

MINUTA

REPUBLICA DE CHILE
PRESIDENCIA
REGISTRO Y ARCHIVO
94/2713
14 FEB 94
M.Z.C.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DECRETO SUPREMO 481, QUE DECLARO
SANTUARIO DE LA NATURALEZA A UN CAMPO DUNAR EN VIÑA DEL MAR

MANUEL DANIEL

ARCHIVO

- 1.- Las decisiones de la Administración que toman la forma de decretos supremos (también las que se emiten bajo la forma de resoluciones) deben sujetarse en Chile a un procedimiento de elaboración, que es un procedimiento administrativo regulado por el ordenamiento jurídico (Constitución Política D.F.L. 7912, de 1927, antigua ley de Ministerios, Ley 10336, Orgánica de la Contraloría General de la República, el decreto supremo 2710, de 15 de mayo de 1942 y el dictamen de la Contraloría N° 61.403, de 1961).
- 2.- El procedimiento administrativo así regulado es un elemento formal del acto-decreto, que como todo procedimiento de esta naturaleza debe cumplirse cabalmente, pues de lo contrario no sólo habría un acto ineficaz, sino que el acto sería sólo "proyecto" y no nacería a la vida jurídica.
- 3.- Tal procedimiento consta sustancialmente de tres etapas: a) la declaración orgánica formal de la Administración (la orden escrita, en este caso del Presidente); b) el control jurídico "previo" (toma de razón por la Contraloría); c) la comunicación (notificación, si afecta sólo a personas determinadas, o publicación, si está dirigida a personas indeterminadas o si la ley o el propio Presidente ordenan expresamente que se publique).

El decreto 2710, de 1942, ordena que los decretos supremos que contengan disposiciones "que afecten a los particulares" (indeterminadamente hay que entender) "deben ser publicados íntegramente en el "Diario Oficial".

El dictamen N° 61.403 de 1961, de la Contraloría, que es obligatorio para la Administración, sistematiza la obligación de publicar en los términos indicados en la letra c) precedente.

- 4.- El decreto 481, del 5 de agosto de 1993, de que se trata, que declaró Santuario de la Naturaleza un campo dunar y que por su naturaleza obligaría no sólo a quienes son dueños sino a toda la comunidad, debe ser publicado y esta publicación, además, ha sido ordenada por el Presidente de la República; de suerte que si no ha sido publicado, no ha cumplido una de las etapas sustanciales del procedimiento de elaboración y sólo puede estimarse como proyecto, sin que la declaración orgánica, aún con la toma de razón de la Contraloría, se haya convertido en decreto propiamente tal, ni exista como acto Administrativo.
- 5.- Como no habiendo acto jurídico no ha podido producir efecto alguno, nada obsta a que el Presidente de la República revise su determinación y, para que no rija la orden de publicar, la deje sin efecto.
- 6.- No podría derivarse responsabilidad civil por no haberse efectuado la publicación, ya que ningún daño ha podido producirse, ni tampoco administrativa para los que no cumplieron la orden, que fue retenida.
- 7.- En el supuesto de entender que lo que se revoca es un acto ya producido e incorporado al ordenamiento -lo que no ha ocurrido- cabe tener presente que la ley 17.288 entrega la decisión sobre declarar o no monumento nacional o Santuario de la Naturaleza al Presidente de la República (por decreto supremo), exigiendo para dar origen a ésta calidad la solicitud de la Comisión de Monumentos Nacionales, pero no para ponerle fin; es obvio que, en todo caso, la decisión es del Presidente, como Supremo Administrador del Estado, pues la ley no la ha dado al Consejo; y para dejarla sin efecto puede adoptarla sin tal requisito.

