

LA ETAPA DEL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS VINCULADA A LA ESCUELA ALEMANA DEL DERECHO PÚBLICO

THE STAGE OF THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF SUBJECTIVE PUBLIC RIGHTS LINKED TO THE GERMAN SCHOOL OF PUBLIC LAW

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA

Universidad de Cantabria

Resumen: La teoría de los derechos públicos subjetivos inicialmente construida por la Escuela alemana de Derecho Público, nace vinculada a una atmósfera autoritaria de ejercicio del poder. Este nacimiento condicionado, lastró de modo determinante la evolución posterior de la teoría, de tal modo que han existido excesivas dificultades para consolidar la garantía de los Derechos Fundamentales en cuanto derechos públicos constitucionales o reforzados. La construcción supuso una retroacción respecto de aportaciones históricamente previas, y que habrían de retomarse a efectos de seguir elaborando y matizando una teoría permanentemente adecuada al tiempo y a las necesidades aplicativas de los Derechos subjetivos Fundamentales.

Palabras clave: Escuela alemana de Derecho Público; Derecho subjetivo; Derecho objetivo; autodeterminación estatal; Derecho público.

Abstract: *The theory of subjective public rights initially built by the German School of Public Law, is born linked to an authoritarian atmosphere of exercise of power. This conditional birth significantly damaged the later evolution of the theory, so that there have been excessive difficulties to consolidate the guarantee of Fundamental Rights as constitutional or reinforced public rights. The construction was a retroaction with respect to historically previous contributions, and that they would have to be taken up in order to continue elaborating and qualifying a theory permanently adequate to the time and to the application needs of the Fundamental subjective Rights.*

Key words: *German School of Public Law; Subjective law; Objective law; state selfdetermination; Public law.*

Sumario: 1. PLANTEAMIENTO INICIAL, Y OBJETO DE LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DECIMONÓNICA. 2. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DE LA TESIS. 2.1. El punto de arranque desde el postulado del poder de dominación estatal. 2.2. El proseguimiento de la perfilación teórica de la tesis: el poder de mando estatal concebido como poder de sanción.

1. PLANTEAMIENTO INICIAL, Y OBJETO DE LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DECIMONÓNICA

La época a la que nos vamos a circunscribir de vigencia del Estado Liberal (avanzada) representa el momento histórico-concreto en cuyo contexto se produce la

construcción (quizá reconstrucción deformada) de la teoría a considerar y aún actual en buena medida, que abocara al reconocimiento de los derechos públicos subjetivos (de un muy importante juego *a posteriori*). Cristalizaría después con la clásica tesis definitivamente refinada por *Jellinek*, sobre la cual intentaremos abundar un tanto. De su importancia habla el hecho de constituir desde hace tiempo una de las categorías fundamentales de la Teoría general del Derecho, aunque no haya dejado nunca de plantear problemas de conceptualización y uso, sobre manera cuando su contenido se enriquece en la dogmática específica de una rama jurídica concreta, y de modo particular resulta así problemática en el ámbito del Derecho Constitucional democrático, al aparecer los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos por excelencia.

La tesis la apuntada, se sostiene ahora (no por todos), fue fraguada para el Derecho Público de forma paulatina, principalmente *ab initio* por integrantes de la Escuela alemana de Derecho Público (o autores influidos por esta), asimismo defensores de la concepción del Estado dotado de personalidad jurídica, auténtico y único titular de la soberanía; concepto, el segundo, en el cual la precitada teoría del derecho público subjetivo ancla sus raigones, y a partir de ahí saltarán dificultades científicas y normativas.

El derecho subjetivo, como exigencia de un ámbito de autonomía, transparente su existencia en la necesidad de que el ordenamiento sea cauce y no obstáculo a efectos de las manifestaciones iusfundamentales del orden de valores supremos de la comunidad. Llevaría tiempo analizar las causas de ello, algo que no podemos realizar aquí detalladamente. Ahora bien, por de pronto, la situación no se arregla cayendo en una concepción procesalista de realización de los derechos subjetivos. Es por sí solo este procesualismo una concepción precaria, sin menoscabo del alto valor de los procedimientos de tutela.

Desde la perspectiva esbozada, la teoría alemana de los derechos públicos subjetivos construida a partir de la segunda mitad del siglo XIX desde premisas ideológicas “pre-democráticas”, nace vinculada a una etapa constitucional específica. El concepto presentará rasgos constitutivos de determinada categoría jurídica que vendría a ser una especie de “tratado sistemático de las relaciones entre el Estado y cada individuo”. Cimenta sus bases con la intención de extraer a partir de esta combinación “consecuencias prácticas para la regulación de las relaciones cotidianas” ciudadano-poder público¹, obviando toda referencia a las relaciones jurídico-privadas². E identifica al derecho subjetivo cual modo de poder jurídico concedido por la fuerza imperativa del Derecho objetivo³, a fin de lograr la satisfacción de un interés

¹ P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, 2005, p. 94.

² Subrayó ya tal procedencia del derecho objetivo O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihre Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914, p. 21, y pp. 61 y ss.

³ La relación entre derecho objetivo y derecho subjetivo sería así similar a la que se mantiene entre creador y criatura, conforme expresa E. PFERSCHKE, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, Graz, 1881, p. 47. Igualmente, subrayan el poder “de disposición” como esencia del derecho subjetivo L. ENNECCERUS / C H. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus – Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekt*, Bd. I, Teil 1, 15ª ed., Tübingen, 1959, pp. 210 y ss.

personal. Ello hace a su titular capaz de exigir del Estado una conducta determinada; y aúna los dos elementos tradicionales del derecho subjetivo: a) el poder jurídico; b) el interés jurídicamente tutelado de modo recíproco por la disposición de derecho objetivo⁴. La esencia del primero va a radicar en su exigibilidad ante los órganos judiciales encargados de la obligación de tutela⁵. Esta idea de la existencia del Derecho subjetivo como tal en tanto sea también Derecho objetivo, aparece apuntada en *Rousseau*, para quien los derechos subjetivos no son del hombre, ni del individuo, sino del contrato social o norma directora de la actividad pública.

