

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCEDIMIENTO, ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD *

ANGELO SCHILLACI **

SUMARIO:

1. PREMISA: LA SENTENCIA «KADI» DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA RELACIÓN ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
2. DERECHOS Y PROCEDIMIENTO EN EL PENSAMIENTO DE PETER HÄBERLE ENTRE DIMENSIÓN SUBJETIVA E INSTITUCIONAL
3. DERECHOS, PROCEDIMIENTO Y PARTICIPACIÓN EN EL CUADRO CONSTITUCIONAL
4. EL «STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS»
5. CONCLUSIONES

1. PREMISA: LA SENTENCIA «KADI» DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA RELACIÓN ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Más allá de constituir una importante referencia en el estudio de las relaciones entre ordenamientos jurídicos, la conocida decisión «Kadi» del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ofrece la ocasión de volver a reflexionar sobre las garantías procedimentales de los derechos funda-

* Traducido del italiano por AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO.

** *Investigador de Derecho Constitucional de la Universidad de La Sapienza, Roma.*

Este trabajo ha sido traducido del italiano por mi amigo y compañero Augusto Aguilar Calahorro, al cual, subrayando su competencia, quiero dar las gracias, de todo corazón, por su paciencia en la tarea no fácil de hacer esta traducción.

mentales y, de forma más general, sobre las relaciones entre estos últimos y el procedimiento, entendido como la forma de ejercicio de las funciones públicas¹.

Llamado a pronunciarse sobre la legitimidad de la restricción del derecho de propiedad del señor Kadi, a propósito de la adopción de una medida de congelación de bienes en el ámbito de la acción comunitaria contra el terrorismo internacional², el Tribunal de Justicia efectúa el control sobre la proporcionalidad de la medida, verificando el respeto por parte de la Comisión de determinadas garantías de carácter procesal, concretamente el derecho a la información y a la contradicción en un procedimiento destinado a la adopción de tal medida³. Si como afirma el Tribunal las restricciones al derecho de propiedad en vista del interés general —en este caso, en vista del interés colectivo de la seguridad— son siempre admisibles, en línea con la jurisprudencia comunitaria consolidada en la materia, su proporcionalidad debe ser valorada «in concreto» con referencia a las condiciones en las que ha sido adoptada la medida, y en particular, respecto de la tutela efectiva concedida al sujeto en términos de participación en el procedimiento⁴.

La participación en el procedimiento no es, en este caso, sólo el canal de determinación de los instrumentos adecuados para la tutela en sede jurisdiccional —no es, por tanto, exclusivamente funcional a la efectividad de la tutela jurisdiccional— sino que incide sobre el alcance de la medida restrictiva del derecho, revelando una confusión entre garantías procesales

¹ Se trata de la sentencia del Tribunal de justicia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo*, en C-402/05. Para una valoración general de la decisión permítase el reenvío a A. SCHILLACI, «Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario», en *Giur. cost.* 2009, pp. 1255 ss., y la bibliografía citada.

² En el sentido del Reglamento CE n. 881/2002, que desarrolla la resolución 1267/1999, modificada por las resoluciones 1333/2000 y 1390/2002, relativas a la adopción de sanciones económicas frente a los sujetos sospechosos de legámenes con Osama bin Laden y los *Talibanes* afganos.

³ Cfr. apartados 354 a 376.

⁴ Cfr. respectivamente los apartados 355, 363 ss., así como 368-372.

y determinación del contenido del derecho. Al mismo tiempo, por lo tanto, la insistencia del Tribunal sobre el perfil procesal no puede ser conectada a un intento de «neutralización» de la instancia de justicia subyacente al caso concreto⁵: más bien, con la afirmación del ligamen entre «calidad de la participación» en el procedimiento y «proporcionalidad de la restricción» del derecho se abren espacios de relevancia inédita para una declinación distinta de la relación entre libertad y seguridad, «sub specie» de una apertura de los procesos discrecionales de decisión pública hacia diversas o concurrentes valoraciones de la seguridad, a través de la participación entendida como ejercicio de los derechos fundamentales «en el» procedimiento.

Interpretada de esta forma, la sentencia «Kadi» ofrece la ocasión de volver a reflexionar sobre la relación entre derechos fundamentales y procedimientos de decisión pública, con la finalidad de valorar si dicha sentencia aun representa —también dentro del marco del llamado «Estado de prevención»— un instrumento útil de comprensión de las dinámicas de actuación y protección de los derechos fundamentales⁶. Respecto a la posible conjugación de la seguridad en términos represivos —reservando la protección de los derechos al control jurisdiccional de las decisiones y al proceso penal— su interpretación en términos (también) preventivos parece consentir, junto a una anticipación de la tutela, una mayor comparación entre la valoración del riesgo y la ponderación de las instancias en conflicto con una adecuada consideración de las posiciones de los sujetos impli-

⁵ Como parece mantener sin embargo M. SAVINO, «Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?», en *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 1096 ss., p. 1099.

⁶ Sobre el estado de prevención es obligatorio el reenvío a E. DENNINGER, «Stato di prevenzione e diritti dell'uomo», en ID. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 75 ss., pero también ID., «Diversità, sicurezza e solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo», *ivi*, pp. 5 ss., así como ID., «Cinque tesi sull'architettura della sicurezza, in particolare dopo l'11 settembre 2001», en V. BALDINI (ed.) *Sicurezza e Stato di diritto*, Cassino, Ed. Univ. Studi 2005, pp. 29 ss., y *Dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione e l'autonomia della persona*, *ivi*, pp. 45 ss. Sobre el equilibrio entre libertad y seguridad en el estado de prevención, cfr. las penetrantes observaciones de P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Turín, Giappichelli 2006, pp. 142-144.

cados. Mientras se mantiene la posibilidad de tomar decisiones con carácter de «urgencia», los plazos más distendidos de la prevención hacen posible la adopción de decisiones —estratégicas o, como en este caso, puntuales— mediante procedimientos abiertos a la participación de los interesados: podemos preguntarnos, en otras palabras, si la recuperación de la actuación y de la protección de derechos mediante la participación en procedimientos destinados a la adopción de decisiones en materia de seguridad colectiva pueda suponer un muro de contención para interpretaciones de la seguridad radicadas en la llamada «función aseguradora» del Estado⁷, con el riesgo de una extensión indefinida del carácter urgente de las decisiones, con costes importantes en términos de protección de los derechos.

2. DERECHOS Y PROCEDIMIENTO EN EL PENSAMIENTO DE PETER HÄBERLE ENTRE DIMENSIÓN SUBJETIVA E INSTITUCIONAL

En este marco, el papel que juegan los derechos fundamentales es verdaderamente decisivo. Debe considerarse de manera simultánea la articulación fundamental de la reflexión teórica sobre los derechos fundamentales y su sistematización dogmática, con especial referencia a las aportaciones de la doctrina alemana. En particular, el análisis de la relación entre derechos y procedimiento no sólo es oportuno para determinar los instrumentos de tutela más adecuados respecto a casos determinados, o para señalar las posibilidades de satisfacción de los derechos a través de la participación: también nos permite reflexionar en profundidad sobre la incidencia de los derechos fundamentales en el modelo de legitimación del Estado constitucional, situando en primer lugar la relación entre libertad, participación y colaboración en el ejercicio del poder público a través de procedimientos determinados como elecciones enmarcadas en el marco constitucional.

