

LA ESPECIALIDAD JURÍDICA Y LA FALTA DE SERVICIO EN LAS FUERZAS ARMADAS.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE FECHA 25 DE ENERO
DE 2022 EN AUTOS ROL N° 4191-2021

The legal specialty and the lack of service in the Armed Forces.
Comment to the sentence of the Supreme Court dated
January 25, 2022 N° 4191-2022

SEREN ATAAGLU COLONNELLO*
Universidad Alberto Hurtado

Resumen

El título de imputación que permite atribuir responsabilidad a la Fuerzas Armadas es un asunto discutido. La argumentación judicial sobre este asunto ha cambiado con el transcurso del tiempo. Este comentario analiza la jurisprudencia mayoritaria desde el caso 'Seguel con Fisco' y la compara con el modo en que la Corte Suprema resuelve el caso 'Bustamante con Escuela de Aviación'. Se reflexiona sobre el uso del argumento de especialidad jurídica (*lex specialis*) y sobre las discusiones de política jurídica implicadas en la sentencia.

Palabras clave

Falta de servicio, Fuerzas Armadas, *lex specialis*.

Abstract

The factor of imputation that allows attributing responsibility to the Armed Forces is a controversial issue. The judicial argumentation on this matter has changed with the course of the type. This commentary analyzes the majority jurisprudence from the case 'Seguel with Treasury' and compares it with the way in which the Supreme Court resolves the case 'Bustamante con Escuela de Aviación'. It reflects on the use of the legal specialty argument (*lex specialis*) and on the legal policy discussions involved in the sentence.

Key words

Lack of service, Armed Forces, *lex specialis*.

1. Introducción

El 25 de enero del año 2022 la Corte Suprema modificó la argumentación que sustentaba la atribución de responsabilidad por falta de servicio para las Fuerzas Armadas. A juicio del tribunal, la responsabilidad se funda exclusivamente en la 'falta de servicio' como título de imputación y ello se justifica mediante una interpretación correctora con técnica sistemática de los artículos 2 (sic), 4, 5, 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República y en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575¹. Con esta argumentación, la Corte cambió su propio precedente, porque modificó la fundamentación de la imputación de responsabilidad a las Fuerzas Armadas.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales. Profesora de la Facultad de Derecho y ayudante investigadora del Centro Imputatio de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: serenataoglucolonello@gmail.com. El presente trabajo fue elaborado en el marco del proyecto FONDECYT N° 11900702 donde la autora ofició como parte del equipo de investigación en calidad de personal técnico.

¹ La Corte cita el artículo 2 de la Constitución. Aquí hay un error, porque esa disposición no se relaciona de modo alguno con el asunto que se discute.

Para desarrollar el comentario procedo en tres pasos. En primer lugar resumo la argumentación del precedente dominante desde 2009 hasta hoy². En segundo lugar, reconstruyo la fundamentación de la sentencia que comento y, en tercer lugar, sistematizo conclusiones sobre la importancia de la sentencia en la trayectoria histórica de algunas discusiones dogmáticas³.

Antes de iniciar, realizaré una distinción conceptual indispensable para analizar los argumentos de *lex specialis*. La especialidad jurídica no es sinónimo de supletoriedad. La especialidad jurídica es un vínculo entre normas que depende de una relación lógica entre elementos constituyentes de las normas vinculadas⁴. Entonces, la norma B es especial en relación a la norma A, si y solo si, un elemento de la norma A está en relación de género-a-especie con un elemento de la norma B. En cambio, la relación de supletoriedad entre normas es una relación que depende de la necesidad de suplementar un elemento de una norma con un elemento presente en otra. Entonces, la norma A está en relación de supletoriedad de la norma B, si y solo si, la norma B carece de un elemento que la norma A le aporta.