Santiago, enero 24 de 1994

ASPECTOS JURIDICOS DEL DECRETO 481 QUE DECLARA SANTUARIO DE LA NATURALEZA UN CAMPO DUNAR EN CON-CON

DIVISION-JURIDICO LEGISLATIVA
MIN.SEGPRES

Santiago, enero 1994

I ANTECEDENTES

Mediante el Decreto Supremo 481, de Educación, de 5 de agosto de 1993 se declaró santuario de la naturaleza dos sectores del Campo Dunar de la punta de Con-Con, V Región, Valparaíso. Ello se fundó en el valor educativo y científico de dicho campo, el que se distingue por sus arenas relictas y sus caracteres fislográficos, además de su alto valor escénico y estético. El decreto se dictó habiendo existido acuerdo del Consejo de Monumentos Naturales.

En virtud de esta declaración, dicho sitio quedó bajo la custodia del Consejo de Monumentos Nacionales, de modo tal que sin su autorización no se puede desarrollar ninguna actividad por los dueños del sitio (art. 31, Ley N° 17.288).

Hay que tener presente que a dicho Consejo le corresponde proponer al gobierno las medidas administrativas conducentes a la mejor vigilancia y conservación de los monumentos nacionales (art. 6° N°s. 5 y 7). Y que exista acción popular -de la que conoce el juez de letras- para denunciar toda infracción (arts. 42 y 44). Los funcionarios que infringen la ley o faciliten su infracción, cometen falta administrativa (arts. 39 y 41).

De este decreto la Contraloría tomó razón. Sin embargo, hasta la fecha, no ha sido publicado ni notificado.

El 14 de octubre de 1993 el representante legal de RECONSA, Juan Pablo Simián, hizo presente al Ministro de Educación que la Municipalidad de Viña del Mar había aprobado un loteo ("Costa de Montemar") dentro de sitios urbanos ubicados en el plano regulador de Viña del Mar, sin que se señalara de modo alguno que había sectores de dicho loteo destinados a ser declarados santuario de la naturaleza. Estos sectores coinciden exactamente con los que el decreto declaró santuario de la naturaleza. Además, hizo presente que estos sitios estaban gravados con una hipoteca en favor del Instituto de Normalización Previsional para garantizar una deuda que EGECO S.A. y RECONSA mantienen con dicho Instituto por la compra a la ex Caja de Empleados Particulares de derechos sobre los sitios en cuestión.

El 24 de noviembre del año recién pasado, el Consejo de Defensa del Estado informó al señor Ministro de Educación que el decreto 481 debía publicarse y que la Autoridad no podía suspender dicha publicación, pues la adecuación del decreto supremo 481 a la Ley ha sido controlada por el órgano competente. Por lo tanto, corresponde a la Administración del Estado proceder a su cumplimiento. Además, hizo presente que la presentación de la sociedad urbanizadora Reñaca Con-cón S.A. en nada puede alterar la conclusión de legalidad a que llegó la Contraloría, siendo irrelevante que el predio se encuentre hipotecado, que se encuentre en una zona urbana y que exista un permiso de urbanización aprobado.

Mediante el decreto supremo 840, de Educación, de 6 de diciembre de 1993, se deja sin efecto el decreto supremo 481 de 1993. Este decreto se encuentra actualmente en trámite en la Contraloría.

El 13 de diciembre, el Instituto de Normalización Previsional hace presente al señor Ministro de Educación que la declaración de santuario de la naturaleza a dos sectores del Campo Dunar de punta de Con-Cón le causa serios problemas y perjuicios, por cuanto EGECO adeuda conjunta y solidariamente con RECONSA una cantidad superior a 940.400 UF.

II EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA TOMA DE RAZON

1. Procedimiento y Legalidad

En Chile, por mandato de la Constitución, rige el principio de la legalidad como vinculación positiva, es decir los órganos del Estado no pueden hacer sino aquello que la ley les permite.

Para la materia que nos interesa, ello significa que la administración no puede realizar su función como quiera, sino con la forma y contenido que la ley le determina.