Expresado ahora con la pragmática doctrina científica francesa, desde su teorización a cargo de *Jellinek*, el derecho subjetivo es una potestad individual o *facultas agendi* de hacer u omitir lícitamente algo, reconocida y protegida a todo titular por el derecho objetivo y dimanante de un hecho jurídico, con la finalidad de obtener un bien o satisfacer determinado interés individual⁶. Quizá sea así, pero la doctrina científica gala juega aquí con dos barajas. Porque, ¿dónde está en la precitada literatura gala, o en la nuestra, el que podemos denominar “eslabón Savigny”? Pues, a modo de “prólogo para los franceses”, cuando hace *Savigny* (1779–1861) referencia al concepto en el *System*, inclina su postura a favor de la tesis escolástica (“facultad”), e inicia la teoría moderna de la voluntad: “*Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis*”⁷. Tales explicaciones quizá sean correctas en el plano lógico formal para expresar la relación entre la norma y el derecho, pero el *ius* es previo, y el poder jurídico adquiere carácter esencial a fin de que por la actividad del titular aparezca el Derecho: “la esfera de libre actividad que tiene el sujeto, en virtud del deber jurídico que pesa sobre todos los demás, y sobre las autoridades, de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de mi conducta”⁸.

Superior eclecticismo manifiesta la propuesta de *Federico de Castro*, al establecer como definición de derecho subjetivo aquella “determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro

⁴ Reconocería V. E. ORLANDO la dificultad de negar que el derecho subjetivo reposa sobre una norma de derecho objetivo y que el derecho objetivo deriva siempre del Estado, “Prefazione all’edizione italiana”, en: *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano, 1912, p. X.

⁵ J. SCHAPP, *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1977, pp. 117 y ss, donde plantea dotar de un *status positivus* acorde con los Derechos Fundamentales a las personas privadas, aspecto abordado, entre otras, por la BVerfGE 33, 303, 330 y ss.

⁶ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les bienes*, 12^a ed., Paris, 2005, p. 35. Igualmente J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 2007, *passim*, reconociendo, con fundamento en JHERING, que la polémica sobre el concepto y la función aún permanece, e insiste acerca del aspecto del poder de libre disposición del sujeto sobre el objeto o contenido del derecho; la doctrina científica francesa acusa aún reminiscencias de la sociología metafísica de L. DUGUIT. Debemos tener en cuenta que los Derechos Fundamentales nos sitúan en presencia de los derechos públicos subjetivos por excelencia, M. IBLER, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: zur Kontrollrichte bei wertenden Behördenentscheidungen – vom Preussischen Oberverwaltungsgericht zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, Tübingen, 1999, pp. 141 y ss, y p. 172.

⁷ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin 1840, p. 7.

⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, 8^a ed., México, 1990, pp. 140 y ss.

activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”⁹. Incluso más seguida por nuestra doctrina ha sido la definición de *Castán Tobeñas*, que arranca de una concepción de derecho subjetivo ceñida a la voluntad social, y estima su existencia a cuando el precepto jurídico, o dicho de otro modo, la coercibilidad respaldada por una norma, se deja a la iniciativa y libre disponibilidad de su titular; estamos ante la facultad de obrar lícitamente dentro de ciertos límites y de exigir a los demás una obligación de cumplimiento establecida por el orden jurídico: el comportamiento obligado de un sujeto en orden a la satisfacción de fines o intereses concedido a favor del sujeto jurídico, siendo el portador del derecho subjetivo investido de potestad, sea como “simple portador de un interés”, o bien a modo de “portador efectivo de voluntad”, esto es, la persona¹⁰. Más adelante sostiene que las expresiones derecho subjetivo y derecho objetivo son modernas; pero las hace corresponder con “las antiguas y entrepuestas definiciones”: “1ª *Ius es norma agendi* (derecho en sentido objetivo); 2ª *Ius es facultas agendi* (derecho en sentido subjetivo)”¹¹.

⁹ Definición extraída de J. L. LACRUZ BERDEJO/A. LUNA SERRANO/F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil*, I, *El derecho subjetivo*, Vol. III, Barcelona, 1984, p. 87.

¹⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, “El concepto de Derechos subjetivo”, en: *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 124 y ss.

¹¹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Introducción y parte general*, Vol. I, *Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad*, Barcelona, 1951, pp. 57 y ss; aquí identifica derecho subjetivo y derecho en sentido subjetivo. Parece registrarse en ello la influencia de SAVIGNY, y este último prefería los términos más tradicionales: “*Recht im subjectiven (oder-objectiven) Sinn*”; pero asimismo aparece en el autor la expresión “*subjectives Recht*”, opuesta a “*objectives Recht*”. Más adelante, siente la obligación de agregar que utiliza la misma de acuerdo con un “conocido uso lingüístico” (“*nach einem bekannten Sprachgebrauch*”), o “según el uso lingüístico de algunos modernos” (“*nach dem Sprachgebrauch mancher Neueren*”). Con ambos coincide M. VILLEY, porque sitúa los orígenes del concepto en las doctrinas nominalistas del siglo XIV, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Santiago de Chile, 1976, Capítulo VI. Realmente, G. DE OCKHAM (1285 o 1280-1349) trata del asunto fundamentalmente en *De Opus nonaginta dierum*, y en *Breviloquium de principatu tyrannico* (versión española, *Sobre el gobierno tiránico del papa*, Madrid, 2001). Entendemos analiza con superior precisión el tema A. FOLGADO FERNÁNDEZ, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial, 1960. Según dice este, el rastreo acerca del origen del concepto no ha de centrarse tanto en la postura franciscana y escolástica de OCKHAM, debiendo retrotraernos a la filosofía agustiniana de J. D. ESCOTO (1266-1308), de quien el primero toma la distinción entre *subjective* y *subjectivus* frente a *objective* y *obiectivus*. Para los dos autores clásicos, el *ius* definido como objeto es desplazado por el *ius* entendido como *facultas* o *potestas* (apenas usados por los jurisconsultos romanos, pero sí disponen de ambos el papa, los obispos e incluso los fieles), vinculadas al sujeto: derechos nacidos de la condición de sujeto, y no provenientes de las relaciones conflictivas con otros sujetos o con el poder. E incorpora una diferencia sutil en aquel tiempo histórico, entre ese derecho genérico y el derecho específico humano: capacidad de reclamar sus derechos y capacidad de reivindicación; en términos modernos, la garantía frente a la infracción, o conexión entre derecho y garantía. Ambos autores (primordialmente por medio de F. SUÁREZ), están presentes en H. GROCIO y S. PUFFENDORF, para los cuales el concepto de derecho subjetivo (*ius subjectivum*), inexistente hasta la Ilustración, toma carta de naturaleza: “del cual nadie puede ser privado contra

2. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DE LA TESIS

2.1. El punto de arranque desde el postulado del poder de dominación estatal

Es iniciada la teoría propiamente por *Von Gerber*, a partir de su sólida construcción sobre la relación jurídica que le iba a servir de base a su concesión (luego reconocimiento) de personalidad al Estado, y acogiendo también la teoría de tal personalidad jurídica esbozada por *Albrecht* en 1837, quien considerara al Estado una institución jurídica de carácter supraindividual actuante como colectivo por encima de intereses individuales¹²; teoría esta desarrollada por *Von Gerber* como presump-

su voluntad sin culpa ni causa razonable”. La inviolabilidad del derecho es expresada por la particularidad de defensa que le acompaña: *potestas defendendi et vindicandi*. A la facultad específica del derecho, se agrega la vindicación del mismo.

Por recomendación de D. Pedro DE VEGA, consultamos *El Defensor de la paz (Defensor Pacis)*, de M. DE PADUA (fallecido hacia 1343). Recordemos que F. BATTAGLIA, su maestro italiano, había escrito la tesis doctoral sobre la obra de MARSILIO, y su primer libro publicado sería: *Marsilio da Padova e la Filosofia politica del Medioevo*, Firenze, 1928. Con todo, el republicanismo y sobre manera de patriotismo constitucional del profesor Pedro DE VEGA, entendemos arrancaba de MONTESQUIEU y de T. JEFFERSON, pues MARSILIO, a su juicio, estaba marcado aún por ideas de SAN AGUSTÍN, lo cual le hacía parcialmente inválido para la modernidad, a lo que contribuía su concepción organicista del Estado traída de una incorrecta interpretación de ARISTÓTELES, de quien tomara su “nomenclatura conceptual”. Buscando en la obra de MARSILIO (escrita entre 1318 y 1324, pues la fecha exacta del comienzo es incierta, pero la finalización parece confirmarse que es en 1324, e inmediatamente se daría a la fuga, C. MÜLLER, *Der Kampf Ludwigs des Baiern mit der römischen Curie. Ein Beitrag zur kirchlichen Geschichte des 14. Jahrhunderts*, Band. I, Tübingen, 1879, p. 368), observemos que el paduano no abrazó la causa del Imperio universal sino la de la consolidación del Estado como comunidad política pacífica, y su fin esencial de lograr el bienestar del pueblo (fuente suprema de la ley), a modo de introducción al tema del estado de pobreza o norma de perfección cristiana (Capítulos XIII y XIV de la 2ª parte). En efecto, hace referencia a los diversos sentidos de *ius* en el capítulo XII, recogiendo el concepto de derecho de alguien a una cosa externa como *potestas*. Como mínimo, lo haría partiendo de la perspectiva objetivista de T. DE AQUINO, más tarde coimplicada con la subjetivista por F. VÁZQUEZ DE MENCHACA. Llegados ahí, el consejo de D. Pedro DE VEGA, fue: “ahora, debes retrotraerte aún hacia atrás”. Ante nuestra perplejidad, tropezamos con la obra del medievalista B. TIERNEY, que a través de su intenso trabajo forja una nueva versión, entendiendo que la construcción teórica acerca de los derechos públicos subjetivos se había realizado ya por los canonistas del siglo XII, al comprender el *ius* como *potestas* o *facultas*, sentido acogido más tarde por las Declaraciones de Derechos norteamericanas; criterio compartido por K.W. NÖRR, “Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft”, en: *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24 Januar 1992*, edición de D. Medicus/H.J. Mertens/K.W. Nörr/W. Zöllner, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, pp. 193 ss. Entre las publicaciones de B. TIERNEY, puede verse por ejemplo “Tuck on Right: Some Medieval Problems”, en: *History of Political Thought*, Vol. 4, 1983, pp. 429 ss.

¹² E. W. ALBRECHT, “Rezension über Maurenbrechers, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts”, en: *Göttingische gelehrte Anzeigen Jahrgang*, 1837, Stück 150/151 (21.9.1837), pp. 1489-1504.

to para la construcción jurídico-logicista del Derecho Público¹³, aunque también se ha registrado la influencia en él, sobre todo inicialmente, de la Escuela histórica.

Mediante la construcción aludida, pretendía el autor dotar de algún tipo de consistencia rigurosamente jurídica a los Derechos declarados por los textos constitucionales, poniendo el problema al orden del día científico, decía; esto es, escribe la teoría iniciada ya la crisis del problema valorativo del Derecho, y su construcción es cabalmente logicista. A la vez, pretendía superar la concepción, según la cual, entre el individuo y el Estado existían solo relaciones de sujeción, abriendo la problemática a la idea de subjetividad, lo que ha sido calificado como de irrupción inconsciente del componente ideológico-político¹⁴; y esto último a buen seguro procedía de sus inicios historicistas, porque el positivismo de la escuela histórica no llegó a las construcciones esclerotizantes de sus epígonos, dado siempre admitió, con uno u otro grado según el autor, la presencia de determinados hechos, dejando así colar la realidad. No obstante, acoge una fundamentación de corte positivista clásico, partiendo de la idea tácita de la pérdida total de derechos sin reserva alguna por parte del individuo al constituir el pacto, derechos que irían ido a parar todos al Estado, y, de cara al futuro, los individuos solo dispondrían de aquellos que les fueran concedidos por el propio poder estatal.