Evitada la sinonimia entre especialidad y supletoriedad, es importante notar que ellas dependen de propiedades independientes. De esta forma, no siempre la *lex generalis* será también supletoria de aquella *lex specialis*. Solo procederán conjuntamente la especialidad y la supletoriedad si se argumenta en torno a la relación de género a especie para fundar la especialidad y, en paralelo, se arguye que la *lex specialis* carece de un elemento que puede ser suplido con aportes de la *lex generalis*.

2. La argumentación mayoritaria desde el caso ‘Seguel con Fisco’ de 2009⁵

Conforme a la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias desde el año 2000 a la fecha, el conjunto de normas aplicable a los casos de responsabilidad del Estado por actuación de las Fuerzas Armadas cuenta con una importante peculiaridad: no hay una norma especial expresa que regule el título de imputación de responsabilidad que es aplicable a las Fuerzas Armadas. Ello es así por dos razones complementarias. Primero, porque el texto del artículo inciso segundo del 21 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE)⁶ es una norma prohibitiva que lista a los órganos administrativos que se excluyen de la aplicación del título segundo de la misma ley, donde se ubica la cláusula de falta de servicio como título de imputación en el artículo 42. Segundo, porque se estima que la regulación de un título de imputación de responsabilidad siempre requiere de una disposición normativa expresa. Así, solo cuando existe un artículo que fije la categoría en cuestión, se puede afirmar que existe un título de imputación en el sistema jurídico. *A contrario*, el juez no puede construir títulos de imputación mediante mecanismos de construcción jurídica.

Estas y otras razones teórico-dogmáticas condujeron a la doctrina y a la jurisprudencia a concluir que no era posible usar la falta de servicio como criterio de imputación de responsabilidad a un órgano nombrado en el inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE. De esta conclusión surgió la pregunta de si era posible imputar responsabilidad a esos órganos. Descartada la hipótesis de irresponsabilidad en virtud de la normas constitucionales, era necesario determinar el título de imputación aplicable a esos órganos.

² Dejo de lado la argumentación más antigua. Esto implica no hacer una reconstrucción fina de todas las posiciones existentes en la trayectoria jurisprudencial y dogmática de este tipo de casos.

³ Una versión general de la trayectoria de la argumentación en AGÜERO (2020).

⁴ Para analizar las relaciones de especialidad jurídica uso los desarrollos teóricos de Silvia Zorzetto. Confróntese ZORZETTO (2014); ZORZETTO (2013); ZORZETTO (2010).

⁵ Uso la etiqueta ‘Seguel con Fisco’ para designar una reconstrucción de la argumentación que subyace a la doctrina y a la jurisprudencia mayoritarias para resolver casos de responsabilidad del Estado entre 2009 y 2022.

⁶ Agradezco a uno de los evaluadores de la revista el haberme hecho ver la posible confusión al citar esta fuente formal. Aunque la jurisprudencia hace referencia a la Ley N° 18.575 esa ley fue refundida en el DFL N° 1 de 17 de noviembre de 2001.

La jurisprudencia y la doctrina dieron respuesta a esta interrogante afirmando que a estos órganos les resulta aplicable el artículo 2314 del Código Civil en tanto cláusula general⁷. Así, el título de imputación es la falta de servicio, pero construida a partir de la cláusula general del artículo 2314 de ese código⁸. Este modo de construir la imputación depende de una asimilación conceptual: la falta de servicio es semejante a la culpa civil⁹.

Además de la similitud conceptual señalada, esta estrategia de sistematización del material jurídico disponible se fundamentó en otras dos relaciones. En primer lugar, en el nivel de los conceptos, la argumentación se funda en un vínculo de especialidad que afirma que la cláusula de falta de servicio es *lex specialis* en relación a la noción de culpa civil que es *lex generalis*. Los criterios que se usan para construir ese vínculo de especialidad son la amplitud de los casos regulados y un vínculo conceptual ya que la falta de servicio se ha definido como '*la culpa del servicio*'¹⁰. Entonces, de acuerdo a esta relación de especialidad, la exclusión del inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE solo afecta a la especie, pues al ser una norma prohibitiva debe interpretarse restrictivamente. En segundo lugar, en el nivel de las fuentes, la argumentación se funda en un vínculo de especialidad construido sobre la base de una distinción donde las normas civiles codificadas se estiman generales y supletorias en relación a las leyes numeradas ajenas a un código. Conforme a estas relaciones conceptuales, la lista del inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE no tiene poder liberatorio de responsabilidad, porque el silencio del legislador reconduce al juez al Código Civil¹¹.