Una de las innovaciones que introdujo la Carta de 1980 fue restringir la soberanía de la ley. Manifestaciones de ello son la restricción del ámbito de la ley, la existencia de la potestad reglamentaria autónoma, el control preventivo de constitucionalidad, la consagración de un concepto material de ley y la existencia de las leyes de bases. Por expreso mandato del nº 18 del art. 60 de la Constitución, es materia de ley las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública. Es decir, se trata de una ley de bases.

La Constitución de 1980 consagró como garantía constitucional el racional y justo procedimiento. Tal como quedó constancia en la discusión de la Comisión Ortúzar, tal garantía es aplicable a la administración. En tal sentido todo procedimiento debe cumplir ciertos postulados básicos: bilateralidad de la audiencia, presentación de pruebas, sentencia dictada por un órgano imparcial, posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior, etc.

La LOC BGAD contempla como principio formativo de la conducta de la administración la eficiencia, la simplificación y la rapidez. "Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

2. La idea de procedimiento administrativo

La mayoría de las veces el poder no se transforma en acto de inmediato. La función pública es el poder público en movimiento hacia un resultado concreto. La actividad administrativa no escapa a ello, pues precisa de una serie de actuaciones previas en las que debe basarse la decisión final.

Por eso, la doctrina define el procedimiento como la historia de transformación del poder en acto, historia determinada por toda la serie de actos necesarios para que el poder se manifieste en una realización concreta. Y el procedimiento administrativo como aquel que se refiere a la función administrativa, o sea es la historia de la concreción del poder público en actos administrativos.

El procedimiento administrativo es aquella regulación normativa dirigida a determinar la elaboración de los actos administrativos que rigen los órganos de la administración; es el mecanismo a través del cual se producen o elaboran los actos administrativos. En otras palabras, es el cauce formal de producción de las disposiciones y resoluciones administrativas. Por eso, el procedimiento administrativo tiende a producir actos administrativos.

El procedimiento administrativo se distingue del proceso administrativo. El primero se refiere a las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. El segundo se refiere únicamente a los litigios judiciales contra la Administración.

Existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de los órganos de la Administración del Estado sino también dentro de los órganos legislativos y jurisdiccionales.

Entre proceso judicial y proceso administrativo existen semejanzas, pues ambas instituciones pertenecen a un tronco común. El procedimiento es una categoría propia de la teoría general del derecho; por tanto, no es propia de ninguna rama del Derecho. Sin embargo, existen diferencias entre el procedimiento administrativo y el judicial. El proceso judicial tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ella. El procedimiento administrativo también constituye una garantía de los derechos de los administrados. Sin embargo, no agota en ello su función, pues ella tiene por propósito asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración. Esta diferencia es muy importante de tener en cuenta a fin de no "jurisdiccionalizar" el procedimiento administrativo.

Lo anterior no significa desconocer que el procedimiento administrativo completa la garantía judicial. Por una parte, porque actúa antes que la decisión sea adoptada; es un control preventivo. Por otra parte, porque la garantía del procedimiento administrativo opera incluso respecto de la oportunidad, es decir, abarca el mérito, aspecto que escapa a los tribunales, pues estos ejercen un control de legalidad.

El procedimiento administrativo constituye una exigencia de funcionamiento para cualquier organización compleja. Ello facilita el control interno de las actuaciones por los órganos superiores y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad. Enseguida, el procedimiento respecto a la administración pública tiene una significación particular: garantizar los derechos e intereses de los administrados, que se deriva de la objetividad que se exija a la administración a través de los principios que informan el procedimiento y de la directa intervención del propio administrado afectado en el procedimiento. En otras palabras, el fundamento del procedimiento administrativo es, por una parte, ser una garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados; y por la otra, lograr una más pronta, eficaz y oportuna satisfacción de las necesidades públicas.

3. Características

La primera característica del procedimiento administrativo es la heterogeneidad de los actos en cuanto agentes (públicos y privados), función (activa, de control, consultiva) y naturaleza (de conocimiento: comunicaciones, certificaciones; de juicio: decisiones, calificaciones; y de voluntad: negociales y meros actos).

