

Falta de servicio (en Derecho chileno)*

Lack of service (in Chilean law)

Claudio Antonio Agüero San Juan
 Universidad Alberto Hurtado (Chile)
 ORCID 0000-0002-7005-2979
caguero@uahurtado.cl

Cita recomendada:

Agüero San Juan, C. A. (2020). Falta de servicio (en Derecho chileno). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 306-316.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5713>

Recibido / received: 03/12/2019
 Aceptado / accepted: 25/08/2020

Resumen

Este trabajo presenta una síntesis de los significados de la locución «falta de servicio» en el Derecho administrativo chileno, entre los años 1976 y 2002. Se sostiene que esa expresión designó, por una parte, a la traducción de la locución francesa *faute de service* que realizó el legislador chileno; y, por otra, a dos tesis interpretativas sobre disposiciones normativas nacionales que fueron creadas por juristas chilenos: i) una tesis local o idiosincrásica definió la expresión como una hipótesis de responsabilidad objetiva en ausencia de un servicio público, y ii) una tesis defendió la idea de que se trató de un trasplante legal y definió la expresión como una hipótesis de responsabilidad subjetiva o por negligencia del servicio conforme a su uso en Francia.

Palabras clave

Responsabilidad del Estado, falta de servicio, *faute de service*, trasplante legal, interpretación jurídica, metajurisprudencia, Derecho Administrativo chileno.

Abstract

*This paper presents a synthesis of meaning of the phrase «lack of service» in Chilean Administrative Law between 1976 and 2002. In first instance, it is argued that this expression designated the French translation of the locution *faute de service* done by Chilean legislation. On the other hand, it designated two interpretative theses on national normative dispositions that were created by Chilean jurists: i) a local or idiosyncratic thesis defined the expression as a hypothesis of objective responsibility for the absence of a public service, and ii) a thesis defended the idea that it was a legal transplant and defined the expression as a hypothesis of subjective responsibility or negligence of the service according to its use in France.*

Keywords

*State liability, lack of service, *faute de service*, dogmatic concepts, legal transplant, legal interpretation, metajurisprudence, Chilean administrative law.*

*Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1161025.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Dos interpretaciones para la «falta de servicio». 2.1. La interpretación folk. 2.2. La interpretación pro trasplante. 3. Conclusiones metajurisprudenciales.

1. Introducción

La expresión «falta de servicio» fue introducida en la legislación chilena por la dictadura del general Augusto Pinochet¹. La primera disposición normativa² que –de forma indirecta– se refirió a esa expresión fue el artículo 62 inciso tercero del Decreto Ley N° 1.289, que fijó la antigua ley orgánica de municipalidades³. Ahí no se usó la expresión, sino que una paráfrasis de la definición dada por Paul Duez. Durante los últimos años de la dictadura, en 1986, la expresión «falta de servicio» fue usada en la redacción del texto del artículo 44 de la Ley N° 18.575 –Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado⁴–, y no ha sido objeto de modificaciones. Luego, en el año 1988, el texto del inciso tercero del artículo 62 del Decreto Ley N° 1.289 fue modificado por la dictadura –la ley se llamó Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695– y la disposición pasó al artículo 152 e incluyó la locución indicada⁵. Este texto está vigente.

La innovación léxica de las leyes N° 18.575 y N° 18.695 introdujo la concepción francesa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho chileno. Ese propósito quedó registrado en el proceso legislativo de la dictadura⁶. Los antecedentes legislativos y la redacción de las disposiciones citadas permiten sostener que la expresión *faute de service* proveniente del Derecho francés fue traducida como «falta de servicio» por el legislador chileno. La imperfección de la traducción es patente. La palabra francesa *faute*, que significa culpa o negligencia, fue traducida como «falta»⁷.

¹ En el Derecho chileno, fuera de los márgenes del Derecho administrativo, la expresión ya circulaba hace un tiempo. Por ejemplo, Arturo Alessandri cita el clásico trabajo de Paul Duez (la edición de 1938) en su obra sobre la responsabilidad extracontractual en Chile, aunque no se extiende sobre la expresión «falta de servicio» (Alessandri, 1943, p. 315).

