

El Sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek: Impacto y actualidad en el Derecho administrativo¹

The System of Subjective Public Rights by Georg Jellinek: Impact and relevance in Administrative Law

Alejandro Vergara Blanco²

Georg Jellinek (1851-1911) es reconocido por su teoría acerca del “Sistema de los derechos públicos subjetivos”, a partir de la cual el individuo solo por el hecho de pertenecer a un Estado es titular de derechos públicos subjetivos. Si bien esta idea fue controversial, provocando la crítica de autores contemporáneos alemanes y extranjeros, en la actualidad se ha destacado su aporte dentro del derecho constitucional y administrativo, consagrándose tanto judicialmente como legalmente. Así, el fenómeno de la *subjetivización* del derecho administrativo se basa en la posibilidad que tiene el ciudadano de exigir el resguardo de sus derechos dentro del contencioso administrativo.

Georg Jellinek (1851-1911) is recognized for his theory of the “System of subjective public rights”, according to which the individual, just because he belongs to a State, is the holder of subjective public rights. Although this idea was controversial, provoking the criticism of contemporary German and foreign authors, its contribution to constitutional and administrative law has now been highlighted, being enshrined both judicially and legally. Thus, the phenomenon of subjectivization of administrative law is based on the possibility of the citizen to demand the protection of his rights within the administrative litigation.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Por su interés para la disciplina del Derecho administrativo, publicamos el *Estudio preliminar* contenido en la reciente traducción al castellano del *Sistema de los derechos públicos subjetivos* de Georg Jellinek (editada por Tirant lo Blanch, Valencia, España). Agregamos, en esta edición, en un listado al final, la bibliografía citada.

² Abogado de la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Post Doctorado en Derecho por la Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Profesor Titular de Derecho administrativo y de Teoría y Fuentes del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: alejandrov.gara@uc.cl.

Artículo recibido el 15 de septiembre de 2023 y aceptado el 3 de noviembre de 2023.

Palabras clave: derecho administrativo, derechos públicos subjetivos, positivismo, contencioso administrativo. **Keywords:** administrative law, subjective public rights, positivism, administrative litigation.

Georg Jellinek (1851-1911) publicó en 1892 por vez primera su *System der subjektiven öffentlichen Rechte (Sistema de los derechos públicos subjetivos)*; en 1905 publicó una segunda edición, en que apenas retoca la primera. En este libro fundamental de la dogmática alemana de fines del s. XIX, se refiere el autor a la relación entre la persona y el Estado y desarrolla su famosa teoría de los derechos públicos subjetivos, la que es coherente con su también famosa concepción del Estado como persona jurídica. Son también conocidos sus postulados relativos a la teoría general del Estado, a los que dio forma en su difundida obra posterior *Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado)* publicada en 1900, cuya 2ª edición se publicó en 1911 y se tradujo al castellano en 1913.

Creador de la idea de Corte Constitucional

Hay otro antecedente que recordar de Jellinek: él fue el primero en proponer un sistema de justicia constitucional para el imperio austrohúngaro, en un folleto de 1885, en que proponía el aumento de las atribuciones del Tribunal del Imperio, de manera de establecer una verdadera corte constitucional. Su influencia teórica en este aspecto sobre las ideas posteriores de Kelsen pareciera ser usualmente olvidada, "partiendo por el mismo Kelsen"³. Es expresivo el folleto de Jellinek: *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Una Corte constitucional para Austria)*, de 1885, en cuyo capítulo VI propone transformar al tribunal del Imperio como "Corte constitucional", y desarrolla ampliamente la materia tomando el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica⁴.

El Sistema de los derechos públicos subjetivos

Pero la construcción jurídica más célebre de Jellinek, sin lugar a duda, es su teoría de los *status* (estatus o estados) y de los derechos públicos subjetivos que de esas posiciones sociales se derivan para los ciudadanos (o *individuos*, en la típica expresión alemana de la época) la que desarrolla en su *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, el que ahora traducimos desde su versión italiana y al que este breve estudio preliminar sirve de frontispicio.

I. Las teorías de Jellinek: los *status* y los derechos públicos subjetivos

A fines del s. XVIII y a lo largo del s. XIX, las declaraciones de derechos y deberes de los ciudadanos fueron redactadas en el texto mismo de las cons-

³ HERRERA 1997, 85.

⁴ Véase la presentación de su traducción italiana por Elisabetha Palici di Suni, 2013 y el trabajo de esta autora: *La giustizia costituzionale secondo Georg Jellinek*, en: *Studi in onore di Aldo Loiodice*, BARI 2012, 1301 ss.