⁷ Para esta fórmula, B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, Roma, Meltemi, 2005, p. 24.

Desde esta perspectiva, puede ser particularmente útil recuperar la reflexión de Peter Häberle, en el conocido ensayo de 1972 sobre «Los derechos fundamentales en el Estado prestacional»⁸, en el que el autor expone una resistemización de la concepción y de la comprensión dogmática de los derechos fundamentales en relación con los múltiples y nuevos desafíos del Estado social. Frente a un Estado que progresivamente se hace responsable de la creación de las condiciones materiales y espirituales que hagan posible el disfrute pleno de los derechos fundamentales, la cumplida autodeterminación de la persona —piedra angular del sistema constitucional— impone la reconsideración del sistema de las libertades fundamentales, reconociendo plena relevancia a la dimensión positiva de su ejercicio responsable.

El paso de una concepción «negativa» a una concepción «positiva» de la libertad⁹ se acompaña, en el Estado prestacional, de una valoración progresiva del vínculo existente entre ejercicio responsable de los derechos y participación en los procesos de decisión pública, a través de su sujeción a esquemas procedimentales. Al mismo tiempo, la estratificación de significados («Bedeutungsschichten») de los derechos fundamentales —la progresiva profundización de su multi-dimensionalidad, como espejo de una «Menschenbild», consciente de la complejidad de las históricas condiciones de vida de los miembros de la comunidad ciudadana— nos abre a una profunda remeditación del mismo modelo de legitimación del Estado constitucional¹⁰. Desde una concepción de la libertad como límite externo al

⁸ P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Ver der Deutschen Staatsrechtslehrer, Grundrechte im Leistungsstaat/Die Dogmatik der Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts Aufgaben der Verwaltung*, Berlin-New York, De Gruyter 1972, pp. 43 ss., trad. it. *I diritti fondamentali nello Stato delle prestazioni*, en P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Giuffré, 2003, pp. 133 ss.

⁹ Sobre este pasaje, v. por todos P. RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, especialmente pp. 148 ss., también, —en la óptica específica del presente trabajo— H. GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden Baden, Nomos 1981, especialmente pp. 176 ss., 190-191.

¹⁰ Además de P. RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, pp. 93 ss., fundamental sobre este punto K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*

ejercicio del poder público, se pasa progresivamente a una concepción de los derechos fundamentales plenamente consciente de su capacidad de involucrarse entre los procesos de integración orientados por el marco constitucional. Ha sido mérito de la concepción de Häberle —deudora de opiniones maduradas en la experiencia weimariana¹¹— la explicación de la concreta modalidad de articulación de la relación entre derechos y procesos de integración, aclarando la relevancia central de la participación en módulos procedimentales como fundamento de la construcción de procesos de autodeterminación y autorrealización del particular, con repercusiones directas sobre la propia legitimación del proceso político a través de la Constitución.

El vínculo entre la participación en el procedimiento y la autodeterminación a través del ejercicio de los derechos se inserta con dificultad en las líneas del pensamiento alemán sobre los derechos. Tanto desde la integración del carácter de «Abwehr» (defensa frente al poder público) a través de la referencia a la determinación normativa de condiciones procedimentales de ejercicio de derechos, cuanto desde su relación con la actuación del derecho «in processu», de forma más general, y por lo tanto, con la tensión no resuelta entre la dimensión subjetiva y la dimensión institucional, se ponen en juego articulaciones fundamentales de la dogmática de los «Grundrechte», que sólo en parte pueden reconducirse a la bifurcación entre la concepción «liberal» y la concepción «social» de los derechos. En torno a la pregunta fundamental sobre la relación entre dere-

Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller 1999, pp. 125 ss., 127, así como ID. *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, en *EuGrZ* 1978, pp. 427 ss., especialmente pp. 430 ss., y *Bedeutung der Grundrechte*, en BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, De Gruyter 1994, pp. 127 ss.

¹¹ Si bien no puede minusvalorarse la influencia de las teorizaciones smendianas, también a través de la mediación de Konrad Hesse, es particularmente significativa la mención repetida, en las primeras páginas del ensayo, a la concepción de la teoría del Estado como ciencia de la realidad, propuesta por Herman Heller (cfr. las pp. 134 ss. tr. it.)

chos y participación —la realización de los derechos «a través del derecho objetivo», ¿representa una oportunidad de profundización en las condiciones de libertad del particular en la multiplicidad de las relaciones sociales de las que es protagonista? o ¿se expone el particular irremediabilmente al riesgo de una deriva institucional que terminaría por absorber al individuo en dinámicas de carácter corporativo restringiendo drásticamente sus espacios de autonomía?— surgen, en definitiva, cuestiones centrales en el desarrollo histórico de la propia concepción alemana de las relaciones entre autoridad y libertad ¹².

El descubrimiento de un «componente de derecho procesal» («*verfahrensmäßige Komponente der Grundrechte*») asociado, por un lado, al carácter de defensa y, por el otro, al «contenido material» del derecho fundamental, no debe traducirse en una rígida separación entre las diversas comprensiones de los derechos fundamentales. La consciencia de la multidimensionalidad de los derechos está de hecho estrechamente ligada

¹² Según PAOLO RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, p. 183, «tensione dell'individuo verso la propria autorealizzazione e impossibilità di sfuggire ad un quadro sociale di riferimento segnano [...] l'intera vicenda storica dei diritti costituzionali». Sobre el *Doppelcharakter der Grundrechte* (entendidos como derechos subjetivos de un lado, y como elementos de un ordenamiento objetivo, por el otro), cfr. HESSE, *Grundzüge...*, *cit.*, pp. 127 ss. Retomando el desarrollo histórico del constitucionalismo alemán, y en particular la peculiar relevancia —verdaderamente problemática— de la dimensión comunitaria, Paolo Ridola subraya —a propósito del riesgo de una completa deriva institucional— que las garantías de instituto «constituiscono una forma specifica di garanzia costituzionale che, pur difendendo da attacchi del legislatore «ambiti organizzatori» trova comunque giustificazione [...] nella protezione di una sfera soggettiva» (cfr. P. RIDOLA, «Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà», en ID. *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Turín, Giappichelli 1997, pp. 1 ss., 13, pero v. también ID. *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, pp. 77 ss. y pp. 89 ss.). En el mismo sentido, K. STERN, «Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland», Bd. III/1. *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, Beck, 1988, pp. 792 ss., subraya la estrecha complementariedad entre dimensión subjetiva y dimensión institucional de los derechos fundamentales, por ejemplo, en la doctrina weimariana, en el sentido de un reforzamiento de la primera a través de la segunda.

en Häberle (aunque no sólo, sino también por poner un ejemplo en K. Hesse y P. Ridola), a la plena consciencia de la interdependencia entre derechos y experiencia histórica, es decir, a la consciencia de la correspondencia entre dogmática de los derechos fundamentales y la «imagen de la persona humana» acogida por la Constitución: como tal, ésta tiene bien presente las dinámicas de relación y enriquecimiento recíproco entre las diversas dimensiones de los derechos. En otras palabras, la afirmación de la multidimensionalidad de los derechos debe traducirse en el enriquecimiento del contenido del derecho, y no en la exclusión de tales dimensiones en favor de otras: las diversas comprensiones de los derechos contribuyen más bien, al interactuar, a la profundización de la propia relación entre derechos y sistema constitucional.