² El lenguaje teórico y metateórico que uso en este trabajo se corresponde con el utilizado por la Escuela de Génova. Por todos, ver Chiassoni, (2011).

³ Ese decreto fue promulgado en enero de 1976. El texto del artículo en cuestión decía: «La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente». Señala Duez que la falta de servicio ocurre en tres casos: «1° el servicio ha funcionado mal (*culpa in committendo*); 2° el servicio no ha funcionado (*culpa in omittendo*); 3° el servicio ha funcionado tardíamente» (Duez, 1927, p. 27).

⁴ La disposición señalaba: artículo 44. «Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal». La Ley N° 18.575 entró en vigor en 1986 y la única modificación que ha sufrido el texto es el cambio de numeración. Hoy esa disposición se ubica en el artículo 42.

⁵ Artículo 152. «Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio».

⁶ La cuarta comisión legislativa informó a la Junta Militar que gobernaba el país lo siguiente: «Se consagra en este artículo 44 un criterio nuevo de responsabilidad [...] que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público [...] se trata de un concepto que tiene su origen en el Derecho Francés» (Valdivia, 2012, p. 30).

⁷ Esto es sabido en el derecho chileno desde principios del siglo XX. Así, por ejemplo, Alessandri señala en la nota 2 de la página 162: «Los autores franceses se ocupan de este elemento [el dolo y la culpa] bajo la denominación común de *faute* (culpa), expresión que comprende al dolo y a la culpa propiamente como tal, y hablan de culpa (*faute*) delictual o intencional para referirse a aquél y de culpa (*faute*) cuasidelictual o no intencional o de imprudencia o negligencia para referirse a la culpa» (Alessandri, 1943, p. 162).

La traducción literal debería haber evitado el uso de tal palabra en razón de su ambigüedad. La palabra «falta» significa «circunstancia de no haber o no tener cierta cosa necesaria o de haber o tener menos de lo necesario»⁸, tal como se usa en expresiones como «hay que suplir la falta de soldados, obreros o granjeros». De igual forma, significa «acción, dicho u omisión censurable, desacertado o que implica desconsideración hacia alguien»⁹ y así se usa en expresiones como «Pedro ha cometido una falta»¹⁰.

La expresión analizada no fue definida por el legislador chileno y esta ausencia provocó una pregunta interpretativa entre los juristas: qué significaba «falta de servicio», es decir, qué sistema de responsabilidad se consagraba en la legislación. Las respuestas dadas por los dogmáticos chilenos a esta pregunta son el objeto investigado en el presente trabajo. El objetivo es, entonces, realizar un ejercicio de metajurisprudencia sobre el discurso de los dogmáticos chilenos proponiendo modelar dos tesis interpretativas en tensión (por todos: Guastini, 2014). Dejo de lado el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la expresión *faute du service* en Francia, porque de tal desarrollo debe configurarse en una voz independiente¹¹.

2. Dos interpretaciones para la «falta de servicio»

Los juristas chilenos desarrollaron dos posiciones antagónicas¹². Un primer grupo interpretó la expresión como la consagración de un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, un sistema donde la imputación del resultado dañino no exige determinar dolo o culpa del agente público. Los líderes de esta posición fueron Soto¹³, Caldera (1982) y Silva (1994; 1995), entre otros juristas¹⁴. Un segundo grupo sostuvo la tesis opuesta: las palabras del legislador fijaban un sistema de responsabilidad subjetivo que requiere acreditar la negligencia de la Administración para construir el título de imputación, aunque no sea necesario individualizar al sujeto que causó el

⁸ Ésta es la primera acepción de la palabra «falta» en el Diccionario de María Moliner (Moliner, 2007, p. 1331).

⁹ Primera acepción de la palabra «faltar» en el Diccionario de María Moliner (Moliner, 2007, p. 1332).