tituciones, adquiriendo así la condición de normas jurídicas fundamentales; a ellas se añadían leyes complementarias tendentes a su protección y a afirmar las garantías del ciudadano consideradas como indispensables frente al poder de los órganos del Estado. Siguiendo una formulación usual, puede decirse que las categorías denominadas como 'derechos fundamentales' y 'libertades públicas' responden a orígenes diversos y a tradiciones culturales diferentes. El primero de estos conceptos, los 'derechos fundamentales', apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los *Grundrechte* (derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado. El otro concepto, la 'libertad pública' (escrito en singular), aparece también en Francia, siendo utilizado de forma expresa en las constituciones de 1793 y 1814. Las 'libertades públicas' (ahora escrito en plural), en su formulación clásica, son de ámbito más restringido que los derechos fundamentales, con los cuales estarían en una relación de género y especie. Tales 'libertades públicas' son más específicas y presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer cierto número de actividades determinadas; así: Por una parte, son 'libertades' porque permiten actuar sin coacción; y, por otra, son 'públicas' porque corresponde a los órganos del Estado –titular de la soberanía– respetarlas y garantizarlas. Estas 'libertades públicas' suponen una amplia autonomía para los ciudadanos y al tiempo conllevan obligaciones del Estado; en algunos casos constituyen obligaciones negativas en cuanto implican por lo común un cierto deber de abstención, si bien en algunas ocasiones comportan obligaciones secundarias positivas. Los derechos fundamentales pareciera que son algo más. En medio de este desarrollo dogmático es que Jellinek propone una nueva teorización jurídica de los derechos fundamentales a través de una nueva terminología para referirse a ellos. Al respecto, Aldunate⁵, uno de los poquísimos autores chilenos que entre nosotros se ha referido a esta teorización de Jellinek, afirma que los derechos públicos subjetivos constituyen una "terminología" más de los derechos fundamentales. A su juicio, con ello Jellinek intenta ordenar el sistema de fuentes alemán de la época y precisa que es un concepto de otra *naturaleza*, distinto de los derechos subjetivos privados. Afirmación que es coherente con el desarrollo ofrecido por Jellinek.

Contexto dogmático y síntesis de la teoría de los *status*

Podemos recurrir al propio Jellinek quien en su citada *Teoría general del Estado* nos permite conocer el contexto de su teorización sobre los derechos públicos subjetivos, al recorrer el índice y orden de las materias que desarrolla en dicho libro. En efecto, esta obra está dividida en tres libros: un libro primero, dedicado a una Introducción metodológica; un libro segundo, dedicado al análisis sociológico del Estado; y, un libro tercero, dedicado al análisis jurídico

⁵ ALDUNATE 2008, 51-55.

del Estado. Es en este último libro que Jellinek incorpora el análisis de cada uno de los tres elementos del Estado: el territorio del Estado; la población del Estado; y, el poder del Estado. Y es en medio del desarrollo del segundo elemento (la *población*) que Jellinek incorpora su teoría de los derechos públicos subjetivos y de los *status*, analizando así al *pueblo* en su aspecto subjetivo. En otras palabras, según el autor, los derechos públicos subjetivos consistirían en una esfera de derecho público reconocida por el Estado a toda su *población*. Es significativa entonces la ubicación sistemática en que Jellinek sitúa la teorización de los *status*: quiere decir que cada individuo del pueblo es, por ese sólo hecho, titular de derechos públicos subjetivos.

Veamos ahora la síntesis de la teorización de los *status* que el propio autor ofrece en su *Teoría general del Estado* (cito según su edición castellana de 1913). Parte señalando que el derecho solo es posible entre sujetos de derecho, y que "sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio"⁶. Agrega que "la capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico debido a sus intereses personales crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho al individuo, un derecho subjetivo"⁷. Precisa que "estos [los derechos públicos subjetivos] se diferencian esencialmente de los derechos subjetivos privados en que se fundan inmediatamente en la personalidad, y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma" (...): son "facultades que el orden jurídico directamente reconoce a los individuos"⁸. Agrega que toda exigencia de derecho público nace de una determinada "*posición*" de la persona respecto al Estado, posición que él designa como un *status*⁹. Los derechos públicos, dice, en fin, son *derivaciones* de los *status* positivo, negativo y activo; introduce además un cuarto *status*: el pasivo; todos de la personalidad.

Los derechos públicos subjetivos en el *System*. Su definición

Pero una descripción más completa de los *status* se puede encontrar en el *System*, que ahora traducimos.

Para Jellinek (*System*, § 4) el *derecho subjetivo* puede definirse en términos generales como: "La potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto está dirigida a un bien o a un interés"; agrega que es la "capacidad de poner en movimiento las normas (derecho objetivo) en beneficio individual". En esto Jellinek sigue a Rudolf von Jhering (1818-1892), el que había afirmado en su *El espíritu del derecho romano* (1852-1865), que los derechos subjetivos "son intereses jurídicamente protegidos". Existe una evidente conexión genética entre ambas concepcio-

⁶ JELLINEK 1913, 387.

⁷ JELLINEK 1913, 387.

⁸ JELLINEK 1913, 387.

⁹ JELLINEK 1913, 388.

nes y definiciones (cabe recordar que Jellinek dedica el *System* a Jhering, tal como deja constancia en el prefacio de la primera edición alemana).

Un nuevo lenguaje para significar las *posiciones* de los individuos

Pero es posible revisar con más detalle la descripción que Jellinek realiza de los cuatro *status* en su *Sistema de los derechos públicos subjetivos*. A su juicio, la persona de frente al Estado [a los órganos del Estado, podríamos decir hoy con más precisión] puede encontrarse en alguno o algunos de los siguientes cuatro *status*: i) en un estatus pasivo: *status subjectionis*; ii) en un estatus negativo: *status libertatis*; iii) en un estatus positivo: *status civitatis*, y iv) en un estatus activo: *status activae civitatis*, de la ciudadanía. Jellinek prefiere no referirse a "derechos", porque seguramente le resulta muy amplio o ambiguo, dado lo polisémico de dicha expresión; además, en derecho público no se habla de "derechos y obligaciones", lenguaje más apropiado para las relaciones propias del Derecho civil. El autor opta por nuevos conceptos, de ahí que elige, tomando como modelo el derecho antiguo, el concepto de *status*; esto es, *posiciones* o *condiciones* de un ciudadano en la sociedad. En buena medida, la perennidad de la teorización de Jellinek se ha producido por estas ingeniosas denominaciones: es un nuevo lenguaje el que inaugura para mejorar así la comprensión de la posición del individuo en medio de la sociedad, en su relación con los órganos del Estado.

