviembre de 2021, de la Primera Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, sobre auditoría a las sanciones sanitarias aplicadas por la Secretaría Regional Ministerial de Salud región Metropolitana, en el marco de sumarios sanitarios substanciados entre los años 2017 y 2020.* https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/auditoria/9c8a066e072dc37eb7b49b4ef462c131/html
- Cruz-Coke Madrid, R. (2000). Patrimonio histórico de la medicina chilena. *Anales de la Universidad de Chile, VI serie: 12*. http://web.uchile.cl/vignette/anales/CDA/an_complex/0,1279,SCID%253D3631%2526ISID%253D261%2526ACT%253D0%2526PRT%253D3625,00.html#
- Laval Román, E. (2003). Chile 1918: las dos epidemias. *Revista Chilena de Infectología*, 20(Supl. notashist), 133-135. https://dx.doi.org/10.4067/S0716-10182003020200049
- Linazasoro Espinoza, I. & Cornejo Martínez, C. (2020). El derecho a una buena Administración pública en las constituciones a propósito del debate constitucional chileno. *Revista de Derecho Público,* (93), 49-83. doi:10.5354/0719-5249.2020.57586
- Lustig, N. & Tommasi, M. (2020). El COVID-19 y la protección social de los grupos pobres y vulnerables en América Latina: un marco conceptual. *Revista de la CEPAL*, 132, 283-295. https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46836?locale-attribute=en
- Paredes Escobar, M. C.; Pesse-Sorensen, K. & Barros Rubio, X. (2020). Ética de la salud pública: propuesta sobre los principios fundamentales que guían las responsabilidades éticas del estado en el contexto pandemia COVID-19. *Revista Médica de Chile,* 148(10), 1481-1488. https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872020001001481
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *The Council on the Economics of Health for All. Manifesto.* https://cdn.who.int/media/docs/default-source/council-on-the-economics-of-health-for-all/who-council-eh4a_manifesto_09112021.pdf?sfvrsn=788671_5
- Soto Delgado, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007
- Soto Kloss, E. (1995). La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad. *Revista de Derecho Público*, 1995(57/58), 13-28. https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43339/45324

HISTORIA DE LA LEY

- Historia de la ley Nº 21.388, *que modifica el Código Sanitario en lo relativo al cobro de multas.* https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7928/HLD_7928_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

BOLETINES

- Boletín Nº 9.914-11. *Proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Girardi, Goić, Ossandón, Rossi y Zaldívar, que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias,* 10 de marzo de 2015.https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10335&prmBOLETIN=9914-11.

- Boletines Nºs. 13.818-11, 13.806-11, 13.817-11, 13.821-11 y 13.838-11, refundidos. *Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular el ejercicio de distintas profesiones del área de la salud como parte de un equipo médico,* 20 de abril de 2021. https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14363&prmBOLETIN=13806-11.

- Boletín Nº 13.863-11. *Proyecto de ley, iniciado en mensaje del presidente de la República, que reforma el Fondo Nacional de Salud y crea un plan de salud universal,* 28 de octubre de 2020. https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14424&prmBOLETIN=13863-11

## Normativa

- Ley S/N, *Constitución Política de la República de Chile.* Texto original. Diario Oficial de la República de Chile, 18 de septiembre de 1925. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=131386&idVersion=1925-09-18

- Ley Nº 3.385, *Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de junio de 1918. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=169255&idVersion=1918-06-22&idParte=8919795

- Ley Nº 19.497, *introduce modificaciones al Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de marzo de 1997. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=70042&idVersion=1997

- Ley Nº 19.880, *establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2003. Última modificación 23 de febrero de 2017. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676

- Ley Nº 20.416, *fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.* Diario Oficial de la República de Chile, 3 de febrero de 2010. Última modificación 9 de junio de 2020. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010668

- Ley Nº 20.880, *sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.* Diario Oficial de la República de Chile, 5 de enero de 2016. Última modificación 18 de noviembre de 2021.http://bcn.cl/2f96y

- Ley Nº 21.388, *modifica el Código Sanitario en lo relativo al cobro de multas.* Diario Oficial de la República de Chile, 28 de octubre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1167103

- Ministerio de Salud Pública. (1968). *Decreto con fuerza de ley Nº 725, de 1967, que aprueba el Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 31 de enero de 1968. Última modificación 28 de octubre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5595&idParte=0

- Ministerio de Salud. (2006). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 2.763, de 1979, y de las leyes Nº 18.933 y Nº 18.469.* Diario Oficial de la República de Chile, 24 de abril de 2006. Última modificación 14 de junio de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=249177

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 11 de marzo de 2022. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302


## Jurisprudencia


Tribunal Constitucional. Causas roles:

- Nº 1.345 (2009), sentencia de 25 de mayo de 2009.

- Nº 8.823 (2020), sentencia de 21 de diciembre de 2020.

- Nº 9.707 (2020), sentencia de 4 de enero de 2022.

- Nº 10.383 (2021), sentencia de 25 de noviembre de 2021.