¹⁰ La imperfecta traducción no es exclusiva del Derecho chileno. En Colombia, por ejemplo, *faute de service* fue traducido como «falla del servicio». Un ejemplo jurisprudencial es la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, Sección tercera, del 24 de septiembre de 1993, C.P. Dr. Suárez Hernández, actor: Arturo Acosta Saravía, exp. 8298. Cito este caso para ilustrar la traducción y no para sostener una tesis sobre la configuración de la responsabilidad del Estado en el Derecho colombiano (por todos, ver Güechá, 2012).

¹¹ El lector interesado puede consultar el sitio web de la Corte de Casación francesa donde hay una síntesis sobre tal desarrollo. La información puede seguirse en este enlace: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/faute_fait_6107.html

¹² Advierto en este punto que una reconstrucción más detallada exige identificar una posición intermedia que tuvo un par de decisiones judiciales en apoyo. Evito analizarla, porque su importancia histórica es exigua. Para una reconstrucción un poco más detallada de los posicionamientos dogmáticos en competencia remito al lector a los trabajos de Tocornal, (2013); Román, (2009).

¹³ Muchos de los trabajos de Eduardo Soto ilustran este punto. Ver Soto (1996; 2007; 2008).

¹⁴ Esta posición ha sido seguida también por juristas como Martínez (2002) y Fiamma (1989). El influjo de Eduardo Soto en esta posición puede verse en su libro de homenaje. (ver Arancibia, Martínez y Soto, 2009).

daño. Encabezaron esta posición Pierry¹⁵, Oelckers¹⁶ y Dorn (2005), entre otros juristas¹⁷.

La primera posición dogmática puede ser rotulada como local, idiosincrásica o *folk*, porque el resultado de su labor interpretativa produjo una norma que está dissociada del significado que tiene la expresión *faute de service* en el Derecho francés¹⁸. A su vez, la tesis argüida por la segunda posición puede etiquetarse como tradicional, de continuidad o a favor de un trasplante jurídico¹⁹, porque la norma que produce el ejercicio interpretativo se vincula a las nociones desarrolladas por el Derecho francés, a propósito de la responsabilidad del Estado (ver Valdivia, 2012).

La posición *folk* fue dominante en la academia y en la jurisprudencia entre los años 1976 y 2002. Ese año la Corte Suprema de Chile acogió la posición pro trasplante legal y, desde esa fecha, es la posición dominante sobre la responsabilidad patrimonial del Estado²⁰. En el siguiente apartado se reconstruye cada una de las posiciones, elucidando, de forma sintética, las técnicas de interpretación que las sustentan.

2.1. La interpretación *folk*

La trayectoria de esta posición dogmática (y de su opuesta) puede observarse en tres etapas temporales diferenciadas: i) antes de la dictación de la Constitución de 1980, ii) entre 1980 y la reforma constitucional de 1989, y iii) entre 1989 y 2002²¹. He sintetizado y unificado estas tres etapas en una única reconstrucción debido a que el presente trabajo no es una descripción historiográfica.

¹⁵ Los primeros trabajos de Pierry son coetáneos al proceso legislativo referido: Pierry (1975; 1975-1976; 1978; 1977-1978; 1995; 1996; 2000).

¹⁶ Señala este autor: «Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiviza y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la Ley. Desde este punto de vista se objetiviza la responsabilidad, lo que no significa que ésta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse [que] la circunstancia que se alega deriva del funcionamiento anormal del organismo público. Se podría decir que lo que hay que probar es la posición adoptada por la Administración pública reflejada en su no actuación o en su actuación tardía, mirando no sólo la culpabilidad del servicio sino la antijuridicidad del daño causado al administrado» (Oelckers, 1989, p. 446). Hay que decir que Enteiche clasifica la obra de Oelckers como adherente a la posición *folk* (ver Enteiche, 2011).

¹⁷ Esta posición ha sido seguida por juristas tales como: Barros (2006), Cordero (2010), Letelier (2012), Bermúdez (2002; 2014), Szczaranski (2002), Poblete (2015). El influjo de Pedro Pierry en esta postura puede apreciarse en el libro homenaje a este jurista (ver Ferrada, Bermúdez y Urrutia, 2016).