Descripción de los cuatro *status* de la persona de frente al Estado

Entonces, según Jellinek el individuo, a raíz de su adscripción a un Estado, se encuentra inmerso en una pluralidad de posiciones: *status subjectionis* (estado de sujeción o pasivo); *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) y *status activae civitatis* (estado activo). Estos cuatro *status* o *posiciones* del individuo, en cuanto a su contenido y consecuencias jurídicas, podemos describirlos así:

i) *status pasivo*. Como consecuencia de su subordinación al Estado, el ciudadano se encuentra, en primer lugar, en "estado pasivo" o *status subiectionis*, lo que conlleva para este último una serie de deberes. Este *status* pone a todas las personas en la obligación de obedecer todos los mandatos y prohibiciones dispuestas por el Estado regulador; implica que se está sujeto a la Constitución y a las leyes. Es objeto de estudio de las diversas disciplinas, en especial del Derecho constitucional.

ii) *status negativo*. A todo miembro del Estado pertenece –por otra parte– un rango en el cual es señor absoluto; una esfera libre del Estado, una que excluye el *imperium*: es el estado negativo, también llamado *status libertatis*. Es el estatus de la libertad. Es negativo porque no hay mandatos ni prohibiciones. Los particulares pueden decidir cómo actuar; es la esfera de la autonomía de la voluntad, de la espontaneidad de los particulares. Sólo en ciertos casos la Administración puede entrometerse en los actos entre particulares sujetos al derecho privado, los cuales dirán relación particularmente

con asuntos de orden público o licitud de la actuación privada. Es objeto de estudio de las diversas disciplinas, en especial de derecho privado; también por el Derecho administrativo.

iii) *status positivo*. El Estado, en el cumplimiento de sus deberes, le reconoce al ciudadano la posibilidad de aspirar a que el poder estatal sea ejercido en su favor, en cuanto le concede la facultad de beneficiarse de los servicios que prestan las instituciones estatales. Se está reconociendo así el "estado positivo" o *status civitatis*, que se presenta como el fundamento del conjunto de las prestaciones estatales hechas en interés del individuo. La actividad del Estado, por lo tanto, sólo es posible mediante la acción en beneficio individual de los propios ciudadanos. Este *status positivo* o *status civitatis* es esencial para comprender la posición del administrado de frente a la Administración. No es una situación simplemente pasiva, como aquella en que tiene que aceptar el administrado un mandato o una prohibición; sino que lo coloca en una situación de exigencia de frente a la Administración. Se refiere, entonces, a que el particular está en posición de exigir al Estado o Administración una pretensión positiva; a que puede obtener algo; es, podemos decir, la capacidad jurídicamente protegida para perseguir prestaciones positivas de parte del Estado. Y esta capacidad es, sustantivamente, un poder, un derecho. De ahí que este es el *status* más importante para el Derecho administrativo y es objeto esencial de su estudio e interés.

iv) *status activo*. En fin, se reconoce al individuo la capacidad de obrar por cuenta del Estado; lo promueve a una condición más elevada y cualificada, a la ciudadanía activa. Esta se corresponde con un "estado activo", el *status activae civitatis*, por el que el individuo está autorizado para ejercer los llamados derechos políticos en su más estricto significado. Es el *status* de la ciudadanía, referido al derecho de elegir a los representantes políticos, al derecho a voto. Es estudiado especialmente por el Derecho constitucional.

Con ello, Jellinek propone no solamente un nuevo lenguaje de los derechos fundamentales del individuo, sino también una nueva teorización para comprender la posición del ciudadano, la que mantiene vigencia hasta nuestros días.

II. Las ideas de Jellinek rompen con la tradición doctrinaria alemana anterior

La teoría de los derechos públicos subjetivos es un hito en el derecho público alemán

El pensamiento de Jellinek marca un hito, pues con sus aportes se abre un nuevo período en la ciencia del derecho público alemán. Si bien su visión es estatocéntrica, es la matriz ideológica liberal de Jellinek lo que lo distancia de la anterior tradición doctrinaria alemana. Se puede llegar a pensar que Jellinek se reconduce al tradicional estatismo autoritario de sus antecesores, representado por las dos cumbres del Derecho público alemán del siglo

XIX: Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) y Paul Laband (1838-1918), pero en verdad la concepción de Jellinek implicó una ruptura con las teorizaciones de ambos autores, en especial con la idea del Estado como persona jurídica dotada de un poder de tal magnitud cuya esencia era la dominación de los individuos. Jellinek, al contrario, le da una importancia superlativa a los derechos públicos subjetivos de los individuos, los que en la tradición de Gerber y Laband estaban reducidos al mínimo, solo en tanto que *reflejos* del acto de autoridad del Estado. Pero la nueva sociedad industrial, a partir de 1890, difícilmente se adapta al viejo aparato del Estado y a esa teoría tradicional que le considera como un dominador exterior de la sociedad.

En efecto, para Gerber y Laband los derechos y libertades fundamentales no son derechos subjetivos, sino solamente normas que el Estado se da a sí mismo. Incluso Otto Mayer (1846-1924), sin perjuicio de ser un gran renovador del derecho público alemán, contemporáneo a Jellinek, en esta cuestión piensa esencialmente lo mismo que Gerber y Laband. La razón es que para ellos los derechos públicos subjetivos no tendrían "objeto" concretamente reivindicable, pues en esa teorización antigua los derechos fundamentales no eran derechos inmediatamente oponibles. Es que para tales autores los derechos fundamentales no eran "subjetivos". Jellinek con su *System*, rompe con ese modelo y postula que los derechos de los individuos son "públicos y subjetivos" y los ostenta cada individuo en su condición de persona, sin necesidad de algún "objeto". Así, el Estado se obliga de frente a los individuos; se autolimita en el acto mismo de autocreación del derecho. De ahí que lo que Jellinek elabora con esto es, en definitiva, la teoría de la *autolimitación* del Estado, rompiendo la tradición anterior.