La segunda es la relativa autonomía de los actos que van configurando el procedimiento, que permite que sean separables y recurribles aisladamente unos de otros. El procedimiento no se resume en un acto de naturaleza compleja (la resolución), en el que vendrían a fundirse, perdiendo su propia identidad, todos los actos anteriores a él.

La tercera, la unidad del efecto jurídico. El acto administrativo no es producto de un mero agregado de actos heterogéneos por su origen y contenido, carentes de toda relación estructural entre sí. Se trata más bien de una cadena cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común. La decisión administrativa surge como consecuencia de la participación de una pluralidad de agentes, actos y funciones. Los actos preparatorios se orientan hacia el acto terminal.

Finalmente, la vinculación causal de todos los actos entre sí, de modo que uno supone el anterior.

Por otra parte, pueden distinguirse tres etapas en el procedimiento administrativo. La primera es la manifestación de voluntad de la administración que se traduce en una resolución, en un decreto, etc. La segunda etapa se inicia con el envío de este acto a su control por parte de los órganos competentes. La última etapa tiene lugar cuando la administración comunica a los afectados, mediante publicación o notificación, la dictación de dicho acto.

4. La toma de razón: un acto trámite dentro del procedimiento administrativo

La toma de razón es el control jurídico previo, general y obligatorio, que en materia de legalidad y constitucionalidad, realiza la Contraloría General de la República respecto de los decretos, decretos con fuerza de ley y resoluciones.

De la definición anterior, interesa resaltar que por regla general, se trata de un control preventivo, es decir, se ejerce antes que el acto opere en la vida jurídica.

Lo anterior tiene una enorme importancia:

- a. En primer lugar porque la toma de razón no es un trámite de eficacia del acto administrativo, pues mientras no opere, el acto no ha nacido a la vida jurídica; es una mera vía de hecho. Sin toma de razón no hay acto administrativo.

- b. La toma de razón no consiste sólo en un juicio o pronunciamiento que emite la Contraloría en uso de sus potestades legales, mediante el cual verifica la juridicidad de los decretos y resoluciones, sino que también consiste en impedir, en caso de juicio desfavorable, el nacimiento al mundo jurídico de un acto disconforme a derecho. Es decir, por la toma de razón se busca un doble objetivo. Por una parte, que el acto se conforme a derecho, es decir sea dictado por un órgano con investidura, dentro de su competencia y de acuerdo a la forma legal. Por la otra, que se salvaguarde el ordenamiento jurídico y sus principios sobre la base de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a derecho.
- c. La toma de razón implica un exámen de parte del órgano contralor. Es decir, no es un acto de conocimiento, en virtud del cual solo debería hacer notar el hecho que capta. La toma de razón no consiste en la mera captación de un hecho sino que es el ejercicio de una potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e impedimento si el acto no se ajusta a derecho. De ahí que en algunas ocasiones deba interpretar el derecho y entrar a verificar el fin y el motivo del acto. Es decir, la toma de razón puede significar determinar si el hecho o acto cabe en el contenido normativo.

Por excepción, existen ciertos decretos y resoluciones que van a toma de razón después de haberse aplicado; son los decretos de urgencia o de aplicación inmediata. Estos son aquellos en que la toma de razón está pospuesta para después de su entrada en vigencia como única manera que las medidas que conlleva puedan ser operantes. De ahí que se les considere una excepción, puesto que no tienen un control preventivo por parte del órgano contralor. La toma de razón se pospone, no se suprime.

El hecho que no vayan a control preventivo no significa que no deban cumplir con todas las obligaciones que les impone la legalidad, pues este es un principio de rango constitucional que obliga directamente a todos los órganos del estado. Tampoco, que estén exentos del trámite de toma razón, pues este en vez de ser previo es a posteriori. Conforme al art. 10 de la LOC CGR, estos decretos deben enviarse a la Contraloría para registro y control posterior dentro del plazo de 30 días desde su emisión. Es decir, una cosa es que se ejecuten de inmediato y otra la exención de la toma de razón, pues esta última no existe respecto de los decretos de urgencia; la toma de razón sólo se pospone, no se suprime.