Justamente desde esta óptica, no parece que pueda ser exacerbada —respecto a la relación entre derecho y procedimiento— la contraposición entre dimensión subjetiva y dimensión institucional. Una lectura del ensayo de 1972 que atienda, por un lado, al debate alemán de aquellos años, y por el otro al sucesivo desarrollo de la reflexión del autor, saca a la luz que es precisamente en las relaciones entre derecho y procedimiento, si bien correctamente combinadas con una concepción multidimensional de los derechos orientada por el marco constitucional, donde radica la posibilidad de superación del conflicto.

Con el ensayo de 1972, Häberle vuelve a aclarar el alcance de la proposición de la concepción institucional de los derechos fundamentales —formulada a partir del ensayo de 1969 sobre la garantía del contenido esencial en la Ley fundamental— amparándola, al menos parcialmente, frente al riesgo de desatender la dimensión de libertad individual del derecho a favor de la dimensión institucional. La ambigüedad inherente al ligamen entre garantías institucionales y declinación de la libertad positiva, como ámbito de libertad ordenado por la intervención del derecho objetivo, se disuelve en la medida en que la disciplina de las condiciones organizativas del ejercicio del derecho se ancla en formas procedimentales, abiertas a la participación del titular del derecho, y orientadas, como se verá más adelante, a la actuación de objetivos constitucionales. De este modo la reflexión de Häberle —como subraya Stern— se caracteriza por una estructura argumentativa sensible a la libertad («freiheitsfreundlich») fundada sobre

la idea de un reforzamiento mutuo entre las dos dimensiones de los derechos fundamentales ¹³.

Si en la dimensión procedimental de los derechos fundamentales radica una pretensión de participación en los procesos públicos de decisión, la comprensión de los derechos en sentido institucional no comporta necesariamente una concepción de la libertad como «libertad ordenada», sino que revela más bien que la organización de la libertad —ya en Heller vinculada, como consecuencia de la aproximación metodológica como ciencia de la realidad, a módulos positivos de acción ¹⁴— se traduce en una realización de la libertad misma a través de la participación y la colaboración entre poderes privados y públicos: en este sentido, Häberle puede reproponer la afirmación helleriana según la cual planificación legislativa y libertad no se contradicen, porque «en la realidad social la libertad debe estar siempre organizada» («in gesellschaftlichen Wirklichkeit die Freiheit immer organisierte werden müsse» ¹⁵).

Si bien es cierto que en Häberle el Estado prestacional aparece estrechamente ligado a una concepción de la relación entre el Estado, los ciudadanos y los grupos, que restringe —aparentemente al menos— la esfera de la autonomía social como ámbito de libertad negativa, no puede olvidarse que una mutación similar en la comprensión de la relación entre esfera pública y privada se inserta en un contexto histórico caracterizado por la intervención férrea del Estado en la idea privada, en vista de la plena realización de una libertad efectiva y real. Frente a similares intrusiones —y a la conciencia de que las prestaciones estatales pueden implicar la limitación de derechos— se hace necesaria, según Häberle, una superación del «status passivus subjectionis» como «status» fundamental mediante el replanteamiento de la relación entre Estado y ciudadano desde una base cooperativa y comunicativa ¹⁶.

¹³ En este sentido K. STERN, «Das Staatsrecht ...», *op. cit.*, p. 794.

¹⁴ Cfr. Por ejemplo el importante ensayo *Democrazia politica ed omogeneità sociale* (1928), en H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?*, U. Pomarici (ed.), Nápoles, ESI, 1998, pp. 9 ss.

¹⁵ *Grundrechte im Leistungsstaat*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁶ Particularmente significativo, a este propósito un fragmento (p. 59 de la versión original) en el que Häberle tras haber afirmado que el Estado prestacional se

En este sentido, la fundación constitucional del Estado prestacional persigue —a través del descubrimiento de la dimensión procedimental de los derechos fundamentales como garantía de participación— el objetivo de que el Estado adquiriera una mayor «estructura integradora», abriéndolo al ciudadano y a los grupos¹⁷. Esto llega a afectar a la propia función de los derechos fundamentales como factores de integración —descubierta y afirmada en su tiempo por Rudolf Smend— que resulta profundamente influenciada.

La dimensión procedimental de los derechos reenvía así, mediante la pretensión participativa, a una «personale Verankerung» (anclaje en la persona, Goerlich) de las condiciones jurídicas de actuación y realización de los derechos fundamentales mediante el derecho objetivo; de lo que sigue que la concepción institucional se abre a las dinámicas de la integración

caracteriza por una nueva forma de relación externa [(*Außen*) -*Verhältnis*] con los ciudadanos y los grupos, es decir, con la sociedad —con la importante precisión de que ésta, a causa de ello, ya no es «autónoma»— sostiene que dicha relación se articula mediante la comunicación y la cooperación, en vez de a través de la mera sujeción (y ello a pesar de que en las prestaciones puedan radicar limitaciones de los derechos). Si en la referencia a la falta de autonomía de la esfera social podría radicar el riesgo de una deriva autoritaria de la concepción institucional de los derechos fundamentales, o mejor aun, de la concepción de la relación entre privado y público sometida a algunas conjugaciones de la misma (piénsese como primera aproximación a la posición de Schmitt) la fuerte acentuación de los elementos de la cooperación y del diálogo alejan tal peligro y muestra que ausencia de autonomía significa en este caso «ausencia de separación», «ausencia de indiferencia recíproca» más que «sujeción». Sobre estas bases se puede comprender la importante afirmación, de la página 59,, según la cual, «el Estado prestacional se abre e integra, poco a poco, distintos ámbitos parciales de la sociedad, predisponiendo procedimientos de prestación funcionales al ejercicio y a la actuación de la libertad, pero que no están liberados de la intervención del Estado, en los que los interesados se encuentran plenamente envueltos» (trad. nuestra: cfr. el texto original: «der Leistungsstaat öffnet sich und beginnt Teilbereiche der Gesellschaft zu integrieren. Er schafft freiheitliche, aber nicht staatsfreie, Leistungsverfahren, in welchem die Betroffenen «einbezogen» werden»).

¹⁷ Cfr. p. 149 de la versión italiana.

social, superando una ordenación estática de las garantías institucionales como pilares inmóviles del edificio constitucional.

Se podría afirmar —simplificando— que la posición de Häberle supone un «encuentro» entre las elaboraciones teóricas de Smend y Heller: el ejercicio de los derechos, también a través de la participación en procedimientos de decisión pública, parece ser funcional a la realización progresiva de la homogeneidad social a través de procesos de integración profundamente condicionados por la efectividad de los propios derechos. Una conclusión similar revela el nexo de continuidad entre la reflexión de Häberle y la experiencia weimariana, especialmente allí donde se retiene que la reflexión madurada en aquel contexto sobre las garantías institucionales mirase a un reforzamiento de los tradicionales derechos de libertad y no a la pérdida de sus condiciones de derechos subjetivos por el trámite de un «enquadramiento» en el derecho objetivo.