Jellinek: un jurista positivista y liberal

Jellinek tiene una visión de clara matriz positivista, e insiste repetidamente la idea del derecho positivo como único derecho efectivo, puntualizando que el llamado derecho natural, como derecho pre-estatal y por lo tanto capaz de condicionar y limitar desde fuera al Estado, es una mera "ficción". Posición esta de Jellinek que es explícita en el *System*, pues, como Gerber y Laband, reconocía en el Estado un sujeto soberano, dotado de personalidad jurídica y fuente del Derecho y, como ellos, admitía un único tipo de Derecho: el positivo. En ese sentido, los tres juristas eran exponentes del iuspublicismo alemán de matriz positivista. Pero Jellinek se distanció de esos dos maestros al reelaborar la relación entre Estado e individuo y entre Estado y sociedad, en términos no solamente de sujeción sino también de libertad; de ahí que lo que distingue a Jellinek de Gerber y Laband, y marca una diferencia con el signo conservador y autoritario de ambos, es la inspiración liberal de su pensamiento y doctrina jurídica. En efecto:

i) El Estado en la visión de Gerber tenía una personalidad jurídica y era un sujeto soberano que instauraba con la sociedad civil una relación de "dominio". Así lo afirmaba en su *Grundzüge des deutschen Staatsrechts (Elementos de derecho público alemán)*, de 1865: "... debe concebirse a los hombres

y a la cosa dominada como objeto de derecho de dominación del Estado". De este modo la sociedad civil perdía toda autonomía de frente al Estado.

ii) En el caso de Laband, legitimaba con nueva fuerza la subordinación de la sociedad civil al Estado. Esta subordinación en Laband procedía de su concepción del derecho. Decía: "(Los derechos fundamentales) no fundan derecho subjetivo alguno del ciudadano; ellos no son derechos pues no tienen objeto alguno". Así, lo afirma en su *Das Staatsrecht des deutschen Reiches (Derecho público del Imperio Alemán)*, de 1876.

Como se ve, las doctrinas jurídicas de Gerber y Laband estaban impregnadas de ideas extremadamente conservadoras y coincidían con la legitimación del imperio Guillermino (cuyo apogeo se inicia en 1890). Pero en su formulación Jellinek muestra su matriz ideológica liberal y su distancia con ese período conservador.

III. Impacto inicial de la teorización de los *status* y de los derechos públicos subjetivos

La inmediata y amplia reacción doctrinaria

La reacción de la doctrina europea respecto de la primera edición del *Sistema de los derechos públicos subjetivos* de Jellinek, en 1892, fue inmediata; y justificó una segunda edición en 1905, en la que contestó selectivamente a sus numerosos críticos. El mismo Jellinek en 1900, en la primera edición de la *Teoría general del Estado*, menciona a importantes autores, quienes habían reaccionado favorablemente o con críticas mesuradas a su teoría; algunos escribieron sus libros a propósito de la teoría de Jellinek; es el caso de: Otto Mayer, *Verwaltungsrechts (Derecho Administrativo)* 1895; Longo, *La teoria dei diritto pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, 1892; Santi Romano, *La teoría dei diritti publici subbietivi*, en: Orlando, *Primo trattato amministrativo italiano*, 1900; Hauriou, *Précis du droit administratif*, 5ª ed., 1903; Majorana, *La nozione di diritto pubblico subiettivo*; y, Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899.

Jellinek de frente a la sociología de Weber

En Heidelberg Jellinek pudo desarrollar los años académicamente más fecundos de su vida, y gran parte de ello puede explicarse por el ambiente intelectual predominante en esa Universidad durante su época como profesor (como dejó en evidencia en la biografía de Jellinek, más adelante, en esta edición). Particularmente, en Heidelberg nuestro autor cruzaría caminos –y opiniones– con dos connotados eruditos: el sociólogo Max Weber, con quien mantendría una larga amistad sólo interrumpida por su muerte en 1911, y el jurista Hans Kelsen, quien sería su alumno y más tarde un crítico. Su obra no podía sino ser recibida de un modo académicamente usual por ellos: o con aceptación o crítica. Veamos primero su relación con Weber.