Su fundamento radica en que hay actos que disponen medidas cuya oportunidad se desvanecería o se desvirtuarían si no se aplicaran de inmediato. Se trata de materias que exigen un cumplimiento inmediato. Por ejemplo, suplencias e interinatos.

Estos decretos nacen revestidos con una presunción de legalidad que dura o se extiende hasta que la Contraloría conoce de ellos. Si no los cursa, esta presunción desaparece. Por ello, devuelto el decreto sin que se le haya cursado, deja de producir efectos, sin perjuicio de que se insista. La suspensión se produce desde el rechazo.

Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar. Esta puede ser administrativa o política, tal como señala el art. 10 de la LOC CGR.

Ahora bien, la toma de razón acarrea los siguientes efectos para el acto:

- a. En primer lugar, permite que pueda continuar con su tramitación dentro de la etapa de elaboración del acto administrativo. Sin toma de razón, el acto no existe y no puede llevarse a efecto, bajo severas medidas por responsabilidad administrativa. Sin toma de razón no hay acto. Este sólo nace al mundo del derecho una vez que culmina su tramitación.
- b. En segundo lugar, origina la presunción de legalidad. Esta consiste en la suposición que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y constitucionales, que es perfecto, y que tiene, por tanto, valor y eficacia jurídica.

Los efectos que produce esta presunción son, por una parte, que no es necesario que la "legitimidad" de dichos actos sea declarada por la autoridad judicial. Por ello, un agente administrativo no puede, so pretexto de ilegalidad, declarar por sí y ante sí la ineficacia ni impugnar la validez de un decreto o resolución dictado por una autoridad superior y tomado razón por la Contraloría, y así dejar de cumplirlo. Para salvar su responsabilidad, debe hacer presente que la orden que se funda en un acto ilegal. Por la otra, que quien pretenda la ilegitimidad o nulidad del acto debe alegar y probar lo pertinente. Es decir, la presunción no es de derecho.

Interesa resaltar que, si bien, sin toma de razón, el acto administrativo no existe, la sola toma de razón no es suficiente para dar vida a un acto administrativo. En efecto, la toma de razón es un acto trámite procedimental de elaboración del acto administrativo, por el cual el Contralor, en virtud de las potestades de contralor de la legalidad de la administración que le confieren la Constitución y las leyes, emite un pronunciamiento sobre la conformidad o no a derecho del verdadero "proyecto de acto" que le envía la autoridad administrativa.

En el derecho chileno la toma de razón es una delacración de voluntad del órgano contralor que se inserta dentro del procedimiento administrativo que la ley establece para el nacimiento del acto. A la toma de razón le debe seguir otra etapa de dicho procedimiento consistente en la publicación o notificación según si el acto tenga efectos generales o particulares.

De acuerdo al dictamen 61.403 (11.10.1961) de la Contraloría -obligatorio, por tanto, para la Administración-, deben necesariamente publicarse en el Diario Oficial aquellos actos respecto de los cuales la ley expresamente ordena su publicación; también aquellos que afectan indeterminadamente a los particulares; los reglamentos; y, en general, cuando así lo disponga el Presidente de la República.

Mediante la publicación o notificación se pone en conocimiento de el o los afectados la dictación de un acto administrativo a fin de que éste haga valer lo que crea conveniente. Sin que se produzca esta comunicación, los actos administrativos no producen efectos. Los actos administrativos obligan desde la fecha de publicación o de su notificación, a menos que se señale una fecha posterior expresamente. En efecto, de acuerdo al artículo 17 del D.F.L. N° 7.912 (05.12.1927) o Ley de Ministerios, ningún funcionario puede dar cumplimiento a decretos que no han terminado su tramitación. En el mismo sentido se expresa el artículo 154 de la LOC CGR, al disponer que la Contraloría debe velar porque se de estricto cumplimiento a las disposiciones que prohíben la comunicación de los decretos supremos y resoluciones antes que de ellos haya tomado razón el Contralor.