Es importante considerar que detrás de esta estrategia de optimización de las disposiciones jurídicas disponibles hay, al menos, una tesis ideológica sobre el derecho nacional¹². Esta tesis afirma que la coherencia del sistema jurídico impide afirmar que solo las normas de derecho público son idóneas para regular las relaciones entre los órganos de la administración y los ciudadanos o entre órganos del estado. En este sentido, la tesis niega que las normas de derecho público tengan una naturaleza, una estructura y/o persiguan fines especiales que las distinguan cualitativamente de las normas de derecho privado. En segundo lugar, y en línea con la tesis anterior, se defiende una tesis dogmática que afirma la existencia de un vínculo (implícito en la legislación) entre los conceptos de derecho privado y de derecho público. En virtud de esta tesis dogmática, las nociones de derecho civil son más fundamentales o lógicamente más básicas que las nociones de derecho administrativo. Esta fundamentalidad permite entonces, sostener que los problemas generados en sede administrativa pueden resolverse usando las nociones civiles. Así, ante el silencio del derecho administrativo frente a un caso, el juez no necesita integrar el derecho o construir normas implícitas de derecho público mediante técnicas de interpretación correctora, sino que basta colmar el silencio de la ley usando las normas de derecho privado vigentes. Solo ante ausencia de normas en el derecho privado, el juez podría crear la norma aplicable al caso.

En la literatura nacional hay más formas de vincular el derecho administrativo y el derecho civil que la reseñada. No puedo tratarlas todas aquí. Expondré de forma muy resumida solo en dos de ellas: la de Bermúdez y la de Vergara. El primero usa una distinción de la dogmática del derecho canónico¹³ para distinguir entre derechos generales y estatutarios. Dice: "el primero es aplicable a toda clase de sujetos, el segundo se refiere a la regulación de relaciones de cierta clase de sujetos, sustrayéndolos en ciertos aspectos del derecho común. A esta clase pertenece el Derecho Administrativo: es un derecho de naturaleza estatutaria, toda vez que regula la creación y relaciones de un sujeto de derecho especial, que se denomina Administración Pública,

⁷ Es importante considerar los siguientes casos como vinculados por una estructura básica de argumentación: Corte Suprema, Rol N° 852-2000, de 28 de noviembre de 2000; Corte Suprema, Rol N° 4753-2001, de 15 de mayo de 2002; Corte Suprema, Rol N° 371-2008, de 30 de junio de 2009; Corte Suprema, Rol N° 4390-2015, de 2 de junio de 2015.

⁸ Por todos, ver PIERRY (2000).

⁹ MARÍN (2012); y VALDIVIA (2012).

¹⁰ VALDIVIA (2019).

¹¹ En este sentido ver QUEZADA (2022).

¹² Una tesis ideológica es una tesis de política jurídica, es decir, una tesis sobre cómo debe ser el derecho. Confróntese TARELLO (2002), p. 360.