¹⁸ En este sentido, esta posición puede ser interpretada como la negación de la existencia de un trasplante legal.

¹⁹ Aquí uso la expresión «trasplante jurídico» en el sentido de Watson (1993). El adjetivo acultural significa que la posición dogmática descrita pretende que las nociones francesas se desarrollen en la cultura jurídica chilena sin adaptación o modificación alguna. En las conclusiones volveré sobre este punto.

²⁰ La sentencia en cuestión es Corte Suprema (2002). Domic Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile. Recurso de Casación en el Fondo. Rol 4.753-2001, del 15 de mayo de 2002. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 7, p. 157. Recuperado de: <http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-7.pdf>

²¹ El primer periodo se inicia con el golpe militar del 11 de septiembre de 1976 y se caracteriza por la ausencia de texto constitucional. En el segundo periodo, la dictadura prosigue el Gobierno con una pátina de legalidad en virtud de la Constitución aprobada en un *referéndum* de dudosa legitimidad. En estos dos periodos no hay litigación contencioso-administrativa. Una norma constitucional comprometía la creación de tribunales especiales y, entonces, el Poder Judicial entendía que el constituyente les había sustraído esos asuntos de su competencia. Tal norma fue derogada en 1989 sin haberse creado esos tribunales. En el tercer periodo la reforma a la Constitución permite que los tribunales ordinarios conozcan de los contenciosos administrativos.

Esta posición *folk* funda la responsabilidad del Estado en la interpretación (correctora) de disposiciones constitucionales y, según el resultado de este ejercicio interpretativo, realiza una interpretación –también correctora– de las disposiciones legales²². La interpretación de la Constitución busca dar soporte a un sistema objetivo de responsabilidad. Para ello responde a tres preguntas: ¿Cuál es el rol del Estado?, ¿Qué límites tiene la actuación estatal? Y ¿Qué sistema de responsabilidad fija la Constitución chilena de 1980?

La respuesta a la primera se formula a partir del texto del artículo 1 inciso 3° de la Constitución. Según esta posición, ese texto fija una norma que obliga al Estado a dictar actos y realizar actividades para servir a la persona humana, ya que su finalidad es promover el bien común (ver, por todos, Soto, 2007; 2008; 2011; 2012; 2015).

La respuesta a la segunda cuestión se elabora recurriendo, por un lado, a los artículos 6²³ y 7 –incisos primero y final–²⁴; y, por otro, al artículo 5 inciso final²⁵ y al artículo 19 –N° 2 y N° 22²⁶–, todos de la Constitución de 1980. Los dos primeros artículos son interpretados como expresión de tres principios: i) Supremacía constitucional fuerte, ii) Juridicidad, y iii) Responsabilidad. El inciso final del artículo 5 es entendido como un límite al ejercicio de la soberanía y, *a fortiori*, a los actos de la Administración. Luego, los dos números del artículo 19 se entienden como derechos fundamentales –la igualdad ante la Ley y la no discriminación arbitraria en materia económica– que fijan un límite material a la actuación estatal.

La respuesta a la tercera pregunta se construye a partir del artículo 38 inciso 2° de la Constitución. Este texto es interpretado como una norma que comprende «todo tipo de causas que originaren perjuicios a consecuencia de acciones o de misiones provenientes de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades» (Caldera, 1982). Este ejercicio de interpretación constitucional es importante porque permite que la posición dogmática analizada defienda las operaciones de interpretación legal, usando como argumento subyacente la interpretación conforme a la Constitución²⁷. Las principales operaciones de interpretación legal que realiza esta posición dogmática son las siguientes²⁸:

- a) Una interpretación literal de la locución «falta de servicio». De acuerdo con ella, la palabra «falta» debe entenderse según su significado ordinario en el castellano como «ausencia de algo». Así, la legislación contemplaría una hipótesis de ausencia u omisión de un servicio y nada dice en relación con la culpa como un requisito de la responsabilidad.