En otras palabras, la primera fase del procedimiento administrativo está constituida por la declaración escrita y unilateral de un sujeto dotado de potestades. En el caso de los decretos supremos, el artículo 17 de la Ley de Ministerios señala que los decretos deben ser firmados por el Presidente de la República y por el Ministro correspondiente, numerado y anotado en el Ministerio de origen. Esta expresión de voluntad debe enviarse para su examen y anotación a la Contraloría. Esta es la segunda fase; se encuentra constituida por el examen que la Contraloría debe realizar del decreto supremo. Terminada esta toma de razón se inicia la tercera fase del procedimiento que está constituida por la publicación de dicha decisión o por su notificación al interesado.

De lo anterior, se desprende que para que un decreto supremo tenga pleno valor jurídico no sólo necesita haber cumplido con la toma de razón sino también con otros actos posteriores a ella, como la notificación o publicación. Mientras el procedimiento administrativo que da origen al acto jurídico no se encuentre completo, la administración está plenamente capacitada para hacer en el decreto todos los cambios que estime convenientes e incluso dejarlo sin efecto.

Ahora bien, el decreto 481, de Educación, de 1993, se encuentra tomado razón por la Contraloría. Sin embargo, no ha sido publicado ni notificado. Ello implica que no ha cumplido con la tercera etapa del procedimiento administrativo, es decir, la comunicación a los interesados; y, por tanto, no ha nacido a la vida jurídica, no se ha perfeccionado para incorporarse al ordenamiento jurídico.

Lo anterior significa que el Decreto Supremo 840, de Educación, de 1993, no puede derogar a un decreto que no ha nacido a la vida jurídica.

II. NATURALEZA DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES PARA DEROGAR UN DECRETO QUE DECLARA UN SITIO SANTUARIO DE LA NATURALEZA.

1. Los dictámenes en general

El dictamen es un acto jurídico de la administración emitido por órganos consultivos y que contiene informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa.

Se trata de un acto simple de la administración, pues es una expresión jurídica de relaciones interorgánicas entre los distintos entes integrantes de la administración. Como tal está exento de eficacia jurídica directa, pues al ser una declaración interna, no extinguen ni modifican una relación de derechos con terceros. En otras palabras, no producen efecto jurídico inmediato sino que pueden llegar a tenerlo a través del acto administrativo que ayudan a crear.

Los dictámenes los emiten órganos especialmente facultados al efecto. A estos órganos se les denomina consultivos, pues su función es dar su parecer, desde una perspectiva técnica y profesional, a los órganos decisorios durante la preparación de un acto. Por eso, el dictamen no decide sino que ilustra, asesora para una mejor decisión. El dictamen no resuelve sino que se integra a los actos previos que preparan la formación de la voluntad administrativa; su finalidad es facilitar ciertos elementos de opinión o de juicio para la formación del acto administrativo.

Los dictámenes pueden ser de dos tipos: facultativos y obligatorios. Los primeros son aquellos que la administración puede o no pedir para dictar un acto; su omisión no acarrea ningún vicio que afecte la validez del acto definitivo. Los obligatorios, en cambio, son aquellos que la administración está obligada a solicitar, de modo tal que su omisión constituye un elemento esencial de la preparación del acto administrativo, cuya omisión produce su invalidación. Ahora bien, los dictámenes obligatorios pueden ser vinculantes o no vinculantes. Los vinculantes son aquellos cuyas opiniones o informes la administración debe seguir; los no vinculantes, por el contrario, son aquellos que no obligan a la administración a seguir.

La regla general es que la autoridad administrativa no deba escuchar los dictámenes de ningún órgano. Por eso, estos proceden a petición de la administración activa. De ahí que cuando deba solicitarse la opinión o el parecer de algún órgano, la ley lo diga expresamente.