Max Weber (1864-1920), cuyo reconocimiento como uno de los padres de la sociología hace innecesarias mayores profundizaciones acerca de su obra e importancia, se vio influenciado por algunas de las ideas postuladas por Jellinek a lo largo de su vida académica. Weber estaba profundamente impresionado por los argumentos esgrimidos por Jellinek en su obra *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrecht* (*La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*), de 1895, donde este refuta las teorías dominantes acerca del origen de la célebre declaración francesa, radicándola en el *Bill of Rights* promulgado por los revolucionarios americanos durante el proceso de Independencia de los Estados Unidos. Señala Jellinek que los revolucionarios americanos actuaron influidos por su profundo respeto a la libertad religiosa, la que fundamentó el establecimiento de los primeros colonos ingleses, en vez de las ideas ilustradas de la Francia del s. XVIII. Es igualmente crítico de la adscripción de la Declaración francesa al *Contrato Social* de Rousseau. A raíz de eso, Weber destaca de Jellinek su "demostración de la relevancia de la religión en la génesis de los 'derechos humanos'" y su contribución a la "investigación del alcance de la influencia religiosa en general, incluso en áreas donde uno no esperaría encontrarla" (véase el discurso que pronunció en el matrimonio de una de las hijas de Jellinek). El innovador argumento planteado por Jellinek de centrar en la religión (libertad religiosa, libertad de conciencia) el origen de los derechos humanos fue crucial en el acercamiento entre las ideas de ambos autores, esencialmente divergentes como resultado del distinto enfoque de cada uno: Mientras que en la obra de Jellinek subyace la cuestión de la relación jurídica entre el individuo y el Estado; Weber, influido por la historiografía del puritanismo y la ciencia política, utilizó la sociología para dar cuenta de los principios religiosos que permitieron el advenimiento de la burguesía al poder político. Es igualmente positiva la recepción que realiza Weber de la teoría de los derechos públicos subjetivos. En efecto, señala Weber respecto de las obras de Jellinek: "Tocaré sólo unos cuantos detalles: la separación del pensamiento naturalista y dogmático del *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [Sistema del derecho público subjetivo] para problemas de metodología; la creación del concepto de "ciencia política social" para aclarar las confusas tareas de la sociología; la demostración de las influencias religiosas en la génesis de los "derechos humanos" para la investigación de la importancia de los elementos religiosos en esferas en que no habríamos esperado encontrarlos" (véase el discurso citado).

Esta nota común refleja la influencia resultante del trato académico y afectivo entre ambos eruditos, dentro de las limitaciones propias de sus respectivos campos de estudio y de la diferencia cronológica en el planteamiento de sus ideas (la mayoría de las obras más importantes y conocidas de Weber serían publicadas después de muerto Jellinek en 1911).

Jellinek y Kelsen

Kelsen en su *Autobiografía*, señala que "Jellinek era mucho mejor como escritor que como profesor. No toleraba la menor contradicción, algo que apenas

observé demasiado tarde y sin duda llevó a que yo perdiera su simpatía"¹⁰. Agrega que "antes de ir a Heildelberg ya había estudiado sus obras con gran atención y me había formado la impresión de que en la esfera de la teoría jurídica era débil y poco original. No obstante, él había contribuido grandemente en el campo histórico y sociológico-filosófico a la teoría del Estado del siglo XIX". Agrega: "Como ya estaba precisamente interesado de manera especial en la parte teórico-jurídica, hubo entre los dos más contradicciones de las que hubieran sido buenas para nuestras relaciones personales"; "yo constaté rápidamente que Jellinek, personalmente así como su seminario, serían de poca utilidad para mi trabajo y me concentré enteramente a éste"¹¹. Los anteriores recuerdos biográficos de Kelsen son sin embargo contradictorios con su sentida declaración en el prefacio de su *Hauptprobleme (Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado)*, de 1911, en su primera edición, en que declara que él tuvo la suerte de contarse entre los alumnos de Jellinek, y remarca su importancia para la teoría del Estado moderno, deseando "que su trabajo pueda tener la suerte de contribuir un poco a la memoria de este grande". Podemos verlo con más detalle en seguida.

Jellinek y el positivismo de Kelsen

En 1908, un joven Hans Kelsen (1881-1973) ganó una beca de investigación que le permitió asistir a la Universidad de Heidelberg por tres semestres consecutivos, donde conoció y estudió con Jellinek, entonces en el apogeo de su fama como jurista. Si bien Kelsen siempre reconoció el genio de Jellinek, pronto se distanciaron ideológicamente a raíz de las diversas posturas jurídicas asumidas por cada uno. Jellinek era un erudito en el sentido amplio de la palabra: sus intereses eran variados y eclécticos, como lo demuestran sus primeros escritos académicos, centrados en filosofía y literatura, y sus obras más maduras, que abarcaban las distintas ramas del derecho público (constitucional, administrativo e internacional) y disciplinas conexas (sociología, historia y filosofía). Su propia teoría del derecho y del Estado, pese a enmarcarse en la tradición positivista, se encuentra entrecruzada con referencias históricas y culturales, pensamiento político y filosofía. Esta postura contrastaría fuertemente con la también positivista teoría pura del derecho de Kelsen.

La principal pregunta para entender la contraposición doctrinaria entre Jellinek y Kelsen, es, según Baume¹², la siguiente: ¿Cómo se puede conciliar la independencia del Estado en una perspectiva dualista con su condición como representante del ordenamiento jurídico? Para los teóricos dualistas queda una alternativa a las doctrinas monistas: la teoría de la autolimitación del Estado, y Jellinek es un eminente representante de esta teoría, que permite evitar la reducción del Estado a una entidad jurídica, y también explicar la relación positiva entre la ley y el Estado. La autolimitación de la esfera del

¹⁰ KELSEN 2008, 84.

¹¹ KELSEN 2008, 85.

¹² BAUME 2011, 47.

Estado presupone que el Estado, como poder soberano, por los límites que se impone a sí mismo, se convierte en un Estado de derecho. Kelsen rechazó esta postura de un modo rotundo, afirmando: "El problema de la llamada auto-obligación del Estado es uno de esos pseudo-problemas que resultan del erróneo dualismo del Estado y la ley. Este dualismo se debe, a su vez, a una falacia de la que encontramos numerosos ejemplos en la historia de todos los campos del pensamiento humano. Nuestro deseo de representación intuitiva de las abstracciones nos lleva a personificar la unidad de un sistema, y luego a hipostasiar la personificación. Lo que originalmente era sólo una forma de representar la unidad de un sistema de objetos se convierte en un nuevo objeto, que existe por derecho propio"¹³. Cabe señalar sin embargo que Jellinek falleció antes de la publicación de las principales y más maduras obras de Kelsen, por lo que, a diferencia de las múltiples críticas que recibió durante su vida académica, nunca pudo ofrecer una respuesta a las objeciones planteadas por su alumno.