3. DERECHOS, PROCEDIMIENTO Y PARTICIPACIÓN EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Los miedos a una deriva institucional se esfuman si se considera que la propuesta de Häberle sobre la relación entre derechos fundamentales y participación en el procedimiento debe encuadrarse en el contexto de la Ley Fundamental alemana, que influye de forma particularmente significativa sobre la posibilidad de atemperar las diferencias entre dimensión subjetiva y dimensión institucional. Precisamente desde las disposiciones que señalan en profundidad la articulación de la misma relación entre libertad y autoridad en el sistema constitucional alemán, —especialmente la garantía de la dignidad humana y su intangibilidad, en el art. 1—, es posible empezar a resolver la tensión radicada en el «doble carácter» de los derechos.

Al mismo tiempo, asume una particular relevancia el encuadramiento de los procedimientos de decisión pública en el marco diseñado por la Ley Fundamental, con referencia tanto a su funcionalidad para la persecución de objetivos constitucionales, como a la necesidad de disciplinarlos en un sentido conforme a los derechos. La relación entre derechos y procedimien-

to, por lo tanto, debe ser analizada y comprendida en el ámbito del espacio público determinado en la Constitución, es decir, en el marco de los procesos de integración por ella orientados¹⁸.

La participación del titular del derecho fundamental en los procedimientos de decisión pública que revisten a dicho derecho se convierten, desde esta óptica, en instrumento de apertura de la propia Constitución —y de su modelo de legitimación— a la sociedad, elemento cualificante de un concepto de Constitución orientado a la realidad social («auf die Gesamtgesellschaft und ihre Wirklichkeit ausgerichtete Verfassungsbegriff») y caracterizado en sentido «normativo-procedimental»¹⁹.

La dimensión institucional de los derechos fundamentales —una vez anclada en los procedimientos de decisión pública abiertos a la intervención de los titulares de los propios derechos en el marco de una participación orientada hacia objetivos constitucionales— se resuelve siempre en formas de ejercicio del derecho cada vez más sensibles al vínculo entre titular individual del derecho y comunidad política («Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte»). A través de la acentuación del dato de la participación como forma de ejercicio del derecho la dimensión institucional se libera de la relación asfixiante entre un sistema de valores entendido de manera estática («Wertbezogenheit der Grundrechte») y se abre progresivamente a reconstrucciones más atentas a la historicidad de las garantías de instituto²⁰. Por este cauce, se puede llegar a interpretar los derechos

¹⁸ Sobre el tema v. P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo «spazio pubblico» nelle democrazie pluralistiche*, en curso de publicación en el *Liber amicorum per Federico Spantigati* y en P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹⁹ Cfr. las pp. 56-57 de la versión alemana, 149 de la traducción italiana: puede subrayarse que la lectura del ensayo de 1972 a la luz de similares afirmaciones sobre la apertura de la Constitución a través del procedimiento revela perspectivas de continuidad —en parte inéditas— con las sucesivas producciones del Autor.

²⁰ Lo cual se hace particularmente evidente precisamente en la evolución del itinerario científico de Häberle, en referencia tanto al pasaje del trabajo de 1969 al ensayo de 1972 cuanto, sobretudo, al desarrollo sucesivo en materia de relaciones entre Constitución como proceso público y organización del pluralismo. Sobre el iti-

como elementos fundacionales de un orden objetivo («Elemente einer objektiver Ordnung»), profundamente condicionado en sentido histórico²¹. Gracias a este trámite, como ya hemos dicho, el ligamen entre ejercicio de los derechos fundamentales y procesos de decisión pública se convierte en un instrumento dinámico al servicio de integraciones orientadas por la Constitución.

El desarrollo de aquella intuición «smendiana» que refiere el proceso de integración de la comunidad política a la Constitución —en el sentido del anclaje de éste no sólo en los procedimientos y en las estructuras organizativas de la forma de gobierno, sino también a través de los derechos, en los contenidos materiales y en las orientaciones axiológicas expresivas de la propia Constitución— abre así nuevos espacios en aras a la superación de los riesgos de una deriva institucional de los derechos, en particular a través de la confluencia entre el ejercicio del derecho y la participación cooperativa y responsable en procedimientos de decisión pública al mismo tiempo «constitucionalmente orientados y abiertos». La progresiva «superación de la separación liberal entre la esfera civil y la esfera política» —alcanzada también en virtud de la concepción de la Constitución como sede de procesos de integración— parece alejarse del tan temido riesgo de una «confluencia de todo lo social en el ámbito de la estatalidad» y de la completa «absorción de la conflictualidad social en la organicidad de la esfera pública»²². Más bien, cuanto más se favorece la apertura de la Constitución al pluralismo social, cuanto más acoge la Constitución al pluralismo, orientándose las dinámicas a través del estableci-

nerario científico de Peter Häberle v. P. RIDOLA, «Laudatio de Peter Häberle», en esta *Revista*, n. 1/2009, pp. 389 ss.; A. A. CERVATI, «Il diritto costituzionale e la comparazione nel pensiero di Peter Häberle», en ID. *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli 2009, pp. 140 ss.; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana», en *Rev. Fac. Der. Univ. Granada* n. 6/2003, pp. 345 ss.

²¹ Para este pasaje, fundamental la obra de K. HESSE, *Bestand und Bedeutung...*, *op. cit.*, pp. 431-432 y 438.

²² En este sentido, P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milán, Giuffrè 1987, pp. 2-3.

miento de condiciones y estructuras idóneas al favorecimiento del conflicto absorbiendo las tensiones más marcadas, tanto más la participación en los procesos de decisión parece integrarse en un espacio público que se convierte, por vía de la Constitución, en horizonte de la liberación de la persona y de solidaria integración social y política a través de la cooperación responsable en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, la concepción institucional de los derechos fundamentales puede ser leída como el momento de un más amplio recorrido que conduce de una concepción «fundada en la separación y en la oposición entre el particular y el Estado», —que se podría afirmar como formal y abstracta— a una concepción material de los derechos, es decir, anclada en la realidad de procesos de autodeterminación moral «y» social promovidos y garantizados por la Constitución. Por otro lado, su integración a través de la dimensión procesal del ejercicio de los derechos señala un paso ulterior hacia adelante que permite disolver, mediante el reconocimiento de la relevancia de la participación, la ambigüedad propia de la tensión (dialéctica) entre dimensión «subjektiv-» y «objektiv- rechtlich» de los derechos fundamentales.

En otras palabras, la conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales²³ implica directamente la apertura de estos últimos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente de las organizaciones exponenciales de sus intereses.