¹³ Sobre la clasificación de derechos común y estatutario en el derecho canónico ver MICHIELS (1949), pp. 661-664.

la cual, en principio, se sustrae de la aplicación del Derecho común”¹⁴. Esta argumentación, a mi juicio, merece tres comentarios. En primer lugar, no es más que una variación del argumento *lex specialis* que se construye a partir de la naturaleza del sujeto destinatario de las normas jurídicas¹⁵. En segundo lugar, el argumento depende de la ‘*personificación*’ de la Administración, pues solo si ella es considerada un tipo especial de persona, se sostiene el argumento de la naturaleza estatutaria de las normas que la regulan¹⁶. En tercer lugar, la relación estatutaria no modifica la relación de supletoriedad en términos del tipo de fuente entre el derecho civil y otras normas no codificadas. Como se sabe, esta relación se funda en el artículo 4 del Código Civil el cual, según la dogmática y la jurisprudencia dominantes, es una norma de alcance más amplio que el mismo código, por ubicarse en el título preliminar de éste.

La posición de Vergara consiste en rechazar el carácter general y supletorio del Código Civil en relación al Derecho Administrativo¹⁷. Aunque la posición del autor es compleja de resumir, puede sintetizarse en cinco argumentos de diferente tipo: a) existe *una summa divisio iuris* entre dos disciplinas jurídicas: el derecho privado y el derecho público; b) la separación fuerte entre el derecho privado y el derecho público se puede sustentar en sus diferentes fines y naturalezas; c) la pretensión de generalidad del derecho civil es un resabio histórico proveniente de la edad media; d) no hay fuentes formales explícitas que permitan sostener el carácter común, general y supletorio del Código Civil y; e) el artículo 4 del código ha sido mal interpretado¹⁸. Es imposible analizar esta posición aquí con los detalles requeridos, sin embargo, ella merece un comentario general. A mi juicio, la posición de Vergara funde dos problemas diversos: la completitud y la coherencia¹⁹ e intenta dar una solución única supeditando la solución del primero a la del segundo.

La noción de completitud puede predicarse del sistema y de normas individuales. En relación al sistema es la ausencia de lagunas o de casos regulados sin solución. También se puede decir que una norma está completa si ella tiene todos los elementos constituyentes que son necesarios para su aplicación. En cambio, la noción de coherencia designa una relación entre normas. Ella indica que una de las normas cumple los fines que la otra ha establecido.

La completitud depende de que todos los casos regulados tengan una solución asignada o que la norma en cuestión tenga todos sus elementos constituyentes, mientras que la coherencia depende de una relación axiológica: que todas las normas permitan cumplir los fines que otras normas del sistema han establecido.

Conforme a esta distinción entre completitud y coherencia es importante observar que, por sí solos, los argumentos de especialidad y de supletoriedad no permiten salvar problemas de coherencia, porque ambos argumentos se han diseñado para gestionar solo problemas de completitud. Ahora bien, esto no obsta a que ambos argumentos sean usados como refuerzos para sostener soluciones a problemas de coherencia, donde el argumento principal defiende que el *teleos* de una norma general permite suplir un elemento que falta en una norma especial e incompleta. Naturalmente, en estos casos, toda la argumentación depende de que se sostenga el argumento teleológico formulado. Por eso es importante notar que quienes argumentan que el Código Civil es *lex generalis* y supletoria no afirman nada sobre que el *teleos* (o la naturaleza) de las normas civiles debería impregnar las normas de derecho administrativo.

¹⁴ BERMUDEZ (2014), p. 35.

¹⁵ ZORZETTO (2014); ZORZETTO (2013); y ZORZETTO (2010) defiende que hay múltiples formas de construir el argumento *lex specialis*. Una de ellas es distinguiendo tipos de sujetos destinatarios de las normas.

¹⁶ En España esta tesis ha sido defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN (2015), p. 64.

¹⁷ Hay varios trabajos del autor sobre el tema, por todos, VERGARA (2010a); y VERGARA (2010b).

¹⁸ En contra de la interpretación de Alejandro Vergara están BARRIENTOS (2016), pp. 57-75; y CORRAL (2018), pp. 24-26.

¹⁹ Sobre este punto véase; MACCORMICK (1984).