En fin, debemos consignar la oposición de Kelsen a la idea de derecho subjetivo, quien, sin negar la existencia de derechos individuales, señalaba que los derechos subjetivos serían nada más que una manera subjetiva de referirse al derecho objetivo, esto es, a las normas jurídicas. En la visión de Kelsen, el derecho es equivalente a las normas (como lo precisa en su *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, 1911, cito según traducción castellana)¹⁴. Massimo La Torre¹⁵, ha lanzado la hipótesis de otra razón para explicar el rechazo de Kelsen a esta teoría; sería a raíz de la *paradoja* que se produciría respecto de los derechos de la libertad, pues Jellinek pone como primer *status* la absoluta subordinación (el *status subjectionis*), en lo que Kelsen no está de acuerdo, y sería la razón por la que habría rechazado la idea y concepto de derecho subjetivo. Pero ello no es explícito en Kelsen.

Impacto en la doctrina del Derecho administrativo de la época

El *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, en su primera edición de 1892, produjo una intensa polémica entre sus contemporáneos alemanes, a tal punto que el mismo Jellinek ironiza en el prólogo de su segunda edición de 1905 diciendo que "en torno a esta obra se ha escrito tanto que el conjunto de la crítica se ha vuelto más voluminoso que la obra misma". En esta segunda edición replica a muchos de esos críticos, en especial a Otto Mayer, cuyo *Deutsches Verwaltungsrechts (Derecho administrativo alemán)* apareció entre medio, y a cuyas posiciones notoriamente intentó acercarse.

En cuanto a los autores extranjeros, si bien únicamente se tradujo al italiano en 1912 (bajo la supervisión del mismo Jellinek), fue objeto de polémica y análisis por la doctrina italiana, francesa y, mesuradamente, española. Ello pues Jellinek ya era en las primeras décadas del s. XX un autor recono-

¹³ Kelsen 1945, 198.

¹⁴ Kelsen 1911, 571.

¹⁵ La Torre, 271.

cido, dada la traducción a diversas lenguas de sus famosos libros sobre la teoría general del Estado y sobre la declaración del hombre y del ciudadano, entre otros.

Por ejemplo, en Francia, en 1899 Henry Barthélemy conecta la tesis de Jellinek con el *recours pour excès de pouvoir* y con los derechos subjetivos de los administrados (en su *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*), quien afirma que el individuo, en un recurso contencioso administrativo, realiza el ejercicio de un derecho subjetivo. Pero esta acogida de la idea de derecho subjetivo será fuertemente contestada por Léon Duguit quien, en su *Traité de droit constitutionnel*, de 1911, desde su posición objetivista del Derecho, niega la existencia de los derechos subjetivos y de un supuesto derecho subjetivo a la legalidad; según él, el juez del contencioso administrativo "no resuelve sino que una cuestión de derecho objetivo"¹⁶. Igualmente, Maurice Hauriou rechaza la idea de los derechos subjetivos en medio del contencioso administrativo, pues a su juicio los quebrantos del derecho objetivo importan "indirectamente" un atentado a los derechos individuales, siguiendo así un esquema similar a la doctrina alemana decimonónica del derecho *reflejo*, sustentada por Gerber y Laband. En efecto, en la sexta edición, de 1907, de su *Précis de droit administratif et de droit public*, Hauriou aclara que en el recurso de *excès de pouvoir* "no es necesario que el acto atacado haya violado un derecho, es suficiente que haya afectado un interés"¹⁷, alejándose así de la idea de derecho subjetivo; además, en la edición de 1927 de su *Précis*, señala que "el Consejo de Estado no declara el derecho subjetivo del reclamante, pues él declara el derecho objetivo que se impone a la Administración"¹⁸. De ahí que durante muchos años la teoría de Jellinek no tuvo mayor eco en la doctrina francesa.

IV. Actualidad de las teorizaciones de Jellinek

Su actualidad para el derecho público

El concepto de derecho subjetivo, uno de los más discutidos de la literatura jurídica, en la teorización y definición de Jellinek ha suscitado un interés renovado en las últimas décadas. Así, según Robert Alexy, quien escribe en 1986: "[la teoría de los *status* de Jellinek] en la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales"¹⁹; esto es, en la actualidad nos permite comprender la posición del ciudadano en su relación jurídica con los órganos del Estado, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Entre nosotros también lo ha considerado así Aldunate (2008). En una famosa teorización constitucional, los *derechos*

¹⁶ DUGUIT, 262.

¹⁷ HAURIOU, 453.

¹⁸ *Idem*, 386.

¹⁹ Véase su *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción castellana) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (reimpresión 2002), 247.

individuales, son definidos por Ronald Dworkin como los “triumfos políticos en manos de los individuos”²⁰, pero, como hemos visto, ya a fines del s. XIX Jellinek los vinculaba como un derecho de todo individuo de frente al Estado; es entonces, podríamos decir, un viejo “triumfo político” y el mérito de Jellinek fue haberlo puesto de manifiesto a través de su teorización. Lo cual es una perspectiva de Derecho constitucional.

