

# LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL ART. 38 DE LA NUEVA CONSTITUCION

LAUTARO RÍOS ALVAREZ

Profesor de Derecho Constitucional  
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso

## SUMARIO

1. Antecedentes.
2. El Consejo de Estado.
3. Confrontación del texto proyectado con el texto aprobado.
4. Hipótesis explicativas.
5. Sentido y alcance del art. 38, inc. 2º de la Constitución del 80.

### I. ANTECEDENTES

#### I.1. *La Comisión*

Bajo el epígrafe "Bases Generales de la Administración del Estado", la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (C.E.N.C.) propuso una disposición —que era el art. 43 del respectivo Anteproyecto— del siguiente tenor<sup>1</sup>:

"Art. 43. El Presidente de la República gobierna y administra el Estado a través de los Ministerios y Servicios de la Administración Pública, y con la asesoría de los organismos que determine la ley.

"Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera fun-

<sup>1</sup> El informe final de la C.E.N.C. está contenido en dos cuerpos: el primero, remitido con fecha 16 de agosto de 1978 a S. E. el Presidente de la República, es el informe que contiene la fundamentación y las "ideas precisas" del Anteproyecto, en 306 carillas. El segundo es el articulado del Anteproyecto mismo, remitido a S. E. por oficio 792 del 18-X-1978, que consta de 123 artículos permanentes y 11 disposiciones transitorias, en 99 carillas.

“cionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que  
“deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades  
“de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento  
“de sus integrantes.

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la  
“Administración Pública del Estado, podrá reclamar ante los tri-  
“bunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad  
“que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

1.2. Su fundamentación quedaba contemplada en el parágrafo  
Nº 85 del Informe correlativo de la manera siguiente:

#### “BASES DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO”.

“85. Hemos visto que el Gobierno y Administración del Estado  
“corresponde, como Jefe Supremo de la Nación, al Presidente de  
“la República y que los Ministros son en estas funciones sus co-  
“laboradores directos e inmediatos.

“Los diversos y múltiples problemas que involucra hoy día la  
“administración de un Estado moderno y la complejidad de los  
“mismos hace indispensable una adecuada organización de los  
“servicios públicos y de los organismos asesores respectivos.

“En relación con esta materia hemos estimado conveniente que  
“el anteproyecto contenga sólo los conceptos fundamentales que  
“han de servir de base a la organización de la administración  
“pública y a la profesionalización de la carrera funcionaria, de-  
“jando entregado a una ley orgánica su desarrollo y complemen-  
“tación.

“Como lo hiciera presente V.E. en su oficio, tantas veces citado,  
“de noviembre último, dirigido a esta Comisión, la Administra-  
“ción Pública debe constituir una verdadera escuela de servicio  
“público, de alta eficiencia y calidad.

“La Comisión coincide plenamente con V.E. en que la inestabi-  
“lidad y cambios constantes en la administración, ha sido uno de  
“los defectos de la institucionalidad anterior; como asimismo, en  
“que resulta imposible incentivar la función pública y tecnificarla,  
“si el ordenamiento jurídico no hace de ella una verdadera carrera  
“especializada.

“La función pública —que estará al margen de toda influencia  
“política— debe, en nuestro concepto, asegurar la igualdad de  
“oportunidades de ingreso a ella, promoción, capacitación y per-  
“feccionamiento.

“Por otra parte, y consecuente con nuestra opinión en orden a la necesidad de establecer la justicia de lo contencioso administrativo, nos parece justo, también, contemplar aquí la facultad de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración Pública del Estado de reclamar ante los tribunales correspondientes, sin perjuicio de la responsabilidad que afecte al funcionario causante de esa lesión”.

1.3. Armonizando el inciso final de la disposición transcrita anteriormente, con la aspiración nacional largamente postergada de contar con tribunales de lo contencioso administrativo, la C.E.N.C., en el Capítulo del Poder Judicial, parágrafo N° 88, bajo el título “Lo contencioso administrativo”, señaló lo siguiente:

“La Carta de 1925 estableció que habría tribunales administrativos, formados por miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarios de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes.

“Esta disposición, como es sabido, no fue cumplida, ya que no se dictó jamás la ley que debía regular la organización y atribuciones de dichos tribunales.