3. La argumentación de la sentencia “Bustamante con Escuela de Aviación”

La estrategia de argumentación reseñada en el apartado anterior fue modificada por la sentencia que comento²⁰. Para su análisis voy a considerar primero cómo el tribunal optimiza las disposiciones jurídicas y los vínculos de especialidad que fundan esta sistematización normativa y, después, voy a elucidar dos de las tesis ideológicas implícitas en esas operaciones.

A juicio de la Corte Suprema el inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio a las Fuerzas Armadas. Sustenta esta conclusión en cinco argumentos. Por razones de simplicidad expositiva he reorganizado los argumentos de forma tal que no los analizo en el mismo orden en que figuran en la sentencia.

Primero, la Corte cita sus propios precedentes para dar por pacífico el estado de evolución de la responsabilidad del Estado Administrador²¹. Fija como fundamento exclusivo de esta responsabilidad a la cláusula de falta de servicio del artículo 42 de la Ley n° 18.575 en razón de “una interpretación armónica de los artículos 2, 4, 5, 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 4 y 42 [...] de la Ley N° 18.575”²². Aquí lo que la Corte llama ‘interpretación armónica’ es una combinación de interpretación correctora mediante técnicas sistemáticas a nivel constitucional y legal, por un lado, e interpretación conforme, por otro²³. Usando esta estrategia de optimización del material jurídico, la Corte deja de lado la vieja discusión sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la falta de servicio y asume la tesis desarrollada por Pedro Pierry y consolidada por la jurisprudencia desde “Aedo con Fisco” en el año 2000.

Ahora bien, hay que notar que la Corte no acoge toda la argumentación de Pierry y esto se deja entrever porque señala: “la responsabilidad del Estado Administrador ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico conforme al cual dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la “falta de servicio”. El adverbio ‘exclusivamente’ anuncia que más adelante se argumentará en torno a la imposibilidad de usar normas civiles para imputar responsabilidad a las Fuerzas Armadas.

Segundo, la Corte considera que la noción de ‘Administración’ está fijada en el inciso segundo del artículo 1° de la misma ley, donde se menciona a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas. Usando este concepto, atribuye al artículo 4 de la misma ley el rol de “*pedra angular*” de la responsabilidad de los órganos del Estado. Aunque la expresión “*pedra angular*” es una metáfora, es claro que el tribunal considera que este artículo es el que fija el título de imputación de la responsabilidad. Naturalmente, detrás de la metáfora hay un ejercicio de interpretación correctora con una técnica sistemática que vincula el artículo 42 con el artículo 4 e interpreta este último texto como si dijese lo siguiente: “*El Estado será responsable por [falta de servicio de] los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado*”.

Tercero, aunque la sentencia no lo dice explícitamente, sus operaciones interpretativas implican entender que las normas contenidas en el título I ‘*Normas generales*’ de la ley n° 18.575 no son entendidas como normas comunes a todos los casos reglados por la ley. A juicio de la Corte aquí la generalidad no es una cuestión puramente cuantitativa sobre los casos regulados, sino que se trata de una valoración sobre la supremacía sustantiva y axiológica de las normas del título I. Así, la relación entre las normas del título I y las normas del título II ‘*Normas especiales*’ ya no es una cuestión de a cuántos casos se les aplican o cuántos casos regulan,

²⁰ La idea que afirma que el cambio de criterio fue insinuado por la Corte en las sentencias Corte Suprema, Rol N° 52.961-2016, de 24 de abril de 2017; Corte Suprema, Rol N° 97.186-2020, de 13 de mayo 2021; Corte Suprema, Rol N° 94.245-2020, de 13 de julio 2021 y Corte Suprema, Rol N° 82-2021, de 5 de agosto 2021, se encuentra en NOGUEIRA Y CID (2022).

²¹ La sentencia cita como precedentes horizontales las siguientes sentencias; Corte Suprema, Rol N° 97.186-2020, de 13 de mayo 2021; Corte Suprema, Rol N° 94.245-2020, de 13 de julio 2021 y Corte Suprema Rol N° 82-2021, de 5 de agosto 2021.