A la luz de la Ley Fundamental de 1949 se alcanza la consciencia de que la relación inescindible entre actuación del contenido material de los derechos y procedimiento deriva directamente de la exigencia de estructuración de las garantías de instituto y su actuación a través del derecho objetivo de manera conforme a los derechos fundamentales, entendidos aun como derechos individuales y posiciones de defensa res-

²³ Cfr. E. DENNINGER, «Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung», en J. ISENSEE- P. KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C. Müller, 1992, 297, donde afirma que la conformación de la organización y los procedimientos debe ser «grundrechtsdienlich».

pecto a ingerencias del poder público²⁴. La participación en el procedimiento —especialmente allí donde, como en el caso de la sentencia «Kadi», éste tenga como finalidad la adopción de una decisión destinada a la limitación del derecho— representa así una nueva forma expresiva de la clásica función defensiva adscrita a los derechos fundamentales. Como afirma el propio Häberle, en este sentido, es decir reconociendo la centralidad de la participación, el momento defensivo puede retenerse completado a través del procedimiento²⁵.

La idea de una coordinación entre libertad positiva y libertad negativa²⁶ encuentra su propia desembocadura en las posibilidades de participación en el procedimiento entendido como instrumento de ejercicio cooperativo de los derechos fundamentales («kooperative Grundrechtsausübung»)²⁷. La referencia a la cooperación, por otro lado, no se agota en la reestructuración de la relación entre el particular y la administración pública, sino que declina de forma comunicativa la misma relación entre el individuo y la colectividad. En otras palabras, el ejercicio cooperativo de los derechos fundamentales se refiere tanto a módulos de diálogo y cooperación entre el particular y la administración pública, como al encuentro —en el procedimiento— entre el particular y otros titulares del mismo o de otros derechos fundamentales, con conclusiones significativas en or-

²⁴ En este sentido, v. sobretodo H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, p. 194 ss., p. 195, que subraya la necesidad de articular la dimensión institucional de los derechos fundamentales mediante una estructuración a través de garantías subjetivas de participación en los procedimientos. Esto facilitaría —siempre según Goerlich— el abandono de fórmulas controvertidas, como aquella —ya citada— según la cual los derechos fundamentales constituirían los elementos de un ordenamiento objetivo o aun aquella que individualiza efectos de los derechos funcionalizados a la organización administrativa. (p. 215).

²⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, *op. cit.*, pp. 88-89; E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe...*, *op. cit.*, pp. 292-295.

²⁶ V. Sobre el tema, H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 176 ss., pp. 190-191, pero también más en general, P. RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, pp. 148 ss.

²⁷ Cfr. E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe...*, *op. cit.*, p. 308.

den a la recomposición de los conflictos interiores al tejido pluralista²⁸. Libertad y «participación pluralista» —podemos afirmar con Häberle — «siguen el mismo paso en tanto que los derechos de prestación no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo, de una insuficiente información o por falta de comprensión de un contexto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándola así en una farsa»²⁹.

Sólo en la interacción positiva entre objetivos constitucionales y participación orientada a la efectividad de los derechos, la dimensión procesal de los derechos fundamentales en el Estado de las prestaciones puede referirse a un horizonte de liberación de la persona. Y sólo en este sentido, la dimensión procesal del ejercicio de los derechos fundamentales puede realizar una eficaz subjetivación de la dimensión institucional de los propios derechos, de su anclaje personal («personale Verankerung», Goerlich), y finalmente de la posición del sujeto («Subjektsstellung») en el sistema en conformidad con el objetivo constitucional de protección y «promoción» de la dignidad humana. La «relación comunicativa» entre ciudadano y colectividad —entendida bien como «integración», o bien como «realización del ser humano a través de los demás»— presupone como “punto de partida negativo” la “protección de la vida personal y de la libertad espiritual

²⁸ Sobre el tema, fundamental, Ridola, v. también *Garanzie costituzionali...*, *op. cit.* pp. 19 ss., especialmente para la afirmación según la cual las «inedite possibilità di sviluppo» de los derechos fundamentales en el Estado de las prestaciones «risultano condizionate anche dall’attivazione di canali di cooperazione e comunicazione fra pubblico e privato, o meglio dall’inserimento dei privati in «procedure di prestazione» nell’ambito delle quali i privati e i gruppi sociali operano come *Sozialpartner* degli apparati pubblici. La tenuta e l’espansione dei diritti fondamentali nello Stato sociale dipende dunque dall’interdipendenza fra prestazioni pubbliche e «capacità di prestazione» della società la cui tensione dialettica può trovare composizione attraverso procedimenti» (p. 21), entendidos como procesos de comunicación pública que «consentono il confronto tra diverse esperienze sociali». En el mismo sentido, fundamental K. HESSE, *Grundzüge...*, *op. cit.*, pp. 160-161, pero también ID., *Bestand und Bedeutung...*, *op. cit.*, pp. 437-438, así como ID. *Bedeutung der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 148.

²⁹ Así P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

como libertad de alienación («Freiheit der Entäußerung»)»³⁰, confirmando así que, como afirma Ridola, la «comprensión de la garantía de los derechos es inseparable de la premisa de que la Constitución busca el punto de equilibrio entre libertad e integración»³¹.

La centralidad del ser humano y la garantía de la intangibilidad de la dignidad humana no agotan sus efectos en el reconocimiento constitucional de una serie más o menos amplia de los derechos fundamentales: más bien —como se muestra en la experiencia italiana la relación entre el art. 2 y el art. 3 de la Constitución³²— reconocimiento y protección deben abrirse necesariamente a la previsión de toda una serie de prestaciones —también organizativas y procedimentales— idóneas a la promoción de la dignidad humana a través de la participación en el procedimiento entendida como forma de ejercicio consciente de los derechos fundamentales.

La citada «Subjektstellung» —posición del sujeto, comprendida como fundación del ordenamiento objetivo sobre la precedencia de la persona— no puede limitarse a proclamaciones de principio: ésta sitúa sobre la Constitución y los poderes públicos legitimados y organizados por ella el encargo bien determinado de la realización de condiciones efectivas de libertad³³ y tal realización también se cumple con el reconocimiento de la par-

³⁰ Para esta idea, cfr. H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 192-193.

³¹ *Garanzie costituzionali...*, *op. cit.*, p. 34.

³² Sobre el mismo v. P. RIDOLA, *Garanzie costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 14 ss.,

³³ En otras palabras, como sugiere H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 190-193, la coordinación —estructurada a través de procedimientos— entre libertad negativa y libertad positiva encuentra su expresión constitucional en el reconocimiento de una libertad que se transforma en real en el momento en que se reconoce como igual y fundada sobre caminos de autorealización, articulados también en torno a procedimientos estatales de prestaciones. La libertad —podemos decir con Goerlich, parafraseando a Smend, Heller y el propio Häberle— «reenvía siempre a condiciones establecidas por el derecho, por los derechos subjetivos de los ciudadanos, así como por la exigencia de conformar el poder público a través de la Constitución» (trad. nuestra: cfr. el original «Freiheit besteht immer nur unter Bedingungen des Rechts, subjektiver Rechte der Bürger und der Konstituierung öffentlicher Gewalt durch Verfassung») Sobre el tema ver también E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe...*, *cit.*,

ticipación como una forma expresiva de la dignidad humana, en la medida en que aquella reenvía a la determinación, por parte del ordenamiento, de condiciones que instrumenten la experiencia personal de la autodeterminación y la autorrealización.