Desde el Derecho administrativo, el aporte de Jellinek, podemos decir, fue una anticipación, pues a pesar de que las primeras opiniones doctrinarias fueron negativas, en especial las francesas, en definitiva, el concepto de derecho público subjetivo ha terminado por imponerse, influyendo en la posterior *subjetivización* del contencioso administrativo europeo (la expresión es de García de Enterría: *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, 2007, XI); en efecto, hoy ya nadie discute en Europa que ha sido consagrada tanto jurisprudencialmente como legalmente, la vieja idea de Jellinek de que, en medio de toda acción contenciosa administrativa, no solo el derecho objetivo es objeto de análisis del juez, sino además el derecho subjetivo del administrado; esto es, el derecho público subjetivo del que es titular y que en su caso pudo ser lesionado por una acción u omisión de un órgano administrativo. En España, en todo caso, el derecho subjetivo sigue siendo motivo de análisis y discusión, como lo ha puesto de manifiesto Medina Alcoz (en su *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, 2016). Esperamos que esta traducción remueva estas aguas en el Derecho administrativo chileno, dado que constitucionalmente, a partir del art.38 inc.2° de la Constitución de 1980, existe una consagración de la idea de derecho subjetivo, como reviso más adelante.

La subjetivización del Derecho administrativo

Como digo, el precioso y capital desarrollo de Jellinek está conectado con el actual fenómeno de la *subjetivización* del Derecho administrativo, desde que ya no se entiende que las acciones contenciosas administrativas dicen únicamente relación con una pura infracción del derecho objetivo (como fue la concepción inicial del *excès de pouvoir* francés), ni de un *reflejo* del derecho objetivo (como fue la concepción germánica del s. XIX, de Gerber y Laband). En efecto, como ha demostrado García de Enterría, para España, y Foulquier para Francia, el derecho subjetivo ha emergido como concepto capital del Derecho administrativo situado en el centro del contencioso administrativo. Y en tal evolución el nombre de Jellinek ha quedado marcado como uno de los precursores de la idea hoy tan generalmente acogida según la cual el *administrado* ya no es un vasallo o súbdito que depende de la voluntad más o menos despótica del gobernante, sino que es *un titular de derechos*, de los que puede solicitar tutela judicial a través del contencioso administrativo. Toda la reconstrucción histórica y comparada del derecho subjetivo como

²⁰ DWORKIN 1977, 6. Traducción castellana: Dworkin 1984, 37.

base del contencioso la ha realizado recientemente Medina Alcoz en su reciente *Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español*, 2021, lo que está pendiente entre nosotros. Pero sea cual sea el país del entorno europeo o latinoamericano en que dicha tarea se acometa en el futuro, un eslabón esencial, después de Savigny en el área del Derecho privado, será Jellinek en el área del Derecho público.

La mayor satisfacción luego de haber realizado esta traducción será ponerlo a la luz y despertar esa conciencia del lugar que le cupo a esta teorización de Jellinek en la *subjetivización* del Derecho administrativo.

Derechos públicos subjetivos y Derecho administrativo actual

Ahora, ¿cómo podemos traducir la teoría jellinekeana de los derechos públicos subjetivos a nuestra realidad jurídica administrativa actual? ¿Cuáles son sus consecuencias? Las relaciones jurídicas administrativas son las formas por las que singularmente cada administrado se relaciona directamente con la Administración: acto de concesión, proceso de expropiación, licitación, etc. La Administración, en la práctica, se desdobra en diversos órganos administrativos y es con éstos que los administrados se relacionan, no con la "Administración" en abstracto, indicativa de una realidad más conceptual que práctica. De ahí surgen las dos estructuras subjetivas básicas del Derecho administrativo: 1º) La Administración, que es un sujeto titular de potestades; y, 2º) El administrado, que es un sujeto titular de derechos públicos subjetivos. De este modo, cada vez que hay una relación entre una persona/ciudadano/administrado y la Administración, que sujeta/vincula a aquel administrado (como titular de derechos públicos subjetivos) con la Administración (con sus potestades públicas), esta relación es regulada por el Derecho administrativo; y es regulada por esta disciplina no solo porque existen potestades públicas sino además porque el administrado ostenta un derecho público subjetivo que debe ser respetado por la Administración.

Para la articulación de esta realidad el ordenamiento jurídico (el Estado, en el escueto lenguaje de Jellinek) ha previsto una serie de mecanismos recogidos en varias disposiciones de diferente rango, las cuales, por medio de una puesta en relación, se concretizan en derechos públicos subjetivos directamente aplicables. Por lo tanto, en buena parte la tarea del Derecho administrativo consiste en descubrir mediante qué mecanismos establecidos en el orden interno (en la Constitución o en las leyes) el particular puede exigir prestaciones de parte de los órganos del Estado, en especial de los órganos administrativos.

Al revisar los cuatro status que propone Jellinek para describir las distintas posiciones de los individuos, vimos que entre ellos es el *status* positivo el que define hasta dónde pueden llegar las pretensiones de los particulares ante la Administración. A partir de este *status* se generan habilitaciones procesales. Es importante distinguir de quién depende que esa prestación se otorgue, pues las potestades de la Administración no siempre son totalmente

discrecionales para ello, precisamente pues existen elementos objetivos y subjetivos para lograr esta vinculación; así: la Ley no sólo describe el elemento objetivo, sino también la posición o *status* positivo (el *status civitatis*), el elemento subjetivo; en otras palabras, los derechos públicos subjetivos del administrado. En virtud del *status* positivo implica respetar el derecho a hacer la solicitud y que se sigan los trámites debidos para finalmente obtener el derecho. Esta es, entonces, la explicación teórica de la posición de las personas como administrados; de ella surge que está basada en elementos objetivos (descritos usualmente en la Ley) y subjetivos: su *status* de frente a la Administración (también descritos usualmente en la Ley).