El punto es importante porque si el dictamen es obligatorio, pasa a ser un trámite esencial en el procedimiento generador del acto administrativo, cuya omisión acarrea la nulidad del acto definitivo.

2. Naturaleza del dictamen del Consejo.

La Ley N° 17.288 establece en su artículo 6° que el Consejo de Monumentos Nacionales debe pronunciarse sobre la conveniencia de declarar un lugar como monumento nacional. Es decir, se trata de un dictamen que debe evacuar para declarar un sitio como monumento nacional. Este informe es obligatorio pero no vinculante.

Sin embargo, nada dice la ley respecto de si debe o no escucharse su dictamen respecto de la extinción del acto administrativo que declara un lugar como monumento nacional.

Por otra parte, los trámites esenciales que conforman el procedimiento administrativo que da lugar al nacimiento de un acto, están expresamente consignados en la ley. En la Ley N° 17.288 no establece que deba oírse al Consejo de Monumentos Nacionales para poner término a un decreto que declaró a un lugar como monumento nacional.

Todo lo anterior tiene la mayor importancia, pues sin que existan atribuciones expresas para que el Consejo de Monumentos Nacionales dictamine, todo informe implica vulnerar el artículo 6° y el artículo 7° de la Constitución Política del Estado.

Conforme al art. 6º, "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Este artículo consagra lo que en doctrina se conoce como el valor normativo de la Constitución. En virtud de este principio, la Constitución no obliga a través de la ley o de los reglamentos, sino que obliga ella misma directamente a todos y a cada uno de los órganos del Estado. La vigencia de los preceptos constitucionales no es un asunto que quede condicionado a la voluntad del legislador, pues ello significaría situar a éste en el rol de dador de vida jurídica de los preceptos constitucionales. Es la Constitución la que anima jurídicamente a la ley y a toda otra derivación normativa. La Constitución es la fuente jurídica de la ley y no a la inversa.

En consecuencia, de acuerdo al valor normativo de la Constitución, no es necesaria la intermediación de la ley para que se produzca la vinculación de los entes estatales, cualesquiera que éstos sean, a la Constitución.

Ahora, conforme al artículo 7º de la Constitución, "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

Dicho artículo exige para la validez de un acto de cualquier órgano del Estado, la concurrencia de tres requisitos copulativos. En primer lugar, exige la investidura regular que ha de poseer el órgano que dicta el acto, es decir, un nombramiento o designación conforme a la Constitución y las leyes. En segundo lugar, exige la existencia de competencia, ésto es, de atribuciones jurídicas para desarrollar o cumplir adecuadamente su función. Finalmente, dicho artículo exige que el acto sea dictado en la forma legal, vale decir, según el procedimiento de elaboración establecido por la ley.

Es necesario subrayar que este artículo consagra el principio de la juridicidad o de legalidad. Conforme a este principio los órganos del Estado pueden actuar únicamente si les ha sido atribuido, para el caso concreto, la correspondiente facultad. La ausencia de disposición, hay que interpretarla en el sentido que el órgano respectivo no puede actuar por carecer de facultad. No se puede admitir ningún poder jurídico que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente; los poderes jurídicos necesitan de una habilitación previa, de una prefiguración normativa.

De este modo, sus actos y sus disposiciones, han de "someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. La disconformidad constituye "infracción del ordenamiento jurídico" y les priva, actual o potencialmente de validez.

El principio de legalidad de los órganos del Estado opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda su actuación; sólo cuando cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima.

La actividad jurídica desplegada por los órganos estatales debe estar fundada en potestades constitucionales, legales o reglamentarios preexistentes a la actuación misma, es decir, que previo a la actuación, deben estar habilitados o apoderados por el ordenamiento del correspondiente derecho o de la correspondiente facultad, atribución o potestad.

Mientras los particulares gozan de una originaria libertad de actuación personal, disminuida excepcionalmente por la vía de las prohibiciones y regulaciones jurídicas, los órganos estatales parten de la cláusula general de interdicción o prohibición de actuar, a menos que expresamente y con anterioridad a la actuación misma hayan sido positiva y expresamente habilitados para ello.