²² Uso el concepto de interpretación correctora de Guastini (2016 [2014]; 2015).

²³ El artículo 6 señala: «Los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley».

²⁴ El artículo 7 inciso primero señala: «Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley». El inciso final dice: «Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la Ley señale».

²⁵ El artículo señala: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana».

²⁶ El primer número de este precepto indica que: «Ni Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». El segundo número dice: «La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica».

²⁷ Un análisis del argumento de interpretación conforme de la Constitución puede revisarse en Guastini, (2006).

²⁸ Es importante destacar que la reconstrucción que realizo no es exhaustiva.

- b) Una interpretación sistemática que disocia la regulación administrativa (y todo el Derecho público) de las normas civiles de responsabilidad. De este modo, la legislación administrativa sería *lex specialis* respecto a la civil y, esa especialidad, permitiría justificar la ausencia de la culpa como elemento subjetivo en la imputación de responsabilidad.
- c) Una interpretación finalista de la legislación administrativa que le asigna una función subordinada a la Constitución y, entonces, le impone al intérprete el deber de interpretar ese sector de la legislación, aplicando la jerarquía axiológica establecida en ella de modo tal que la persona está sobre cualquier otro valor²⁹.

2.2. La interpretación pro trasplante

Esta posición defiende que el legislador fijó un sistema de responsabilidad subjetivo conforme a la concepción del Derecho francés. Para sustentarse, esta postura dogmática realiza movimientos interpretativos a nivel constitucional y legal, correlativos a los de su opositora. El primer movimiento es negar que el texto de la Constitución fije un sistema de responsabilidad del Estado. Así, las preguntas que formula y responde la posición *folk*, carecen de respuesta en el texto constitucional. El argumento clave de este movimiento consiste en sostener que el artículo 38 inciso 2º de la Constitución no regula el régimen de responsabilidad del Estado ni fija los rasgos definitorios del sistema de responsabilidad, sino que sólo establece un principio de responsabilidad genérico. Este entendimiento permite liberar a la interpretación legal del argumento de interpretación conforme a la Constitución, porque ella nada dice sobre cómo debe responder el Estado del daño causado a los ciudadanos en ejercicio de su actividad.

La interpretación de las disposiciones legales que contienen la locución «falta de servicio» se realiza, en esta posición dogmática, con tres operaciones interpretativas³⁰:

- a) Una interpretación literalista de la expresión «falta de servicio». Ésta señala que la expresión debe ser interpretada conforme al significado técnico-dogmático de la expresión y, entonces, sostiene que el legislador ha regulado una hipótesis idéntica a la que prevé el legislador francés con la expresión *faute de service*. Conforme a esta interpretación, la expresión «falta de servicio» es, por un lado, un concepto jurídico indeterminado que requiere que el juez y los juristas lo doten de contenido; y, por otro, el título de imputación de la responsabilidad.
- b) Una interpretación sistemática de la legislación que sostiene que el Estado puede responder en virtud de normas de Derecho civil y de Derecho administrativo. En ambos conjuntos, la responsabilidad puede ser por el hecho propio o por el hecho ajeno³¹. La responsabilidad civil por el hecho propio está reglada en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil chileno. El artículo 2320 del mismo código, regula la responsabilidad por el hecho ajeno. En tanto que la responsabilidad administrativa por el hecho propio está prevista por la locución «falta de servicio», entendida como responsabilidad por culpa del servicio³². Mientras que la responsabilidad administrativa por el hecho ajeno está

²⁹ Un texto actualizado sobre esta posición es Soto (2015).

³⁰ Esta reconstrucción no es exhaustiva.

³¹ La obra reunida de Pierry puede consultarse en Pierry (2017).

³² Conforme al artículo 44 Ley N° 18.575, citado más arriba.

determinada por la teoría de la «falta personal», siempre que no se exonere de responsabilidad al Estado³³.