Resta preguntarse por qué ha de enmarcarse esta idea dentro del Derecho administrativo y no en otras ramas del derecho público, específicamente el Derecho Constitucional, como a primera vista su caracterización de “derecho público” podría llevar a pensar. Desde el punto de vista del administrado, hay tanto situaciones jurídicas activas o de ventaja como situaciones pasivas o de desventaja o de gravamen; de sujeción especial, en la terminología usual. Aquéllas son las que marcan el *status* positivo, el de sus derechos ante la Administración: las personas deben (y necesitan) obtener prestaciones que no pueden quedar entregadas al puro voluntarismo de la Administración. Por esto surgen los derechos públicos subjetivos. Al respecto, por una parte, es una preocupación del Derecho constitucional, la necesidad de que el particular pueda desenvolverse sin limitaciones (o con las menores posibles) en su esfera de libertades; por otra parte, es una preocupación del Derecho administrativo, en cambio, observar aquel derecho más concreto del sujeto que tiene por objeto interpelar a la Administración en forma más directa para obtener las prestaciones a las que haya lugar, con el objeto de obtenerlas, no como una dádiva de la Administración, sino que dentro de los deberes que le impone a ésta la legalidad. De hecho, esta disciplina misma surge como herramienta delimitadora del actuar de la Administración, enmarcando sus esferas de acción para con los administrados, los cuales, en virtud de los mecanismos que dota el sistema, puedan controlar esta actuación.

Esta es la relevancia, el gran aporte, del pensamiento de Jellinek al desarrollo dogmático contemporáneo del derecho público: tanto del Derecho constitucional como del Derecho administrativo. La de Jellinek fue una teorización, una brillante idea que, no obstante su brevedad, define todo el panorama de relaciones que pueden mantener los órganos del Estado con los ciudadanos. Y el valor práctico de esa sistematización es invaluable.

Conexión de la teoría de los derechos públicos subjetivos con el derecho vigente en Chile

El art. 5° inc. 2° de la Constitución de 1980, paradójicamente nacida en medio de una dictadura, consagra como base fundamental en la relación de las personas y el Estado: “*el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, norma que está conectada genéticamente con la vieja teoría de los derechos públicos subjetivos. Podemos agregar que también lo

están los distintos derechos fundamentales consagrados y garantizados en los arts. 1º y 19 de esa Constitución en cuanto este último contiene una larga enumeración de derechos públicos subjetivos. En fin, el art. 38 inc. 2º de esa Constitución, que establece: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”; esto es el derecho a la acción.

Con ello, la Constitución de 1980 consagra por vez primera en nuestra historia constitucional el derecho a reclamar jurisdiccionalmente contra los actos administrativos en caso de lesión de *derechos subjetivos*; esto es, la consagración de la *subjetivización* del contencioso administrativo, el que procede en caso de lesión de esos derechos (lo que es, entonces, una perspectiva subjetivista y no meramente objetivista de la regulación vigente).

Igualmente, cabe citar la acción de protección establecida en el art. 20 de la Constitución, la que tiene por objetivo asegurar la protección de derechos y garantías que enumera, en caso de privación, perturbación y amenaza; y, en fin, la acción de amparo establecida en el art. 21 de la misma, con el objetivo de proteger la libertad individual de quien se hallare arrestado, detenido o preso o cualquier otra privación, perturbación o amenaza en el derecho a la libertad personal o seguridad individual. Esto es, al lado de una juridicidad objetiva, se consagra una juridicidad subjetiva: derechos de las personas, que deben ser respetados por los órganos del Estado, junto a una acción de reclamo jurisdiccional.

De ahí, me parece, la actualidad de la teorización de Jellinek en el Derecho administrativo.

Bibliografía citada

(Para los demás autores y obras citadas (salvo aquellos casos en que se aporta aquí la referencia completa), puede consultarse la bibliografía secundaria contenida en la edición citada en la nota inicial).

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.
- ALEXY, Robert (1986). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción castellana) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (reimpresión 2002).
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Traducción castellana: *Los derechos en serio* (1984). Madrid: Ariel.
- HAURIUO, Maurice (1907). *Précis de droit administratif et de droit public*.
- JELLINEK, Georg (1885). *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Viena, Alfred Hölder.
- _____ (2013). *Una Corte costituzionale per l’Austria* (traducción de Elisabetta Palici di Suni, Turín, G. Giappichelli Editore).
- JELLINEK, Georg (1892). *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1ª edición). Freiburg, J. C. B. Mohr.
- _____ (1905) (2ª edición). Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). [reimpresión de 1919, editada en Aalen, por Scientia Verlag, en 1964].

- _____ (1912): *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (Milán, Società Editrice Libreria) [Traducción de Gaetano Vitagliano, revisada por Jellinek, de la 2ª edición alemana (de 1905); prefacio de V. E. Orlando].
- _____ (2024): *Sistema de los derechos públicos subjetivos* (Traducción de Alejandro Vergara Blanco (a partir de la traducción italiana de 1912 a la 2ª ed. alemana de 1905). Valencia: Tirant lo blanch. (En prensas).
- JELLINEK, Georg (1900): *Allgemeine Staatslehre* 1ª edición, Berlin: Häring).
- _____ (1911) (2ª edición). Berlin: Häring.
- _____ (2000 [1913]): *Teoría general del Estado* (reimpresión de la traducción de FERNANDO DE LOS RÍOS, México, Fondo de Cultura Económica) [Traducción de la segunda edición alemana de 1911].
- KELSEN, Hans (2008). *Autobiografía*. Traducción castellana: Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