El principio de legalidad se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a los órganos del Estado.

Esta atribución de potestades tiene que ser, en primer término, expresa. Los órganos del Estado carecen de poderes, pues no tiene otros que los que la ley les atribuye. El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por ley ha de ser, en cuanto a su contenido, un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual. Finalmente, la atribución de potestades ha de ser previa al acto de que se trate.

Al carecer de la potestad respectiva, el Consejo de Monumentos Nacionales no puede dictaminar para dejar sin efecto un acto administrativo que declaró un sitio como Santuario.

III. CONCLUSION

1.- Por mandato de la Constitución, en nuestro país rige el principio de legalidad como vinculación positiva. Ello significa, entre otras cosas, que la administración no puede realizar su función como quiera, sino con la forma y contenida que la ley le determina. Una de estas formas es el procedimiento administrativo, es decir, aquella regulación normativa dirigida a determinar la elaboración de los actos administrativos que rigen los órganos de la administración.

Dentro de las etapas que comprende nuestro procedimiento administrativo, cabe distinguir tres. En la primera, la administración expresa su voluntad en un decreto o resolución; en la segunda, se envía dicho acto a examen de legalidad y constitucionalidad ante la Contraloría; en la última etapa, la administración debe comunicar a los afectados la dictación de dicho acto.

2.- La toma de razón que efectúa la Contraloría General de la República, es el control jurídico previo, general y obligatorio, que en materia de legalidad y constitucionalidad, realiza este órgano respecto de los decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley.

La toma de razón constituye una de las etapas que conforman el procedimiento administrativo. En este sentido, es un acto trámite que produce dos efectos. Por un lado, origina la presunción de legalidad. Por el otro, permite que el acto pueda continuar con su tramitación.

De este modo, si bien sin toma de razón el acto administrativo no existe, ella por sí misma no es suficiente para dar vida a un acto administrativo. A la toma de razón le debe seguir otra etapa dentro del procedimiento administrativo, consistente en la publicación o notificación.

Mediante la notificación o publicación se pone en conocimiento de los afectados la dictación de un acto administrativo a fin de que hagan valer lo que crean conveniente. Sin que se produzca esta comunicación, los actos administrativos no producen efectos, no obligan.

Lo anterior implica, que mientras no se cumpla totalmente con las distintas etapas que componen el procedimiento administrativo, la administración está facultada para volver sobre el acto y dejarlo sin efecto, pues éste no ha nacido aún a la vida jurídica.

3.- El decreto supremo 481, al haber sido tomado razón por la Contraloría pero sin que se haya cumplido con la publicación o notificación, no ha nacido a la vida jurídica. Ello implica, por una parte, que el campo dunar no es en la actualidad un santuario e la naturaleza; y, por la otra, que el decreto supremo 840 no puede derogarlo, pues no se puede dejar sin efecto lo que no existe.

4.- El dictamen es un acto jurídico de la administración emitido por órganos consultivos y que contiene informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa.

La ley 17.288 nada dice respecto de si debe o no escucharse el dictamen del Consejo de Monumentos Nacionales para extinguir un acto administrativo que declara un lugar como Monumento Nacional.

Conforme al artículo 7º de la Constitución, los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia en la forma que prescriba la ley.

Dicho artículo consagra el principio de legalidad de los órganos del Estado. Este se expresa en un mecanismo técnico preciso: la ley atribuye potestades a los órganos del Estado; sin éstas no pueden actuar. A diferencia de los particulares, estos órganos parte de una prohibición de actuar, a menos que expresamente y con anterioridad a su actuación, hayan sido positiva y expresamente habilitados para ello.

Al no tener facultad expresa, cualquier informe que pudiera emitir el Consejo de Monumentos Nacionales, viola el principio de legalidad, siendo, por tanto, su acto nulo.