Tomando como base la soberanía incontestable del Estado o fuerza vital interior del mismo, encargada de dotarle de una capacidad de desarrollo autónomo, la preten-

¹³ El planteamiento acerca de la personalidad del Estado no aparece en *Über öffentliche Rechte*, 1852; es preciso esperar a los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), obra en la que encontramos consolidada la teoría del Estado-persona jurídica sobre el fundamento del pueblo. Buscar este fundamento en tal contexto histórico-político hasta resulta comprensible, defender actualmente la construcción del Estado como persona jurídica ha merecido la bien articulada objeción de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Organ, Organisation und juristische Person”, en: *Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag*, München, 1973, de modo especial, pp. 282 y ss.

¹⁴ Más tarde se repite el mismo fenómeno con H. KELSEN, por rechazar la bifurcación derecho objetivo-derecho subjetivo, y proponer la reducción binaria a la unidad mediante la incorporación del derecho subjetivo al derecho objetivo, desde su concepción de que todo el Derecho es Derecho Público, lo que sirve a la finalidad de carácter ideológico tendente a lograr la unidad del sistema jurídico. Para ello emplea el concepto de deber jurídico, y rechaza la invocación de un derecho subjetivo frente al derecho objetivo positivo, ya que los derechos subjetivos son mero reflejo material de una obligación o deber jurídico recogido en la norma positiva, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado – Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, 1987, p. XLI.

En un buen libro debido a A. SCALONE, manifiesta una serie de aporías kelsenianas relativas a estas cuestiones; señalemos alguna. Arrancando de la premisa kelseniana calificadora del mundo de la política como el espacio del conflicto y los antagonismos, es admitida la incapacidad de pacificarlo, y considera pura ilusión metafísica que la presunción de la voluntad general suscitada por la norma es algo distinto de una ficción jurídica. Identificado el Estado con el Derecho, bastará una modificación de este último para producir la transformación del Estado. A destacar que con ello no puede emerger la *funzione politicamente liberatoria*, pues el Derecho si prescinde de la política es irrealista e imposibilita que la acción jurídica despliegue consecuencias políticas, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Torino, 2008, pp. 14, 32, 60, entre otras.

sión estribaba en analizar la naturaleza jurídica del poder estatal incondicionado y diferenciado de dominio (*Herrschaften*), así como las relaciones a establecer entre el Estado y sus miembros. Los derechos públicos subjetivos estima no pertenecían al individuo por el hecho de serlo sino únicamente atendiendo a su vinculación con el Estado y la prestación hecha a este último del correlativo deber de sometimiento; resuena así aún en el autor la idea hegeliana del Estado como realidad de la voluntad sustancial que alberga en sí la elevación de la conciencia particular a la universalidad, combinada con la veta historicista incorporada también por *Von Gerber* en sus tiempos iniciales, y que luego iría paulatinamente abandonando. Permanecía aparcada la cuestión de los “derechos de los que pudieran ser titulares los individuos frente a otros ciudadanos”, cuya existencia no era negada, sino estimada como cuestión excluida por el momento de su oportuno análisis¹⁵; porque late en él la idea hobbesiana de toda ausencia de poder y sanción jurídica con carácter previo a la constitución del Estado.

Desde el punto de vista político e ideológico y el ambiente en el que nace y es desarrollada la teoría (insuflado de germanismo autoritario), los derechos públicos subjetivos no pasaban de ser derechos negativos o pretensiones dirigidas a los poderes públicos con vistas a impedir su injerencia en asuntos de orden privado. El poder público circunscribía su actuación por unos límites naturales que *Von Gerber* identificara con fines de la organización estatal, e iban a ser luego delimitados por la legislación del Estado, sujeto supremo y unitario del Derecho; la legislación terminará revelándose la encargada de determinar negativamente cuáles van a ser los derechos públicos subjetivos dignos de reconocimiento –*subjektive öffentliche Rechte*–. Atendidas estas coordinadas, congruentemente con el modelo teórico dominante del Estado Liberal durante el siglo XIX, la teoría de los derechos públicos subjetivos muestra sin embargo el apartamiento de todo resquicio individual-ius-naturalista y pactista.

Observado su contenido intrínseco, no eran concebidos como un *prius* lógico y axiológico, dicho sea, como derechos naturales anteriores a la conformación de la organización estatal, y garantías de protección del ciudadano frente un poder capaz de realizar intervenciones arbitrarias en su contenido. El poder es uno para *Von Gerber*, distribuido funcionalmente entre varios órganos encargados de actualizar y realizar la voluntad de la persona Estado¹⁶. Los derechos subjetivos derivarían de la condición de miembros de la colectividad y no de la autonomía individual, proviniendo del poder estatal de dominio del Estado encargado de conceder personalidad a los individuos, transformando por medio de su voluntad el dominio de hecho en una relación jurídica. El ciudadano está sujeto a la personalidad recibida por otorgamiento del poder, esto es, a su condición de miembro del Estado, y es a través de esa sumisión cómo el poder estatal elimina todas las disonancias¹⁷. Eran explicados

¹⁵ R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, p. 190.

¹⁶ C. F. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, p. 76.

¹⁷ C. F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, pp. 229-230.

los derechos subjetivos como Derecho estatal a favor de la organización o en su interés, personificada por la administración pública. El Estado, coherentemente con la atmósfera autoritaria, y atendiendo a un principio vital residente en sí mismo, constituye el sujeto unitario del Derecho, sujeto supraindividual al que queda sometido el monarca (como institución), lo cual operaría de base para la iniciada construcción formalista del Derecho Público.