“Como es deseo del Gobierno de V.E. hacer realidad esta aspiración, que tiene por objeto resguardar los derechos de las personas frente a los actos abusivos de la autoridad, esta Comisión se ha abocado a la consideración de esta materia y al efecto cuenta ya con el informe de una de sus Subcomisiones, el que servirá de base para el estudio y elaboración de la ley orgánica respectiva. Piensa, sí, con el objeto de hacer más factible esta iniciativa, que el conocimiento de lo contencioso administrativo debe corresponder a los tribunales ordinarios de justicia, con ciertas modalidades en atención a la naturaleza de estos asuntos. La necesidad, pues, de crear la justicia de lo contencioso administrativo resulta hoy, medio siglo después que el constituyente previó su necesidad, absolutamente indispensable, ya que en el transcurso de este tiempo el crecimiento del Estado y su intervención en los asuntos que atañen a los particulares ha aumentado considerablemente”.

1.4. Consecuente con estos postulados, y luego de aprobar el Informe de la Subcomisión de Justicia, presidida por el señor

Ministro y ex Presidente de la Excma. C. Suprema don José María Eyzaguirre E., la C.E.N.C. propuso, en el Capítulo VI del anteproyecto, destinado al PODER JUDICIAL, la disposición siguiente:

“Art. 79. La facultad de conocer de las causas civiles, de las “ criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y “ de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los “ tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la Repú- “ blica ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones “ judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o “ contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de “ su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, “ ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto some- “ tidos a su decisión.

“Los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que inte- “ gran el Poder Judicial, para hacer ejecutar sus resoluciones y “ practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, “ podrán impartir órdenes directas a la Fuerza Pública o ejercer “ los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás “ tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

“La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el “ mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportu- “ nidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de “ ejecutar”.

## 2. EL CONSEJO DE ESTADO

2.1. Con fecha 1º de julio de 1980, por Oficio C.P.R. Nº 13, el Consejo de Estado evacuó el Informe que le fuera solicitado por el Presidente de la República<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El Informe del Consejo de Estado se emitió a requerimiento hecho por el Presidente de la República, por oficio C.M.P.R. Nº 6583/13 del 31-X-78, y consta de dos partes: la primera, precedida de una nota preliminar a S. E. el Presidente de la República, consta de doce títulos en que se fundamentan las opiniones, tanto las confirmatorias como las modificatorias del Anteproyecto de la C.E.N.C., sometido a su con-

En lo que concierne al art. 43 del Anteproyecto, transcrito precedentemente, se limitó a eliminar el inciso primero; probablemente por estimar que esta disposición estaba suficientemente establecida en los arts. 29, inc. 1º y 38, inc. 1º del Anteproyecto (arts. 24 y 33 de la Nueva Constitución), y por concluir que sería redundante o reiterativo reproducirlos en dicho inciso.

2.2. Por lo que toca al art. 79 del Anteproyecto, el Consejo de Estado, en la parte dispositiva reprodujo sin variación el texto propuesto por la C.E.N.C. (art. 73 del Proyecto del C.E. y de la Nueva Constitución).

Pero es particularmente interesante constatar el apoyo irrestricto que expresamente otorgó el Consejo de Estado a la reforma propuesta.

Dice su Informe:

#### “8. PODER JUDICIAL;

“En lo que toca al poder judicial, el proyecto no innova mayormente respecto de lo que en la materia disponía la Constitución de 1925, salvo que a la facultad de juzgar las causas civiles y criminales, se agregan ahora las contencioso administrativas, re-  
“produciendo así, aunque en distinta forma, el propósito ya con-  
“tenido en aquella Carta, en orden a crear Tribunales Adminis-  
“trativos permanentes. Cabe, sí, destacar que la inaplicabilidad  
“de ciertos preceptos legales por ser contrarios a la Constitución,  
“que la Corte Suprema, en conformidad a esta última, sólo podía  
“declarar a petición de parte, puede hacerlo ahora también de  
“oficio, y, lo que es más importante, si la Corte declara inapli-  
“cable un mismo precepto en tres fallos uniformes y sucesivos,  
“debe simultáneamente pronunciar su inconstitucionalidad y orde-  
“nar la publicación del acuerdo respectivo en el “Diario Oficial”.  
“Desde la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional  
“en cuestión deja de producir efectos.

“Otra innovación importante es que la facultad de imperio de  
“los tribunales ordinarios de justicia adquiere real consistencia,  
“pues podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública, de-

---

sideración; la segunda es el texto del articulado del Proyecto que se informa, que consta de 120 artículos permanentes y 28 disposiciones transitorias.