Precisamente estos recorridos de autorealización y autodeterminación («Selbst- verwirklichung und bestimmung») —a los que la Constitución asiste, pero no orienta en su contenido— constituyen uno de los pilares del proceso de integración política, en su dimensión constitucional, en la medida en que permiten la realización de los derechos fundamentales en su historicidad³⁴.

La estrecha relación entre dignidad humana y participación en el procedimiento como forma de ejercicio cooperativo de los derechos (con el Estado, o con otros titulares del mismo o de otros derechos fundamentales) contribuye a desvelar la auténtica naturaleza del proceso de integración política como deber histórico de construcción de unidad: en otras palabras, moviéndonos desde una premisa similar, el Estado —y con él, cada proceso de integración de la comunidad política constituido, organizado, limitado y orientado por el derecho— no representa más una unidad dada, sino que es continuamente re-constituido (integrado) por actos de ejercicio de los derechos fundamentales, de ellos y en ellos es realizado y se renueva, llegando a constituir «el objeto de una construcción comunitaria» («Gegenstand gemeinschaftlicher Gestaltung»³⁵). Como se ha afirmado, «los particulares llevan a cumplimiento a la capacidad de acción del Estado en el ejercicio y en la realización de los derechos conforme al derecho»³⁶, y ello a pesar de la imprescindible del marco constitucional, y

pp. 307-309, que enuncia expresamente el ligamen entre protección de la dignidad del hombre y su actuación también a través de instrumentos idóneos para la garantía de la participación en procedimientos.

³⁴ Cfr. H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, p. 347.

³⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, *op. cit.*, p. 58.

³⁶ Cfr. H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 371-372, (tr. nuestra, cfr. el texto original: «Die einzelnen Menschen vollziehen Hervorbringung und Zuordnung der Handlungskapazitäten eines Staates in Rechtsausübung und Rechtsverwirklichung

por lo tanto de la funcionalidad de la dimensión institucional de los derechos respecto de la protección y la promoción de la dignidad humana, coherentemente con su estructura de validez centrada en la persona humana («personale Geltungsstruktur»)³⁷.

La realización de la libertad exige por lo tanto prestaciones estatales que no se reducen al campo asistencial sino que implican antes de nada una red de condiciones que asistan y acompañen —sobre el plano material, y no sólo— los diferentes caminos de autodeterminación personal, garantizando condiciones de igualdad. En esta óptica «la Constitución crea el marco para las formas y los procedimientos de organización del derecho de prestación, estableciendo una correlación entre el Estado y la sociedad»³⁸. Por esta vía, los derechos fundamentales en el Estado de las prestaciones se convierten «también» en garantías de participación en los procedimientos y puede hablarse de una libertad positiva constitucionalmente orientada («Verfassungsorientierte positive Freiheit»), calificada en sentido cooperativo; aun debe señalarse que es precisamente la referencia a la cooperación en el marco constitucional la que aleja los riesgos de una

der Grundrechte»). En este sentido, por otro lado, el Estado no puede comprenderse como un dato *a priori*, sino como obligación, continuamente realizada en el ejercicio de los derechos fundamentales personales y políticos, y significativamente Goerlich puede concluir afirmando —y se nota la influencia de Heller— que «*Die Konstituierung der Wirkungseinheit des Gemeinwesens ist nur auf die Grundrechte als Verfahrensgarantien zurückzuführen*» («la constitución de la unidad real de la comunidad puede reconducirse sólo a los derechos fundamentales como garantías procesales»).

³⁷ H. GOERLICH, *Grundrechte...*, *op. cit.*, p. 378.

³⁸ Cfr. p. 149 de la traducción italiana. En otras palabras, la igualdad reacciona sobre el sistema de libertad típica del constitucionalismo liberal, estimulando, mediante la constitución, la fundación y la disciplina de instrumentos (también organizativos y procedimentales) destinados a garantizar el efectivo disfrute de los derechos. Esto significa —con Häberle— que el Estado de las prestaciones debe crear premisas y condiciones efectivas para que todos podamos hacer el mismo uso de la libertad constitucionalmente garantizada: en ausencia de tales premisas la libertad queda privada de valor («*Freiheit ist ohne die tatsächlichen Voraussetzungen [...] wertlos*», cfr. p. 96 de original en alemán).

deriva institucional. El ligamen entre dimensión institucional de los derechos fundamentales y la legitimación del sistema constitucional es de este modo ulteriormente aclarado a través de la referencia a las garantías procedimentales como instrumento de participación.

La orientación del Estado prestacional hacia los derechos fundamentales se hace posible, por lo tanto, sólo si se convierte en «Estado constitucional prestacional», es decir, Estado conformado por una Constitución que disciplina y promueve las condiciones idóneas a la plena realización de los derechos fundamentales, porque «el Estado de las prestaciones en absoluto puede pensarse sin la realización plena («reale Geltung») de los derechos fundamentales»³⁹. En este sentido puede citarse la importante afirmación háberliana según la cual «el Estado de las prestaciones se presenta [...] como Constitución vivida precisamente en sus “funciones de prestación”», en cuyo ámbito «las directrices y los procedimientos conexos a estas funciones «llevan al cumplimiento» del Estado social “desde abajo”»⁴⁰.

Mediante los derechos fundamentales —conjugados también como garantías procedimentales e instrumentos de participación— se realiza una «praktische Sozialisierung» de los derechos fundamentales, es decir una difusión del gozo efectivo de los derechos en la sociedad mediante su ejercicio cooperativo y «participativo» con la finalidad de favorecer y hacer posible la «realización social de los derechos fundamentales» («soziale Grundrechtserfüllung»), entendida como «creación de una efectiva igualdad de oportunidades»⁴¹. Sobre esta base se pueden comprender afirmaciones significativas, como aquellas que disponen que la realización de la libertad en la igualdad no es consecuencia de la autorregulación social («gesellschaftlicher Selbstregulierung») sino que requiere de acciones estatales de dirección y prestación («leistender und leitender Staatstä-

³⁹ Cfr. P. HÄBERLE, p. 55 del original en alemán.

⁴⁰ ID., p. 136 tr. it.

⁴¹ Tr. nuestra: cfr. El original en alemán, p. 84: «Das Stichwort für «Grundrechte im Leistungsstaat» lautet daher: «soziale Grundrechtserfüllung», d. h. Schaffung tatsächlicher Chancengleichheit in realer grundrechtlicher Freiheit für Alle (Abbau unzumutbarer wirtschaftlicher Barrieren), auch um dem Preis der Begrenzung übermäßiger Freiheit weniger» (corsivi aggiunti).

tigkeit») ⁴². Un Estado prestacional orientado a los derechos puede constituir por tanto, según Häberle, una respuesta eficaz al «déficit» de efectividad de los derechos sociales, mediante una configuración del ejercicio cooperativo de los derechos mediante la participación en procedimientos como instrumento de mediación entre plena realización de la igualdad y salvaguardia de la libertad ⁴³: en este sentido, la Constitución «en su vinculación con la realidad social se convierte en ámbito y programa social de una «res publica semper reformanda», es decir, sustancia de obligaciones [...] los derechos fundamentales y el Estado de las prestaciones organizado según la Constitución se destinan a la realización del objetivo de hacer posible una vida libre a través de la igualdad social correspondiente a cánones de humanidad» ⁴⁴. Sólo si se inscribe el derecho estatal prestacional en el marco de una Constitución que ve realizado su propio carácter de proceso abierto también a través de la participación como forma de ejercicio de los derechos, el intento de conciliar libertad e igualdad salvaguarda la dimensión plenamente subjetiva del derecho fundamental, alejando el riesgo de convertirse en un Estado social-asistencial «total» («Umschlag zum totalen Wohlfahrtsstaat»), en el que la relación

⁴² Cfr. p. 97 de original en alemán.