Según la concepción logicista y desustanciada propuesta, los derechos subjetivos tenían la consideración de “efectos reflejos” (*reflexives Recht, Reflexwirkungen*) del poder estatal, de la norma mediante la cual el Estado autolimitaba su potestad de imperio, o de “elementos orgánicos del Estado”¹⁸; conceptos tomados por el autor a buen seguro de *Von Jhering*, toda vez eran observados por el Estado intereses jurídicamente protegidos sin necesidad de tener la naturaleza de derechos subjetivos, por eso les denomina “efectos reflejos”.

Deja sin embargo oscuro qué son en realidad esos efectos reflejos y con arreglo a qué criterio podían ser diferenciados de los genuinos derechos subjetivos, concebidos por el autor desde el primado del interés protegido en detrimento del poder de la voluntad. Estima que la posición constitucional de “súbdito” es la “de un dominado estatalmente, y está bien caracterizada por este concepto”¹⁹; aunque sea la suya una concordancia terminológica poco rigurosa, pese a su declarada intención de poner el problema científicamente al día. Unos postulados congruentes con el clima autoritario de aquel país durante tal momento histórico, y negadores a los individuos de la facultad de tener sus propios derechos públicos subjetivos al margen de los concedidos a los súbditos por el Estado en ejercicio de su soberanía (pertenecen al Estado –*Staatsangehörigkeit*–); poder soberano del que derivan todas las situaciones jurídicas, y provienen límites jurídico-funcionales al poder de dominio con objeto de dar cumplimiento a los fines de la organización.

Arranca la teoría desde una atmósfera lastrada por las mentadas tendencias políticas germanas orientadas hacia un Estado autoritario, y serían comprendidos los derechos subjetivos como concesiones estatales de derechos al individuo, tendencia subjetivista luego a imponerse. Y ello, por el hecho de entender que la aceptación de esta última posibilidad traería como consecuencia la negación implícita de la soberanía inherente al poder estatal, desde el momento de admitir que su voluntad pudiera eventualmente llegar a ser condicionada. Más que la construcción de un concepto de derecho subjetivo, contiene la puesta de relevancia de la pura dimensión subjetiva del Derecho, como efecto necesario y reflejo de la norma. Los efectos reflejos

¹⁸ C. F. VON GERBER, *Über öffentliche...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss, y 64-65.

¹⁹ Una mera derivación por reflejo del poder de dominio estatal y llamados *Reflexrechte* del súbdito (*Unterthanen*) en su obra de 1852, mientras en el libro de 1865 sustituye el concepto de súbdito por el de ciudadano (*Staatsbürger*), entendidos de nuevo una mera derivación (reflejo) del poder de dominio del Estado; estamos en presencia de objetos naturales sobre los que el Estado ejerce poder de dominio. Y como efectos reflejos se entenderían también un tanto difusamente por P. LABAND, a partir de su concepción individualista y jurídico-privada del Estado son considerados límites a este, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band. I, Tübingen, 1876, p. 140; y asimismo, p. 151.

vienen a ser intereses individuales protegidos indirectamente por normas jurídicas, y su objetivo fundamental era la protección de intereses públicos, mostrando un entrecruzamiento entre ambas cuestiones. En momentos posteriores, nunca resultó fácil la separación de efectos reflejos y derechos públicos subjetivos e identificar cuándo se estaba en presencia de unos u otros resultaba complicada²⁰, por el motivo de no llegar a concretarse un criterio material desde el cual apoyar la distinción²¹.

Para ambos casos, derivan de la subordinación y dependencia del ciudadano respecto del Estado. Tal incertidumbre ha sido aprovechada para identificar por no pocos que la pretensión de *Gerber* era negar la existencia de derechos individuales frente al Estado.

2.2. El proseguimiento de la perfilación teórica de la tesis: el poder de mando estatal concebido como poder de sanción

Desde las previas y restantes premisas históricas, que entre otras pasan por la figura del pretendidamente aséptico *Laband*, anclado este aún a una comprensión como derechos reflejos de las normas objetivas en tanto mediara un acto de autolimitación del soberano poder estatal, debe reseñarse que fue buscada una solución segura frente a las dudas dejadas por la borrosa construcción teórica previa. Valoración esta otorgada por el mismo *Jellinek*, porque la construcción gerberiana fue interpretada de diversos modos, incluso como contraria al reconocimiento de derechos subjetivos hacia el Estado. A juicio del autor, los derechos públicos subjetivos, que ya venían desempeñando una función esencial en el Derecho Público, solo por la fuerza de la evidencia iban a serle reconocidos al individuo, quien era cierto carecía *ab initio* de derecho natural e innato alguno frente al poder estatal (*status subjectionis*), y ante el cual estaba obligado plenamente. Las razones del reconocimiento encontrarán su base en la exclusiva autodeterminación y autolimitación jurídica del propio Estado; y trascendiendo, también a partir de su incondicional, ilimitado y originario poder de mando, ahora matizado por el autor respecto de sus efectos.

El poder estatal de dominio trasmuta, consideraría *Jellinek*, y se convierte en un poder de carácter disciplinario sancionador sobre aquellos a quienes jurídicamente les es reconocida la pertenencia (*Mitgliedschaft*) al Estado. Nos situaríamos no ante un poder absoluto de dominación, sino frente a un poder de sanción: *Ihre Gewalt ist Disziplinargewalt, nicht Herrschergewalt*; si bien reciba aún la consideración de poder irresistible, originario y único, y todas sus acciones van a ser realizadas *pri-*

²⁰ De extraordinariamente difícil la calificaría G. JELLINEK, aunque el concepto de efecto reflejo se considera fuera fijado en 1865 a cargo de R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ª ed., Teil 3, Leipzig, 1906, p. 351.