“biendo la autoridad requerida cumplir sin más trámite el mandamiento judicial, no siéndole lícito calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

### 3. CONFRONTACIÓN DEL TEXTO PROYECTADO CON EL TEXTO APROBADO

3. De la comparación del conjunto de los textos: arts. 43 y 79 del Anteproyecto, y 38 y 73 de la Nueva Constitución, se desprende que —en lo sustancial— la expresión “y de las (causas) contencioso administrativas” que quedaba en el contenido expreso de la jurisdicción ordinaria, fue extraída de la última disposición e insertada en el contexto del inciso final de la primera, donde la frase que decía: “ante los tribunales que determine la ley...”, terminó expresando: “ante los tribunales **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS** que determine la ley...”.

Carecería de relevancia la sola transposición de una frase, si ella no hiciera peligrar toda una construcción jurídica, paciente y fatigosamente elaborada, que intentaremos resumir a continuación.

4. Pero antes de resumir los méritos de la disposición del art. 79 del Anteproyecto de la C.E.N.C., reproducido por el art. 73 del texto informado por el Consejo de Estado, permítasenos dejar una constancia sumaria de los numerosos antecedentes históricos, doctrinarios y pragmáticos que justifican el texto proyectado, en contraste con la total ausencia de fundamentación del texto definitivamente aprobado.

En efecto, allí están las Actas de la Comisión de Estudio y, particularmente, las de la Subcomisión designada para informar el capítulo del Poder Judicial.

Está la opinión ilustre e ilustrada —y la autoridad que ella tiene— del ex Presidente y actual Ministro de la Excma. Corte Suprema, don José María Eyzaguirre.

Está la reflexiva y experimentada opinión del máximo órgano consultivo de la República, el Consejo de Estado.

Está también —y con toda la gravitación doctrinal que ella posee— la opinión coincidente de los profesores de Derecho Pú-

blico que asesoraron a la Comisión de Estudio y siguen asesorando a Conara en esta materia.

Está, por último, la decantación de seis años de debate, acrisolado en la conclusión del Anteproyecto y del Proyecto que conocemos.

En cambio, como fundamentación del texto definitivo de la justicia contencioso administrativa (art. 38, inc. 2º), sólo encontramos un profundo e inexplicable misterio.

5. Los principales méritos del texto del art. 79 del Anteproyecto, que encomendaba de un modo expreso a la justicia ordinaria el conocimiento de los asuntos contencioso administrativos, pueden resumirse así:

5.1. La inclusión expresa de esta declaración —que, a nuestro juicio, sólo importaba una intercalación aclaratoria— ponía término a la duda inhibitoria de la jurisprudencia de nuestros tribunales, que ha hecho languidecer, a lo largo de 55 años de agonía, su jurisdicción en materia contencioso administrativa.

5.2. De manera simultánea, daba cumplimiento —de una manera insólita, pero eficaz— al mandato nunca obedecido del art. 87 de la Constitución de 1925, que dispuso la creación de los Tribunales Administrativos “formados por miembros permanentes”.

Con una sola frase se llenaba, así, el vacío aberrante de la falta de jurisdicción y de judicatura, a través de una disposición que, además, era autosuficiente.

5.3. Consecuencialmente, se resolvía el problema de la extensión de la jurisdicción contencioso administrativa conferida a la justicia ordinaria, quedando en claro que ésta tenía la plenitud de aquélla; es decir, la potestad de resolver el contencioso anulatorio así como el contencioso indemnizatorio.

5.4. En la vieja digresión, más histórica que doctrinal, acerca de si la justicia contencioso administrativa debe depender de la Justicia o de la Administración (disquisición absurda en nuestro contexto histórico político), esta jurisdicción quedaba, como debe ser en un Estado de Derecho, entregada al Poder Judicial.

De este modo, y a diferencia de ciertos “tribunales” contencioso administrativos que hoy dependen jerárquicamente del poder cuyos asuntos resuelven, se garantizaban la independencia y la imparcialidad de esta jurisdicción.

5.5. A mayor abundamiento, al encontrarse esta jurisdicción contenida en la misma norma que prohíbe al Presidente de la República y al Congreso "ejercer funciones judiciales", se ponía término a la irregularidad inconstitucional, actualmente vigente, que consiste en que órganos jerárquicamente dependientes del poder ejecutivo ejercen funciones contencioso administrativas en que es parte la propia Administración.