⁴³ También en este sentido es posible decir, con Ridola, que la dimensión positivo/participativa de la libertad en el Estado de las prestaciones se muestra como «fattore essenziale di trasformazione e di mobilità sociale» (*Garanzie costituzionali...*, *op. cit.*, p. 22). Esta consiste en otras palabras en una «domanda attiva, di libertà, indispensabile alla liberazione dalle condizioni sociali di oppressione o di predominio che ostacolano la realizzazione delle sfere della personalità tutelate a livello costituzionale» (p. 23), a partir, por otro lado, de la posibilidad de una «lettura integrata del principio pluralista e del principio di uguaglianza come pilastri della garanzia di una società aperta che rende possibile la realizzazione di identità molteplici». Sobre el tema v. aun, *amplius*, *Id. Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, pp. 123 ss., pp. 148 ss.

⁴⁴ Tr. nuestra: cfr. el original en alemán en las pp. 98-99: die Verfassung wird zu «wirklichkeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm einer «res publica semper reformanda», Substanz von Aufgaben. Grundrechte und verfasster Leistungsstaat dienen dem Ziel, freiheitliches Leben in sozialem Ausgleich und Humanität zu ermöglichen».

entre libertad e igualdad sufre una torsión hacia la absolutización de la segunda ⁴⁵.

La dimensión procesal, desde este punto de vista, se transforma en uno de los elementos cualificantes que Hesse define —de manera muy eficaz— el «“status” fundamental de derecho constitucional» («Verfassungsrechtlicher Grundstatus») que describe tanto la relación ciudadano y poder público cuanto la trama de la convivencia entre ciudadanos en el Estado constitucional abierto. Un «status» que en Hesse —debe precisarse en seguida— no se limita a describir la articulación formal de tales relaciones, si no que se plantea como «status» de derecho material («materiellrechtlicher Grundstatus»), vehículo de contenidos constitucionales en tanto que instrumento de actuación y realización de derechos.

4. EL «STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS»

Llegamos así al corazón de la construcción häberliana de la relación entre derechos, procedimiento y legitimación del Estado constitucional o, dicho de otro modo, la integración —debatida y no exenta de perfiles problemáticos— de la teoría jellinekiana de los «status» a través del llamado «status activus processualis».

Esta se basa, como precisa el propio autor, en la premisa metodológica de la «liberación de la dogmática» («Befreiung der Dogmatik») ⁴⁶ de la observancia ritual de esquemas tradicionales en el marco de una construcción de los conceptos jurídicos atenta a su dimensión histórica. Esta última se fundamenta, a su vez, sobre la plena consciencia de la tupida red de interdependencias que ligan la elaboración teórico-dogmática de los derechos fundamentales a su efectividad en la experiencia constitucional. Si es cierto que la dogmática tiene el deber de «sostener» los derechos fundamentales en el complejo proceso de evolución y mutación del marco histórico y ético-social de referencia, de ello deriva la exigencia de una «aper-

⁴⁵ Cfr. las pp. 102-103 del original en alemán.

⁴⁶ Cfr. p. 81 del original en alemán.

tura» de la propia dogmática, con la finalidad de «hacer sensibles los derechos fundamentales frente a la realidad social». Una correcta diferenciación entre elaboración dogmática y «dogmatismo» puede entonces facilitar el desarrollo del deber propio de la dogmática, que es aquel de dar una «respuesta a desafíos concretos», desarrollando «garantías para la racionalidad de la decisión jurisprudencial»⁴⁷. Junto a la necesidad de una elaboración dogmática articulada de modo cierto y racional⁴⁸, aparece la conciencia de la exigencia de una continua «revisión de las soluciones de los problemas» que los salve de una dogmatización: en este sentido, la obra del jurista debe ser entendida no (sólo) como conservación de lo existente, sino (también) como conciliación de la instancia de la seguridad jurídica con el avance de la sociedad.

Sobre estas bases, Häberle avanza la propuesta de una integración de la «Statuslehre» de G. Jellinek, cuya impronta «absolutista tardía» debe ser transferida sobre sólidos fundamentos democráticos⁴⁹ a través de la determinación de un nuevo «status» que, sin sustituir a los cuatro determinados por el propio Jellinek, haga posible cualificar la relación entre Estado y ciudadano de forma más adecuada al nuevo contexto histórico, político y constitucional. Si, por un lado, se mantiene la idea de fondo de la elaboración jellinekiana —el concepto de «status», que describe sobre el plano del derecho público la relación entre Estado y ciudadano⁵⁰— por

⁴⁷ Cfr. las pp. 168-169 de la traducción italiana. Para una reflexión en profundidad sobre la relación entre dogmática y dogmatismo, fundamental A. A. CERVATI, *Per uno studio comparativo...*, *op. cit.*, especialmente los cap. I, II, III, VI.

⁴⁸ Es el propio Häberle quien afirma que «proprio nell'ambito dei diritti fondamentali è irrinunciabile una dogmatica che tenti di dimostrarsi razionale, che riveli i «veri» motivi e che includa attendibili controlli su se stessa» por que «se così non fosse, l'interpretazione dei diritti fondamentali si trasformerebbe in decisione, la cui conseguenza sarebbe il caos giuridico delle opinioni» (cfr. p. 170 de la trad. it.).

⁴⁹ Cfr. El original en alemán (p. 80): «sie ist von ihrem spatabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen».

⁵⁰ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr 1892, p. 78: *status* es la cualificación más exacta desde un punto de vista jurídico de la noción misma de personalidad, conjugada en sentido positivista (cfr. el

otro lado la introducción del «status activus processualis» hace visible la nueva articulación de esta relación en el Estado prestacional, describiendo una nueva dimensión coherente con el desarrollo histórico. Desde un ligamen «monodimensional», fundado sobre la dialéctica del derecho fundamental y la intervención limitativa «intrusiva» por parte del Estado, evoluciona a una relación «multilateral» de prestación que despliega sus efectos propios también en el plano de las relaciones sociales «horizontales»: es más, es precisamente en este espacio que pueden resolverse las colisiones entre derechos fundamentales. En otras palabras, ésta se convierte en «vehículo de concordancia práctica entre derechos fundamentales y Estado de las prestaciones», en la medida en que el procedimiento garantiza la confrontación entre los intereses en juego antes de que entren en conflicto⁵¹.