²¹ Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, p. 158. También A. THON en su crítica a R. VON JHERING comprende el derecho subjetivo como mero reflejo de la norma puesto a disposición del individuo para la salvaguarda de su interés, *Rechtsnorm und subjektives Rechts. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtlehre*, Weimar, 1878, pp. 147 y ss. G. JELLINEK ofrece una distinción, pero sin poner claridad, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. (1ª ed., Freiburg im Breisgau, 1892), Tübingen, 1905, pp. 67 y ss.

ma facie al servicio del interés público²². Se reconoce la existencia de los derechos públicos subjetivos esenciales en la esfera del Derecho Público, cuya extensión y función solo podían ser determinadas por la Ley, esto es, por medio del derecho objetivo que procede del Estado, y el poder estatal se condiciona a sí mismo desde el plano normativo, autolimitándose (auto-obligación); un Estado distinto del gendarme teorizado por el liberalismo clásico, cruzado de brazos ante las injusticias. El Estado desarrolla ahora fines propios, esencialmente la persecución del bien común o interés general, dentro de una serie de funciones múltiples a desarrollar, e impone y fija jurídicamente las condiciones a cumplir, así como los auxilios recíprocos como deber a prestarse por los ciudadanos en cumplimiento de sus fines.

La construcción del autor, señalaría *Orlando*, denota la presencia de una relación de reciprocidad cuyos términos se hacen inevitables y que él engarza a través de un razonamiento silogístico: el Estado tiene derechos sobre sus súbditos, por lo que entre los mismos existe una relación jurídica, y esta situación aboca a ser capaz de generar, de vez en vez, derechos de los súbditos hacia el Estado. En último término, son concesiones del Estado que este se obliga a respetar, no como sucedía con las Declaraciones perfiladas a modo de barreras defensivas de las posiciones de libertad del individuo frente al poder público.

Entendería *Jellinek* el carácter funcional de los derechos públicos ciudadanos para el poder estatal de acción a efectos de lograr un interés general solidario, lo cual le llevaría a establecer la distinción, dentro de los intereses individuales, entre: a) los constituidos prevalentemente para la satisfacción de fines individuales; b) los conformados prevalentemente para el logro de fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general, va a constituir como *desiderátum* el contenido del derecho público cual una *posse (Können)* o facultad, y si este es existente a su vez en el interés general, resultará idéntico al Derecho estatal. Serán derechos ejercitables frente al mismo poder estatal, previo a lo cual han de existir, para que tal poder como dijimos procede a su autolimitación, y, además, de conformidad a los estrictos términos establecidos por las leyes; pero no frente a los intereses o en favor de los de otros sujetos privados. En su concepto aparecen aunados voluntad (elemento formal), e interés o bien (elemento material): *Kombinationsbegriff* que tiene probablemente a *Bekker* como su combinador inicial; tesis, la del interés, emergente en términos más concretos como un interés (lata) jurídicamente protegido (distinta de la acción refleja de la norma) y al servicio del logro de determinados fines del sujeto (intereses que la norma considera dignos de protección). Ahora bien, esto tiene el problema de justificar de modo trascendente el interés o utilidad tutelada por el Derecho para su titular (e introduce un elemento psicológico al lado del material), postura defendida con solvencia a medio de la pluma de *Von Jhering*, mostrando la insuficiencia de la teoría pura de la voluntad (*Willenstheorie*) de mayor

²² Con apoyo en la distinción de Sir J. FORTESCUE (1394-1479 u 80), se ha dicho que GERBER concebía el poder del Estado aún como *dominium reale*, mientras JELLINEK lo hace a modo de *dominium politicum regale*.

refinamiento jurídico²³, y en el autor el derecho subjetivo aparece independiente del derecho objetivo²⁴.

Algo después nos encontramos la negativa *Kelsen* a distinguir entre derecho objetivo y derecho subjetivo, considerando al último el mero reflejo de una obligación jurídica; esto es, en cuanto concepto auxiliar de un derecho reflejo, de hecho puede simplificar la exposición de una situación jurídica, pero desde su consideración, resulta superfluo.

Y es que, para el positivismo normativista, los Derechos Fundamentales son solo los decididos por el poder, al margen de su contenido, una vez estima su fundamento a partir del Estado o en el Derecho estatal, vale decir, en la voluntad de los gobernantes. Centra *Kelsen* la esencia de los derechos subjetivos en la posibilidad que tiene su titular de hacerlos efectivos ante los tribunales, lo cual atiende a la mera racionalidad de la exigencia judicial; esto es, el “derecho subjetivo en sentido técnico”, toda vez debemos separarlo de mezcla alguna con criterios de interés político o de cualquier otra naturaleza, en consonancia con la línea de toda su construcción jurídico-formal.

Después de la fuerte crítica que despliega respecto el andamiaje conceptual en que se mueve *Jellinek*, estima que la pretensión extendida en la Ciencia jurídica de distinguir el derecho subjetivo del derecho objetivo es una distinción ideológico-material de marcado tinte iusnaturalista, toda vez se entienden por esta a los derechos subjetivos como algo previo al orden jurídico: sea un fin, ora un interés, o bien una voluntad. Contrariamente, desde su planteamiento jurídico-formal, estamos según *Kelsen* en presencia de derechos subjetivos, y a partir de ello podría afirmarse que un titular dispone de tal derecho si es capaz de hallarse respecto de la norma jurídica que establece un deber para alguien en una especial relación, en virtud de la cual, es puesta a disposición del titular del derecho la misma norma aludida, dotando al sujeto de capacidad al objeto de activar judicialmente por medio de su voluntad los deberes de otros y la ejecución de las sanciones previstas desde las propias normas caso de su incumplimiento: la protección kelseniana, sin interesar de qué. Entiende por derecho subjetivo la norma jurídica objetiva relacionada con la persona tal como es proclamada, de cuyo poder jurídico de disposición va a depender la realización de la voluntad estatal respecto de la sanción. Deja claro que el concepto de deber

²³ B. WINDSCHEID, en *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862, pp. 81 y ss, utiliza aún la expresión derecho en sentido subjetivo, y la cambia luego (Stuttgart, 1879, pp. 92 y ss), al hablar de derecho subjetivo.