5.6. El principio de inexcusabilidad, consagrado en el inciso 2º del art. 79 del Anteproyecto (73, inc. 2º de la N. Const. Pol.), amparaba también el necesario conocimiento y resolución de esta clase de asuntos.

5.7. La eficacia del imperio de las resoluciones judiciales, garantizada a través de los medios de ejecución directa que contemplaban los incisos 3º y 4º del art. 79 del Proyecto y que establecen los mismos incisos del art. 73 de la Nueva Constitución, quedaba plenamente atribuida a esta jurisdicción especial.

De tal manera, en estos asuntos, no sólo el tribunal habría podido impartir órdenes directas a la Fuerza Pública, o ejercer los medios de acción conducentes al cumplimiento de sus resoluciones, sino que la autoridad requerida habría debido cumplir sin más trámite el mandato judicial, estándole vedado calificar el fundamento, la oportunidad, la justicia o la legalidad de la resolución respectiva.

5.8. Cabe señalar, también, que estando establecida la jurisdicción en el art. 79 del Anteproyecto y referida, además, a título de garantía, en el art. 43, inciso final del mismo, aquella habría podido amparar no sólo los derechos subjetivos lesionados, sino también los intereses legítimos, dando origen al contencioso anulatorio objetivo o extraordinario.

#### 4. HIPÓTESIS EXPLICATIVAS

6. Acerca de las posibles hipótesis justificativas de la traslación de "lo contencioso administrativo" desde el art. 73, donde fue suprimido, al art. 38 inc. 2º, donde quedó intercalado, la trascendencia del tema, a nuestro modesto juicio, merece el intento de descartar las absurdas e improbables; y de buscar, a través de los



signos positivos, el verdadero sentido y alcance del inciso 2º del art. 38 de la nueva Constitución.

7. *Hipótesis de no innovación.* La aparente similitud entre el art. 87 de la Constitución del 25, que dejó entregada a una ley futura la organización y atribuciones de los Tribunales Administrativos, y el art. 38, cuyo inc. 2º entrega el conocimiento de estos asuntos a “los tribunales contencioso administrativos que determine la ley”, haría plausible esta primera hipótesis.

Sin embargo, ella queda descartada de la consideración de los siguientes hechos:

A. El postulado de re-creación del Estado de Derecho, proclamado en el punto 5 de la Declaración de Principios de la H. Junta de Gobierno, y el reforzamiento de los derechos humanos en sus “manifestaciones sociales más modernas”; marco característico en el cual se inserta la necesaria existencia de una justicia contencioso administrativa independiente y eficaz.

B. La declaración específica contenida en el Documento “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva C. Política de la República”, aprobada por la H. Junta.

Allí se sostiene, en el párrafo 10, dedicado al Poder Judicial, que la Constitución... “contemplará disposiciones relativas a la jurisdicción contencioso administrativa, entregando su competencia a tribunales dependientes de la Corte Suprema”.

C. El reiterado rechazo a una posición inmovilista hecho tanto por el P. de la R., como por el Sr. Ministro del Interior, en representación del gobierno, permite conjeturar que el art. 38, inc. 2º no es a la Constitución del 80 lo que el art. 87 fue a la Constitución del 25.

8. *Hipótesis de contradicción o contraposición.* Pudiera también suponerse que la H. Junta, ejercitando el poder constituyente, quiso contradecir abiertamente el texto propuesto por la Comisión y confirmado por el Consejo de Estado.

Para definir con claridad esta posible contradicción tendríamos que resaltar las diferencias, oponiéndolas del siguiente modo:

La recomendación de la C.E.N.C. y del C. de E. consistió en echar a andar de inmediato la justicia contencioso administrativa radicándola en los tribunales ordinarios sin necesidad de ley orgá-

nica especial, con plena jurisdicción, sujeta a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema y al principio de inexcusabilidad y poseedora de medios directos de ejecución de sus sentencias. En cambio, la H. Junta de Gobierno prefirió dejar para el evento incierto de una ley futura la referida jurisdicción especial, separándola de la justicia ordinaria, con una competencia restringida al anulatorio subjetivo, en un texto constitucional distinto al que consagra al Poder Judicial, y sin medios directos de ejecución de sus sentencias, como no sean los que la ley pudiera establecer.