- c) Una interpretación sistemática que señala que las normas civiles de responsabilidad por culpa son generales y supletorias para todo el Ordenamiento. De modo que interpretar la legislación administrativa como un sistema de responsabilidad sin culpa, que es especial en relación con el civil, resulta improcedente si se hace sin una disposición legal expresa.

3. Conclusiones metajurisprudenciales

Estudiar la trayectoria de la expresión «falta de servicio» en el Derecho administrativo chileno es un ejercicio útil para describir cómo los juristas y los jueces participan en la creación y en la aplicación del derecho al margen del legislador. Las conclusiones de esta descripción pueden dividirse en varios niveles: dogmáticos, teóricos y metajurisprudenciales. La dogmática estará interesada en sacar lecciones sobre el modo en que razonan los jueces y los juristas frente a las innovaciones léxicas del legislador. La teoría seguramente se interesará más por el modo en que se configuran diferentes niveles de legalidad en torno a tres fuentes del derecho: la legislación, la dogmática y la jurisprudencia. Finalmente, la metajurisprudencia se ocupará de entender cómo es posible refinar un aparato conceptual que permita describir con claridad y precisión el funcionamiento de los discursos de los diferentes operadores de un orden jurídico. Me concentraré solo en este último nivel de análisis.

Un importante aprendizaje de este tipo de investigación es la necesidad de profundizar en la distinción entre el marco de interpretaciones posibles y la trayectoria de interpretaciones de una disposición³⁴. El marco de interpretaciones posibles es el producto de un análisis científico del conjunto de las interpretaciones (normas) que es posible atribuir a una disposición. Al respecto, señala Kelsen:

La tarea de un comentario científico es, en primer lugar, encontrar –mediante un análisis crítico– los posibles significados de la norma jurídica sometida a interpretación; a continuación, mostrar las consecuencias, dejando a las autoridades jurídicas competentes elegir entre las varias posibles interpretaciones aquella que, por razones políticas, consideran preferible, para cuya selección aquellos son los únicos que tienen potestad. Una interpretación científica debe evitar presentar como plausible (*giving countenance*) la ficción de que siempre hay una única interpretación «correcta» de las normas que debe ser aplicada al caso concreto. Es cierto que esta ficción puede tener algunas ventajas políticas. Una parte que ve su pretensión rechazada por la autoridad jurídica puede soportar más fácilmente este hecho si puede ser persuadida que otra decisión –otra decisión «correcta»– no hubiera sido posible (2012 [1949]: 182).

El marco de interpretaciones (normas) posibles colecciona todas las interpretaciones que se pueden atribuir a una disposición, desde un punto de vista lógico. En cambio, la trayectoria de las interpretaciones de una disposición es el producto de una investigación histórico-sociológica, ya que es el conjunto de interpretaciones que los jueces y los juristas de una comunidad determinada han atribuido efectivamente a una disposición en un lapso de tiempo. Entonces, la trayectoria es un subconjunto del marco de interpretaciones posibles.

³³ «Nosotros hemos propuesto la aplicación en Chile de la teoría de la falta de servicio a través de la responsabilidad por el hecho propio contemplada en el artículo 2314 del Código Civil. No lo hemos hecho, sin embargo, en relación con la falta personal» (Pierry, 1983). Aquí el autor cita sus trabajos de 1975 y 1976, ya citados.

³⁴ Le debo a Seren Ataoğlu Colonnello el haberme hecho ver la importancia de este punto.

El estudio de la interpretación de la expresión «falta de servicio» muestra, en primer lugar, que dentro de la trayectoria de las interpretaciones es necesario distinguir las auténticas individuales que realizan, por ejemplo, los jueces o la administración y las no-auténticas individuales que realizan los dogmáticos. Esto debido a que las interpretaciones auténticas individuales son actos de creación jurídica que han hecho obligatorios esos significados dentro de una comunidad en un momento determinado (Kelsen, H. (2012 [1949], p. 182). Mientras que las interpretaciones no-auténticas individuales no son ejercicios de creación jurídica directa. Al respecto Kelsen dice que:

La interpretación no-auténtica –es decir, la interpretación de las personas no autorizadas por el propio derecho– es jurídicamente tan irrelevante como el juicio de una persona sobre la culpabilidad o inocencia de un individuo previamente acusado de haber cometido un crimen por un tribunal. Las alegaciones de un abogado en favor de su cliente frente a un tribunal, en relación a la interpretación jurídica, son sólo sugerencias al órgano de aplicación del Derecho (2012 [1949], p. 182).