²² Aquí hay un evidente error, pues el artículo 2 de la Constitución nada tiene que ver en el razonamiento que la Corte intenta fundar.

²³ La denominación ‘interpretación correctora’ y ‘técnica de sistematización’ las uso en el sentido que les da CHIASSONI (2011), pp. 122-123.

porque la Corte construye un vínculo de especialidad sobre la base de juicios materiales y valorativos de lo regulado en cada título.

Cuarto, la Corte interpreta restrictivamente las exclusiones que hace el inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE y postula que ellas “*se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias que tratan), y no se extienden al régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque no hay afectación del artículo 4° de la referida ley [...]*”²⁴. Aquí la Corte justifica la interpretación restrictiva con dos argumentos: los nombres de los párrafos del título II y la ‘semántica normativa’ del título II.

Con el razonamiento sobre los nombres de los párrafos del título II la Corte usa un argumento *a rubrica* e, implícitamente, un argumento *sedes materiae*. Es un misterio qué entiende la Corte por ‘semántica normativa’. Una lectura caritativa del considerando décimo séptimo puede entender que el razonamiento del tribunal se basa en una interpretación del inciso segundo del artículo 21 solo como una regla de reenvío. Así, el artículo en cuestión ya no expresa una prohibición de aplicación del título II a los órganos listados, sino que se trata de una norma que hace una remisión a otras fuentes del derecho para el tratamiento de asuntos como *organización, funcionamiento y carrera funcionaria* de las instituciones enumeradas. Aquí la Corte construye un nuevo vínculo de especialidad cambiando dos criterios; la materia y la fuente formal. Así, solo en tres materias (organización, funcionamiento y carrera funcionaria) la LOCBGAE es *lex generalis* mientras que son *lex specialis* las normas constitucionales, las leyes orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado conforme lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 21 de la LOCBGAE.

Quinto, la Corte considera que la responsabilidad de las Fuerzas Armadas es imputable a la Administración por dos razones: (1) la Administración comprende las Fuerzas Armadas (artículo 1° de la LOCBGAE) y; (2) la responsabilidad de las Fuerzas Armadas tiene “*origen indiscutible*” en normas de Derecho Público. Sobre este último punto la Corte agrega: “*reflexión que resulta trascendente, pues, en la actualidad, al alero de la normativa especial que regula la materia, son innecesarios los esfuerzos jurisprudenciales para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado*”²⁵. Frente a un argumento como este es fácil sorprenderse, porque no es claro cuál es la normativa especial a la que hace referencia la Corte.

Si, por ejemplo, entendiésemos que la Corte usa la noción de especialidad en un sentido formal, es decir, como descriptiva de una fuente formal del derecho que, de forma explícita, regula el título de imputación aplicable a las Fuerzas Armadas como órganos del Estado lo que afirma la Corte es empíricamente falso. En el sistema jurídico chileno no hay ninguna fuente formal que fije explícitamente, como supuesto de hecho el daño causado por las Fuerzas Armadas a terceros. Como he dicho más arriba, la construcción dogmática y jurisprudencial dominante ha recurrido a la cláusula general del artículo 2314 del CC en virtud de esta ausencia. Ya que esta es una lectura poco caritativa de la sentencia es necesario leer la expresión ‘norma especial’ no como designadora de un vínculo de especialidad formal. Entonces, ¿Qué quiere decir la Corte? Un poco más abajo en la sentencia, se desarrolla esta idea afirmando: “*la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, permite sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad, que son diferentes de los que se encuentran presentes en relaciones regidas por el Derecho Privado*”²⁶. Entonces, esto es lo que quiere decir la Corte con ‘norma especial’: la especialidad jurídica del derecho administrativo se funda en un vínculo de coherencia, es decir, en normas (principios) cuya estructura, naturaleza, contenido y valor las hace cualitativamente diferentes de las que rigen al derecho civil²⁷.