²⁴ G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, *op. cit.*, especialmente p. 44, y pp. 81 y ss. Antes, la breve publicación de E. HÖLDER, *Ueber objectives und subjectives Recht*, Leipzig, 1893, aunque no parece agregar algo a tener en cuenta por G. JELLINEK; cuya obra sirve de punto de partida, y la da continuidad O. BÜHLER, aunque centrado en los derechos subjetivos frente a la Administración, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914. El citado R. VON JHERING, hablaría de “*rechtlich geschützter Interessen*”, en su *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band. I, Teil III, 5ª ed. (la 1ª ed. de esta parte se publica en Leipzig, año 1865), Leipzig, 1906, p. 339.

subjetivo es prioritario frente al de derecho subjetivo, toda vez la norma expresa dice siempre un deber jurídico.

No sucede así lo previo respecto a un derecho subjetivo, pues nace este cuando se ejercita el poder que lo hace valer ante el obligado a cumplir un deber (aparece una contradicción en sus propios términos, pues nadie puede hacer valer algo inexistente, ni tener tal pretensión)²⁵. E incurre en otra contradicción “normativista” no menor, cuando señala que si el individuo “frente al cual otro está obligado a determinado comportamiento, no tiene el poder jurídico de denunciar por medio de una demanda la inobservancia de la obligación, el acto a través del cual se reclama el cumplimiento de esta no produce consecuencia jurídica específica –si pasamos por alto que no está jurídicamente prohibido– es jurídicamente irrelevante”; irrelevante, porque la obligación a la que alude no es jurídica, no está estatuida como tal por el orden jurídico, por eso no otorga este acción jurídica reivindicativa a favor de nadie, ante lo cual, la construcción de todo el párrafo es pura falacia. Y aún son más complicadas las cosas de analizarlas desde la perspectiva general del autor concerniente a los aludidos conceptos, toda vez, estima, el concepto de obligación jurídica no es idéntico al de deber. Su postura general es en extremo relativista, y considera los valores como subjetivos y relativos. Pero su construcción creemos invierte los términos, pues el derecho subjetivo viene a ser el “reverso material de un deber jurídico”, impuesto por la norma reconocedora del derecho y al margen de la voluntad del titular del mismo; el *prius* es el derecho subjetivo, y una vez reconocido nace el deber o los deberes de otros²⁶.

Así pues, incorpora de inicio el derecho subjetivo la facultad de “hacer o de omitir algo, atribuida por el orden jurídico a una persona o a su representante como consecuencia de un hecho jurídico”, pero el nacimiento de un derecho “siempre se encuentra condicionado” por “un hecho jurídico” (no dice que sea un deber); en fin, el “objeto del deber jurídico está condicionado por el derecho correlativo”²⁷. Y superior coherencia tiene la construcción aun normativista de *Bucher*, quien considera el derecho subjetivo como la pretensión normativa atributiva a favor de los sujetos de capacidad normante (*Normsetzungsbefugnis*), cuyo ejercicio sí da lugar a una norma, pero esta es inexistente de antemano, lo cual supone la vuelta parcial a la tesis de la voluntad²⁸.

Era aceptada, de esta forma, la clásica teoría general mayoritaria en Alemania denominada teoría combinada de la voluntad y del interés digno de protección, cuya controversia aún hoy prosigue. Esto es, los derechos subjetivos se concebían como autolimitación (*Selbstbeschränkung*), autoobligación o concesión del Estado legislativo soberano, que dejaba escaso espacio al poder de la voluntad. En términos sistemáticos, todos esos derechos subjetivos y libertades se reconocían y perdían solo

²⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2ª ed., Wien, 1960, pp. 139 y ss.

²⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio...*, *op. cit.*, especialmente pp. 141-142.

²⁷ E. GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 17ª ed., México, 2009, pp. 357 y 359.

²⁸ E. BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965.

dentro del marco comprendido por los límites jurídicos, siendo poderes desplegados y contenidos dentro del círculo delimitado por el derecho objetivo. Y ello significaba, al modo expresara *Jellinek*, que toda libertad “es simplemente libertad de coerciones ilegales”²⁹, de ahí que no pudiesen ser definidos a cargo de los textos constitucionales, privados a este respecto de todo carácter vinculante. Unido a lo anterior, la teoría de la autolimitación estatal nace mutilada y lastrada por un positivismo que, al lado de sus construcciones conceptuales, evidenciaba límites y debilidades; es la válvula de escape para la “contradicción aparentemente insalvable, representada por el reconocimiento simultáneo de un poder absoluto de dominio del Estado y el carácter de este como sujeto jurídico, capaz de entrar en relaciones jurídicas con los ciudadanos”³⁰.

La pertenencia al Estado del ciudadano o miembro de esa persona jurídica, le colocaba con todo sentido frente a una situación jurídicamente relevante, que obligaba a moverse con sumo rigor en los límites sistemáticos de un tema especial, situación de la cual derivarían pretensiones jurídicas: el origen, a la postre, de los derechos públicos subjetivos. De ahí surge una autolimitación del propio Estado, a partir de la cual atribuye personalidad jurídica al individuo, y reconoce a favor de este un irreductible espacio individual al margen *prima facie* de su poder de intervención sancionadora. En este ámbito de libertad natural, cuya base es la concesión hecha por el poder, resultaría posible la libre actuación del individuo respecto de la realización de sus intereses; aparece la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas orientadas al interés individual, dentro de una relación jurídica entre el individuo y el poder público, reconocida por una potestad jurídica. Emerge un nuevo *status* jurídico expresivo de la relación Estado-individuo: *status negativus* o *status libertatis*, determinado por la correspondiente esfera de libertad inherente a cada individuo, a su autonomía, al objeto de la realización de sus fines, y en la cual el Estado (órganos responsables por él) no puede interferir mediante órdenes que no estén fundadas legalmente³¹: derechos de libertad individual a modo de cualificaciones concretas de la personalidad, a cuyo respecto, el titular puede ejercitar acciones jurídicas en caso de vulneración, diferenciando entre el *status negativus* y el mero efecto reflejo del derecho objetivo³².