En segundo lugar, el estudio de la trayectoria de la interpretación de la expresión «falta de servicio» en Chile muestra que la tesis kelseniana de la irrelevancia de la interpretación no-auténtica puede ser verdadera sólo desde un punto de vista sincrónico. Sólo en un momento y lugar determinados es posible distinguir de forma tajante la interpretación auténtica de la interpretación no-auténtica. Porque cuando se considera el paso del tiempo, la vocación prescriptiva de la interpretación no-auténtica tiene efectos en las decisiones de los jueces y la Administración y viceversa. Si esto es correcto, una metajurisprudencia sofisticada necesitará poder reflejar ese influjo recíproco entre la interpretación auténtica y la interpretación no-auténtica como una interacción entre posiciones interpretativas opuestas o no.

En tercer lugar, la tarea de refinar nuestros aparatos conceptuales con el propósito de describir mejor esa interacción a lo largo del tiempo puede ser resuelta usando la metáfora del trasplante jurídico tomada de los estudios del pluralismo jurídico. En la obra de Masaji Chiba (1989) se usa la idea de trasplante jurídico desde un punto de vista cultural con un importante rasgo subjetivo. Creo que esta idea, convenientemente ajustada, puede servir para describir la trayectoria de la interpretación de una disposición legal como la que he analizado en este texto. Para Chiba los dogmáticos, los jueces y los ciudadanos pueden ser precursores de la elección de una interpretación dentro del marco de interpretaciones posibles. Así se puede describir el rol de los juristas y de los jueces en la trayectoria de una interpretación como agentes de cambio. Además, en la obra de Chiba, cuando los jueces eligen una, de entre varias interpretaciones incompatibles entre sí, esa elección no es una decisión pacífica, ni se funda en el prestigio de la opción elegida. Esa decisión es la expresión institucional de cómo la cultura que ha recibido una disposición (o una norma) que le es ajena ha resuelto el conflicto jurídico que ha implicado su introducción.

Bibliografía

Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (título 35 del libro IV del Código Civil)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Arancibia, J. Martínez, J. y Soto, E (2009). *La primacía de la persona humana. Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago, Chile: Legalpublishing y Universidad de los Andes.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bermúdez, J. (2002), La responsabilidad extracontractual de la administración del estado por falta de servicio y por el daño ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 23, pp. 253-264.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo general*. Santiago, Chile: Editorial La Ley.
- Caldera, H. (1982). *Sistema de la responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Chiba, M. (1998). *Legal Pluralism: Toward a General Theory Though Japanese Legal Culture*. Tokyo, Japan: Tokai University Press.
- Cordero, L. (2010). *La responsabilidad de la administración del Estado*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing.
- Enteiche, N. (2011). El fundamento de la responsabilidad extracontractual del estado administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). *Revista Actualidad Jurídica*, 23, pp. 109-135. Recuperado de: <http://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/08/El-fundamento-de-la-Responsabilidad-Extracontractual-del-Estado-Administrador-en-Chile.pdf>
- Dorn, C. (2005). Responsabilidad extracontractual del estado por actos del ministerio público. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, (13), pp. 13-26. Recuperado de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d4af07a7-f8ed-47f2-94a0-521f213f2e64/3.pdf?MOD=AJPERES>
- Duez, P. (1927). *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*. París, Francia: Editorial Dalloz.
- Ferrada, J.C., Bermúdez, J. y Urrutia, O. (2016). *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Fiamma, G. (1989). La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. *Revista chilena de Derecho*, 16, pp. 429-454.
- Guastini, R. (2014). *El realismo jurídico redefinido*, en Núñez, A. (2014). *Modelando la ciencia Jurídica*. Lima, Perú: Palestra, pp. 87-115
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, pp. 11-48. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>
- Guastini, R. (2016 [2014]). *La sintaxis del derecho*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2006). *Estudios sobre interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Güechá, C. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores*, 1, pp. 95-109.
- Letelier, R. (2012). A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes. En Letelier, R. (Coord.), *La falta de servicio*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Martínez, J. (2002). La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno. En VV.AA., *Derecho de daños* (pp. 171-201). Santiago, Chile: Editorial Lexis-Nexis.
- Moliner, M. (2007). *Diccionario*. Madrid, España: Gredos.
- Kelsen, H. (2000 [1949]). Prefacio. Sobre la interpretación. *Eunomía*, 1, pp. 173 -184. En Núñez, A. (Trad.). Kelsen, H, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement* (pp. XIII-XVII). Nueva Jersey,