²⁴ Considerando décimo séptimo.

²⁵ Considerando décimo séptimo.

²⁶ Considerando décimo séptimo.

²⁷ Esta es una vieja tesis defendida, en el medio nacional, por ejemplo, por el profesor Eduardo Soto Kloss. También ha sido defendida con matices por BERMÚDEZ (2014).

3.1. Tesis ideológicas subyacentes en la sentencia comentada

El modo en que la Corte sistematiza las disposiciones legales disponibles para fundar su decisión depende de, al menos, dos tesis ideológicas. La primera de ellas dice relación con la diferente naturaleza de las relaciones entre particulares, por un lado, y entre los ciudadanos y la autoridad o entre órganos del Estado, por otro. A juicio de la Corte, esta diferencia “constituye una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga”²⁸.

La segunda es una tesis sobre la autonomía disciplinar del derecho público en general, y del derecho administrativo en particular. El rechazo al uso de normas civiles es consecuencia, no solo de la realidad social, sino también de una diferente naturaleza disciplinar que se expresa, dentro del orden jurídico, en una diversidad de principios fundamentales.

La trayectoria de las dos tesis ideológicas sintetizadas en este apartado puede rastrearse con facilidad hasta principios de la década de los 80’ del siglo pasado. Quizás fue Eduardo Soto el primer dogmático que las defendió con vehemencia en sus escritos sobre la Constitución que entraba en vigencia en esa época²⁹. En este sentido, se puede afirmar que con esta toma de posición la Corte retoma viejas discusiones dogmáticas a propósito de un caso cuya baja densidad legislativa le permite mayores márgenes de discrecionalidad.

4. Conclusiones

La sentencia comentada muestra que la responsabilidad del estado es un sector del orden jurídico donde se expresan disputas ideológicas o de política jurídica. Las categorías dogmáticas y las técnicas de integración e interpretación del derecho que permiten al juez salvar el silencio del legislador o los defectos de la legislación no son neutrales. Ellas precisan de una toma de posición sobre presupuestos indispensables para desplegar ese razonamiento jurídico. A juicio de la Corte, en este caso, esos presupuestos son la naturaleza de las disciplinas jurídicas y los posibles planos en los que se dividen las relaciones sociales. Esta toma de posición condiciona y modifica el uso de las herramientas de la teoría del razonamiento jurídico.

Más allá de las ideologías en tensión, la sentencia comentada también muestra que la especialidad jurídica, es decir, el argumento de *lex specialis*, es un argumento que puede construirse usando diferentes elementos o criterios (la fuente formal, la materia reglada, el título al cual pertenece el artículo que contiene la norma, entre otros) y que, además, no es un argumento neutral o independiente de la ideología. *A contrario*, la especialidad jurídica es un argumento particularmente sensible a la política del derecho de quien la construye.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO (2020): “Falta de servicio (en Derecho chileno)”, en: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad (Nº 19), pp. 306-316.

BARRIENTOS, JAVIER (2016): El Código Civil. Su jurisprudencia e historia (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

CHIASSONI, PIERLUIGI (2011): Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas (Barcelona, Marcial Pons).

CORRAL, HERNÁN (2018): Curso de Derecho Civil. Parte general (Santiago, Thomson Reuters).

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS (2015): Curso de Derecho Administrativo, 1ª edición (Navarra, Civitas/Thomson Reuters), tomo I.

²⁸ Considerando décimo séptimo.

²⁹ Por ejemplo, ver SOTO (1990), pp. 11-25.