Después de esta enunciación, preciso es confesar que resulta dura la probabilidad de esta hipótesis, porque ella pondría en contraposición abierta al dictado del conocimiento de eminentes expertos de la confianza del Gobierno (la C.E.N.C.), que se hicieron, además, asesorar por autoridades y especialistas (Subcomisión) y cuyas conclusiones fueron expresamente confirmadas por el "supremo cuerpo consultivo" de la República en asuntos de gobierno y administración civil (D.L. 1.319, art. 2º); es decir, la reflexión, la razón y la experiencia, por una parte, y, por la otra, el simple, escueto e infundado ejercicio del poder. Lo cual, sin duda, resulta incongruente.

9. *Hipótesis de ordenamiento sistemático.* Se ha dicho también que la transposición de "lo contencioso administrativo", del art. 79 del Anteproyecto, al inc. 2º del art. 38 del texto definitivo de la nueva Constitución, sólo habría tenido el propósito de enfatizar el contenido garantístico del art. 38 cuyo epígrafe contempla las "Bases Generales de la Administración del Estado", enfocadas precisamente desde el ángulo de las garantías que se otorgan a los funcionarios y a los administrados.

Creemos que si bien la explicación pudiera ser plausible por lo que toca a incluir "lo contencioso administrativo" en el art. 38, deja de serlo en absoluto en cuanto lo excluye del art. 73.

Porque si de garantías se trata, sin duda que ella adquiere toda su significación en este último artículo comprendido en el Poder Judicial, considerado "el Baluarte de las garantías"; y, en cambio, pierde todo o gran parte de su relieve en un precepto destinado a organizar la administración.

10. En todo caso cabe rescatar, como una intención declarada del órgano constituyente que es la H. Junta de Gobierno, los principios que iluminan el contexto jurídico-político en que se inserta lo contencioso administrativo:

A. La certeza de que los derechos fundamentales son histórica y ontológicamente anteriores al Estado. Y que éste está al servicio de la persona y no al revés. (Decl. de Principios).

B. El propósito de nuclear a la sociedad chilena en un Estado de Derecho, en que tanto la autoridad como los gobernados sujeten su conducta a normas vinculantes para todos por igual; y en que todos sean responsables. (A.C. 2 y A.C. 3.).

C. Que "cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

5. SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 38  
INC. 2º DE LA CONSTITUCIÓN DEL 80

11. Surge la pregunta: ¿Y qué ocurrirá *mientras* no se dicte la ley que determine los tribunales contencioso administrativos?

¿Volverá a acontecer que tribunales dotados de jurisdicción, es decir, de la potestad y el deber de hacer justicia, se excusen de cumplir su misión bajo el pretexto inadmisibles de que no se han creado los tribunales especiales idóneos para administrarla?

¿Acaso el lapso de más de medio siglo transcurrido no habrá sido suficiente para comprender el alcance exacto de la jurisdicción y para que los tribunales de justicia entiendan que abdican de su poder si no lo asumen plenamente?

¿Puede algún maestro del derecho, algún formador de cultores de la justicia, asumir y enseñar como cosa normal la anormalidad de que en una República haya autoridades cuyos actos abusivos, desviados o nulos no pueden corregirse, ni su responsabilidad ser adecuadamente establecida, porque los encargados de hacer justicia han resuelto autolimitarse o autoimpedirse para ejercitarla?

Con estas tres interrogantes, a modo de preámbulo, intentaremos un análisis sucinto del sentido que tiene y del que no tiene el art. 38, comenzando por este último aspecto.

12. *Sentido que no tiene el art. 38 inc. 2º.* La jurisdicción, "Jus - dicere", decir lo justo, está definida en el art. 73 de la nueva Constitución como "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado"<sup>3</sup>.

Ella está atribuida *exclusivamente* a los tribunales establecidos por la ley. Además, el mismo precepto *prohíbe* al P. de la R. y al Congreso ejercer funciones judiciales.

Y supuesto que, en una república constituida como Estado de Derecho, ninguna función puede quedar huérfana de soporte y todo el *poder* se distribuye entre los órganos para que éstos *puedan* cumplir sus funciones en plenitud, todo cuanto en el orden temporal consista en HACER JUSTICIA y no esté expresamente atribuido a otro órgano (juicio político, justicia electoral, tribunal constitucional) pertenece de pleno derecho a la órbita del Poder Judicial.

Esto, además, es así porque la expresión "causas civiles" históricamente en Chile nunca se contrapuso a "causas contencioso administrativas", sino a "asuntos eclesiásticos" o regidos por el derecho canónico. En otras palabras, de un modo similar a como el Código Civil fue en un principio y sigue siendo el derecho matriz, del cual se han ido desmembrando códigos o legislaciones especiales, la expresión "causas civiles" ha sido y sigue siendo omni-compreensiva de todos los asuntos que no tengan una naturaleza penal.