- Estados Unidos: The Law Exchange.
- Pierry, P. (1975). La responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 5, pp. 69-105.
- Pierry, P. (1978). De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades. *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile*, 12, pp. 167-184.
- Pierry, P. (1983). Responsabilidad extracontractual del estado por los delitos cometidos por sus funcionarios. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 7, pp. 283-306. Recuperado de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/112>
- Pierry, P. (1995). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 92, 1º parte, pp. 17-30.
- Pierry, P. (1996). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho Público*, 59, pp. 287-309. doi: 10.5354/0719-5249.2016.43308
- Pierry, P. (2000). La responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 1, pp. 11-40. Recuperado de: https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES
- Pierry, P. (2017). *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Poblete, G. (2015). La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema). *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, XXVIII (1), pp. 243-251.
- Oelckers, O. (1989). La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes orgánicas constitucionales de administración del estado y de municipalidades. *Revista Chilena de Derecho*, 16 (2), pp. 441-454.
- Román, C. (2009). Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 6, p. 605 y ss. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art17.pdf>
- Valdivia, J. (2012). Orígenes de la noción de falta de servicio. En Letelier, R. (Coord.), *La Falta de Servicio* (pp. 29-44). Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Szczaranski, C. (2002). Responsabilidad extracontractual del estado. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 8, pp. 11-42. Recuperado de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a443b97e-5366-48f7-bc17-8e723f60e5f5/2.pdf?MOD=AJPERES>
- Silva, E. (1994). *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo El Control Público*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Silva, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo El Servicio Público*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Soto, E. (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Soto, E. (2007). ¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad extracontractual como para aplicarle las normas reguladoras del código civil en la materia? (Comentario de Jurisprudencia a propósito de Martínez Rodríguez con Fisco/C. Suprema 29.10.2007). *Gaceta Jurídica*, 329, pp. 39-42.
- Soto, E. (2008). Responsabilidad del Estado por los daños producidos por la inactividad municipal: falta de servicio/omisión: artículo 142 de la Ley N°18.965. *Gaceta Jurídica*, 341, pp. 37-45.
- Soto, E. (2011). ¿La falta de servicio es el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Cares Seguel, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea). *Gaceta Jurídica*, 377, pp. 39-48.

- Soto, E. (2012). Falta de servicio es omisión. El ejemplo de la responsabilidad municipal/artículo 142 Ley N° 18.695 (A propósito de Correa Pérez c/Municipalidad de Concepción y de Núñez Espinoza c/Municipalidad de Lo Espejo, Corte Suprema 2011). *Gaceta Jurídica*, 384, pp. 29-40.
- Soto, E. (2015). La responsabilidad extracontractual del estado administrador: un principio general del derecho chileno. *Revista de Derecho Público*, 21/22, pp. 149-156. doi: 10.5354/0719-5249.2015.36363
- Tocornal, J. (2013). *La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados* (Tesis doctoral). Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/2860/610858.pdf?sequence=1>
- Watson, A (1993). *Legal transplants: An approach to comparative law*. Athens, United States: University of Georgia Press.