La construcción de *Jellinek* se caracteriza por su claridad y precisión, sean o no sean compartidas las conclusiones y línea argumental. Queda claro en su exposición que los derechos subjetivos eran entendidos según el autor como creaciones del propio Estado, manifestaciones de la voluntad estatal articuladas por medio del reconocimiento (*Anerkennung*) de concesiones voluntarias y potestativas de poder a través de la Ley³³, revocables o limitables a cargo del primero. No olvidemos que para *Jellinek* hay una imposibilidad de cercenar jurídicamente al Estado (a su poder)

²⁹ G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, op. cit., p. 103.

³⁰ P. DE VEGA GARCÍA, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 70-71.

³¹ G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, op. cit., pp. 102-103 y ss.

³² G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, op. cit., pp. 45 y ss.

³³ G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, op. cit., p. 96.

contra su propia voluntad; de lo contrario, se estaría negando implícitamente la soberanía estatal (a su juicio, una categoría histórica) y el carácter de centro único de imputación, amén de la verdadera voluntad irresistible de aquel³⁴. Sirviéndonos de la palabras de *Jellinek*, no resulta ocioso recordar cómo el “poder ilimitado, incondicionado, de vencer con la voluntad propia a todos los demás, solo lo tiene el Estado”, en la medida resulta capaz de percibir la “fuerza originariamente de sí mismo, y jurídicamente no deriva su poder de ningún otro, sino solo de la propia asociación”³⁵.

La personalidad jurídica de la organización ya no está dotada de vida interna al modo organicista, es ahora un instrumento técnico con el fin de permitir la construcción jurídica. Disponía el Estado de facultad para establecer el Derecho que alcanzara validez dentro “de sus límites de dominio”, y, así, en el Estado moderno, “todo Derecho o es creado por el Estado o permitido por él”³⁶. El Estado puede por autoconvicción volver a autolimitarse en su potestad de imperio, permitiendo al individuo reivindicar prestaciones positivas y atributivas de un *status* positivo o *status civitatis*: derechos de libertad civil (resolviendo acerca de la existencia de libertad en el Estado); y concluye admitiendo que a través de cada autolimitación el individuo actúe como órgano del Estado y su voluntad sea tenida por estatal, reconociendo un nuevo *status*: el *status activo* o *status activae civitatis*³⁷ (derechos de libertad política). Identifica el derecho subjetivo con el poder proveniente de la voluntad humana reconocido por el ordenamiento, y al recaer sobre un bien, recibe protección jurídica.

Obligado el Estado por el acto de creación de un derecho individual, obviando el origen de ese derecho subjetivo regulador de ámbitos de libertad, adquiere una vez nacido el compromiso de aplicarlo y mantenerlo protegido por su soberanía. Los derechos concedidos tienen así carácter inmutable, distanciándose la teoría de sus iniciales presupuestos formal-positivistas. Reconocidos derechos públicos subjetivos, de acuerdo con la teoría de la autolimitación, el Estado no se limita a reconocer facultades jurídicas al titular conforme a leyes preexistentes y vinculantes, adicionalmente, arriba al quehacer estatal el deber autoimpuesto de garantizar los derechos subjetivos individuales. No aclara si el Estado puede volver a recuperar lo concedido, y se ha todo tipo de interpretaciones, prevaleciendo la tesis que les termina por concebir como límites fijos al poder público, reducida la acción de los derechos públicos subjetivos a las relaciones jurídicas individuo-Estado.

En *Jellinek*, vemos entonces una mutación del concepto de soberanía del que arranca, esto es, no la correspondiente a un poder cuya omnipotencia se impone sin

³⁴ De ahí el certero pronóstico de H. REHM acerca de la obra de JELINEK, al considerar iba a tener enseguida impactante reconocimiento internacional, “Rezension von Georg Jellinek: *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905”, en: *Deutsche Juristen Zeitung*, Band, XI, Nr. 9, 1906, p. 554.

³⁵ G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970, p. 132.

³⁶ G. JELLINEK, *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 273-274.

³⁷ Subraya la perspectiva individualista G. ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Madrid, 1995, p. 94; asimismo, J. VON BERNSTORFF, “Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law”, en: *Goettingen Journal of International Law* 4, 2012, pp. 659 y ss.

sujeción a reglas; ahora sí se ve vinculada, debido a la posición de *status* individual alcanzado: de esos *status* reconocidos arrancan pretensiones que dan lugar a derechos públicos subjetivos ejercitables solo ante el Estado³⁸. Durante el siglo XIX en Europa, los Derechos subjetivos (incluso Fundamentales) dependían del reconocimiento legislativo, y cuando eso no ocurriera, se estaba ante intereses legítimos; para toda la Europa continental se margina al poder judicial tocante a la tutela de los Derechos. La separación de poderes jugó a favor del poder ejecutivo frente al judicial, postergándose el dar la vuelta al esquema hasta que los Derechos fueran el *prius* del ordenamiento³⁹: el Estado atenderá a un mejor reparto dando lo suyo a cada uno de lo hallado en poder otros, con objeto de favorecer intereses individuales y solidarios, orientándolos evolutivamente y exhibiendo un poder reforzado mediante cada auto-limitación⁴⁰.

³⁸ G. JELLINEK, *Das System der subjektiven...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss; el avance supuesto en época por su *Statuslehre*, ha sido destacado en muy diversas publicaciones.

³⁹ G. LOMBARDI, “La fase attuale dello ius publicum europaeum”, en: *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee – profili storici e comparatistici*, ed. Andrea Romano, Milano, 1994, p. 92.

⁴⁰ L. RAISER, “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, en: *Juristische Zeitung*, Band 16, Heft 15-16, 1961, pp. 465 y ss.