13. Por otra parte, el art. 5º del C.O.T. dispone, en absoluta concordancia con esta doctrina, que "A los tribunales que establece el presente código estará sujeto el conocimiento de TODOS LOS ASUNTOS JUDICIALES que se promuevan en el ORDEN TEM-

<sup>3</sup> La Constitución del 80, en definitiva, sólo reprodujo lo que era derecho público chileno desde la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, cuyo art. 1º consagraba idéntica disposición. La nueva Constitución, desde este punto de vista, elevó al rango debido una norma que sólo fue recogida por el art. 1º del C.O.T., pero que debió quedar incorporada en la Constitución Política de 1925.

PORAL (oposición al orden espiritual o intemporal) dentro del territorio de la República, CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA o la CALIDAD de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones siguientes:” . . .

Y en la enumeración que sigue se detallan nueve clases de asuntos del orden temporal que se entregan a tribunales especiales; de las cuales vale la pena transcribir la última, para concordarla con el art. 38, inc. 2º de la Constitución:

“9º Los demás asuntos judiciales de orden temporal QUE LEYES ESPECIALES encomienden a OTROS TRIBUNALES”.

De esta manera, la regla de oro de la jurisdicción consiste en que ella está siempre atribuida al Poder Judicial, con la sola excepción restrictiva de aquellos asuntos que la propia Constitución Política o leyes especiales encomienden a otros tribunales.

Y ocioso resulta decir que siendo la jurisdicción una potestad viva, encarnada y actuante, ella sólo puede transferirse, en los casos excepcionales que las leyes consultan, a tribunales existentes, que puedan ejercerla y no a fantasmas incapaces de encarnarla y de impartir justicia.

Tan imperiosa es la necesidad de disponer del órgano idóneo para pedir justicia que el art. 10º del C.O.T. estableció, con respecto a los tribunales, en su inciso 2º, que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, *no podrán excusarse de ejercer su autoridad* ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

Y tan trascendente es este principio, llamado de inexcusabilidad, que la nueva Constitución lo ha reproducido en el inc. 2º del art. 73.

14. *Alcance del art. 38 inc. 2º.* Por consiguiente, el hecho de que el art. 38 en su inc. 2º exprese que la persona que sea lesionada en sus derechos por la administración “*podrá* reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que *determine* la ley” no puede significar que MIENTRAS esos tribunales especiales no sean creados, no existiría órgano alguno ante quien recurrir.

Significa, simplemente, que por razón del principio de separación de poderes, y por la atribución exclusiva que de la potestad de hacer justicia se entrega al Poder Judicial, la plena jurisdicción contencioso administrativa se encuentra radicada, de acuerdo a la

nueva Constitución y al Código Orgánico de Tribunales, en la justicia ordinaria.

Y significa, también, que cuando se establezca, mediante la ley instrumental que la disposición contempla, la judicatura especial de lo contencioso administrativo, entonces y sólo entonces cesará la competencia de los tribunales ordinarios en esta materia y de ella conocerán dichos tribunales especiales.

15. Sin duda, el alcance preciso de la disposición es aún más extenso.

La ley deberá establecer las normas y contener los principios a los cuales quedará sujeta la responsabilidad extracontractual del Estado, así como la responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva.

Deberá contemplar, en lo posible, un procedimiento más idóneo y expedito que los ordinarios de nuestro ordenamiento procesal.

Deberá, por último, contener "la forma que la ley determine" para la ejecución de las resoluciones de esta judicatura especial, del modo que consulta la parte final del inc. 3º del art. 73 de la nueva Constitución.

16. Suponer la hipótesis, que ya descartamos, de que el inciso 2º del art. 38 postergaría indefinidamente la vigencia de una justicia contencioso administrativa, y obrar sobre la base de tan absurdo supuesto, importaría retroceder a un pasado de medio siglo de frustración constitucional —en lo que a la garantía de imperar justicia se refiere— y regresar a una situación de vacío jurisdiccional que no sólo es inconcebible en el grado de madurez de nuestra conciencia política, sino que no podría compatibilizarse ni con las bases de nuestra institucionalidad, tan brillantemente estructuradas en el Acta Constitucional N° 2, ni con el concepto y la vigencia de un Estado de Derecho.