- MACCORMICK, NEIL (1984): "Coherence in Legal Justification", en: *Theory of Legal Science* (Dordrecht, Reidel Publishing) pp. 231-251.
- MARÍN, URBANO (2012): "Responsabilidad estatal por falta de servicio. Dificultades en su incorporación al sistema nacional", en: Letelier, Raúl (Coord.) *La falta de servicio* (Santiago, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters), pp. 45-56.
- MICHIELS, GOMMAR (1949): *Normae Generales Iuris Canonici: commentaries libri I codicis juris canonici*, (Romae, Typis Societatis S. Joannis evangelistae Desclée et Socii), vol. I.
- NOGUEIRA, PABLO y CID, JAVIERA (2022): "Comentario a sentencia 'Bustamante con Fisco'", en: Bofill, Octavio, Mir, Pablo, Álvarez, Alejandro y Jana, Andrés (Eds). *Publicaciones y Noticias*. Disponible en: <https://www.bmaj.cl/es/publications/fallo-relevante-en-materia-de-derecho-publico-corte-suprema-y-responsabilidad-extracontractual-de-los-organos-del-estado/> [visitado el 26 de marzo de 2022].
- PIERRY, PEDRO (2000): "La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", en: *Revista de Derecho* (Santiago, Consejo de Defensa del Estado) (Año 1, julio, Nº 1), pp. 11-40.
- QUEZADA, FLAVIO (2022): "La importancia de 'Bustamante con Fisco' (2022) en la responsabilidad patrimonial de la Administración", en: *Actualidad Jurídica*. Disponible en: <https://actualidadjuridica.doe.cl/la-importancia-de-bustamante-con-fisco-2022-en-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/> [visitado el 26 de marzo de 2022].
- SOTO, EDUARDO (1990): "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho Público* (Vol. 1, Nº 47-48), pp. 11-25.
- TARELLO, GIOVANNI (2002): *Cultura Jurídica y Política del derecho* (Granada, Editorial Comares).
- VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL (2019): "La Responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena", en: *Revista de derecho de la Universidad de Concepción* (Vol. 87, Nº 246), pp. 213-246.
- VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL (2012): "Orígenes de la noción de falta de servicio", en Letelier, Raúl (Coord.), *La falta de servicio* (Santiago, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters), pp. 29-44.
- VERGARA, ALEJANDRO (2010a): *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo: el mito del derecho civil como derecho común* (Santiago, Thomson Reuters-AbeledoPerrot).
- VERGARA, ALEJANDRO (2010b): "La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas", en: *Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte* (Vol.17, Nº 1), pp.115-128.
- ZORZETTO, SILVIA (2010): *La norma speciale. Una nozione ingannevole* (Pisa, ETS).
- ZORZETTO, SILVIA (2013): "La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 36), pp. 387-415.
- ZORZETTO, SILVIA (2014): "The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire", en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (Nº 3), pp. 61-87.

JURISPRUDENCIA CITADA

- AEDO ALARCÓN PAULINA CON FISCO (2000): Corte Suprema 28 de noviembre de 2000 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.
- DOMIC BEZIC Y OTROS CON FISCO (2002): Corte Suprema 15 de mayo de 2002 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.
- SEGUEL CARES PABLO ANDRÉS CON FISCO (2009): Corte Suprema 30 de julio de 2009 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.

ESPINOZA MARFULL CON FISCO (2015): Corte Suprema 2 de junio de 2015 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.

JARAMILLO AMOYAO MARCO ANTONIO CON FISCO (2017): Corte Suprema 24 de abril de 2017 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.

LUCHSINGER MACKAY MARK JAVIER CON FISCO (2021): Corte Suprema 5 de agosto de 2021 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: www.decisionespublicas.cl

MEIER MÜLLER VÍCTOR CON CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2021): Corte Suprema 13 de mayo de 2021 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.

ARAVENA COLLAO JUAN BAUTISTA CON FISCO (2021): Corte Suprema 13 de julio de 2021 (recurso de casación en el fondo y en la forma en procedimiento ordinario), en: Oficina Judicial Virtual.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO CIVIL DE CHILE.

LEY Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 05 de diciembre de 1986.

LEY Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 26 de julio de 2006.