La nueva relación entre ciudadano y Estado descrita mediante el «status activus processualis» se expresa principalmente en la dimensión procedimental de las libertades fundamentales («Er meint die verfahrenrechtliche Seite grundrechtlicher Freiheit»⁵²). La superación de la

texto alemán: «Die Persönlichkeit ist theoretisch eine das Individuum qualificierende Relation desselben zum Staate. Sie ist juristisch daher ein Zustand, ein Status, an den das einzelne Recht anknüpfen kann, der aber selbst nicht Recht ist») Derecho público subjetivo son las pretensiones que resultan del *status* y aparecen conectadas a la multiplicidad de relaciones con el Estado de las cuales el individuo es parte en virtud de su propia «pertenencia» (*Zugehörigkeit*) al Estado (p. 81) En consecuencia, el concepto de personalidad, o *status*, describe el conjunto de las diversas facultades — reconocidas y conferidas por el ordenamiento jurídico— que reenvían, en su complejidad, a la posibilidad de activar («in Bewegung zu setzen») al Estado, es decir, las normas de su ordenamiento en interés individual (cfr. p. 53).

⁵¹ Tr. nuestra: cfr. p. 87 del original en alemán: «Das eindimensionale Verhältnis Individuum-Staat (Grundrecht-Eingriff) wird durch eine Vermehrung des Kreises der von Staatsleistungen in Grundrechtsinteressen betroffenen einzelnen und Gruppen zu einem “mehreseitigen” Leistungsverhältnis, das kollektive Wirkungen intendiert; in seinem Rahmen sind Grundrechtskollisionen zu lösen [...] Das - vorgezogene - Verfahren kann einen Ausgleich der einander widerstreitenden Gesichtspunkte gewährleistenden, bevor es zum Konflikt kommt; es wird zum Vehikel “praktischer Konkordanz” (*Hesse*) zwischen Grundrechten und Leistungsstaat».

⁵² Cfr. p. 51 del original en alemán.

centralidad del «status negativus» (y bien mirado del propio «status passivus») se abre a una plena realización del «status activus» en el marco del ejercicio responsable y participativo de los derechos como canal de afirmación de una ciudadanía conjugada en el sentido de la «Mitgliedschaft» (membership, condición de miembro) más que en sentido de la mera «Zugehörigkeit» (pertenencia) al Estado. Al mismo tiempo, la reafirmación del momento participativo permite encajar la organización de la libertad, como se ha visto, con la protección de la dignidad de la persona humana en sus concretas manifestaciones históricas. La novedad en la relación de «status» introducida por Häberle reside por lo tanto en la centralidad de la autodeterminación, profundamente condicionada por la Constitución como pilar de una nueva relación entre público y privado, orientada a la construcción de procesos de integración. Ésta, por lo tanto, no implica más la posibilidad única de accionar normas del ordenamiento jurídico del Estado en defensa del propio interés⁵³, sino que se abre a la posibilidad de autodeterminarse a través del ejercicio de los propios derechos mediante los procedimientos de prestación; que, a su vez, estructuran el vínculo entre el ciudadano y el Estado en torno a la cooperación en la determinación

⁵³ En el pensamiento de Jellinek, por otro lado, tal posibilidad no sólo resumía —como se ha visto— el núcleo lógico del concepto de *status*, sino que describía la diferencia entre derechos subjetivos y derechos reflejos (cfr. G. JELLINEK, *System...*, *op. cit.*, p. 66 ss.). Si continúa siendo verdad, en línea general, que el derecho público subjetivo del súbdito (*Subjicirten*) no sólo es creado y protegido, sino también realizado (*realisirt*) por el derecho objetivo (p. 66), el criterio formal de distinción entre las dos figuras se encuentra en la circunstancia de que el derecho público subjetivo, en tanto que expresión de un *status* que cualifica la realización entre individuo y Estado, confiere al particular la capacidad de accionar en su propio interés normas del ordenamiento jurídico: y ello porque la existencia de derechos públicos subjetivos se justifica en «la consideración de orden general según la cual no todas las proposiciones jurídicas son dictadas en interés general [...] sino que existe un amplio ámbito de normas jurídicas, que tiene la finalidad predominante de servir a intereses individuales» (tr. nuestra: cfr. el original en alemán, p. 74: «aus dem allgemeinen Gesichtspunkte, dass nicht alle Rechtssätze ausschliesslich im Gemeininteresse gegeben sind [...] es giebt vielmehr ein sehr ausgedehntes Gebiet von Rechtsnormen, die den überwiegendem Zweck haben, individuellen Interessen zu dienen»).

del contenido específico del derecho interesado por la actividad estatal de decisión y prestación. La consecuencia, como se ha dicho más veces, es la de una verdadera y propia apertura de las funciones de prestación —y del aparato organizativo llamado a ejercerlas— al ciudadano y a los sujetos del pluralismo social⁵⁴.

Sobre la base de cuanto se ha afirmado a propósito de la fundación dogmática del «status activus processualis», se puede entender completamente la afirmación de Häberle cuando dispone que desde estas premisas la dogmática de los derechos fundamentales puede (y debe) elaborar un instrumentario polivalente, en más estratos, («mehrwertiges und mehrschichtiges Instrumentarium») que conciba las garantías de los derechos fundamentales sociales en el sentido más amplio, como objetivo de la Constitución y mandatos de tutela social gradualmente estructurados, como derechos subjetivos de prestación y principios de interpretación para la jurisprudencia» (172).

En otras palabras, no es posible limitar el alcance del «status activus processualis» a la introducción de nuevas figuras de derechos fundamentales «al» o «en el» procedimiento ni conjugar las garantías procesales de los derechos en sentido exclusivamente instrumental a la determinación de remedios jurisdiccionales eficaces⁵⁵. Al mismo tiempo, la elaboración teórica de Häberle y en particular el vínculo entre dimensión material y dimensión procesal de los derechos fundamentales —que se manifiesta en la influencia directa del titular, a través de la participación, sobre la determinación del contenido del derecho en sede del procedimiento público de de-

⁵⁴ Cfr. p. 90 del original en alemán: «dieser status activus processualis öffnet auf verfahrensmäßige Weise die Leistungsfunktionen zum Bürger und zu den Pluralgruppen hin», pero también supra, nota 16.

⁵⁵ En este sentido, vg., R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 457-458, así como pp. 472 ss. En el Estado prestacional, por el contrario, los derechos fundamentales articulan la propia función de «normas de estructura» no sólo dentro de los tribunales, sino también fuera de ellos, o mejor aun: antes del proceso («vorgerichtlich», cfr. P. HÄBERLE, p. 129 del original en alemán)

cisión— muestra que el interés en el procedimiento, lejos de sustituirse en interés del resultado, se integra con él⁵⁶.

El «descubrimiento» del «status activus processualis» como nueva manifestación de la relación entre ciudadano y Estado, entre esfera pública y esfera privada irradia —en una suerte de «Ausstrahlungswirkung» orientada al procedimiento— sobre el contenido del derecho ya sea como integración de la facultad de disposición, sea como forma de participación en la determinación del contenido, contribuyendo a diseñar la figura del «nuevo ciudadano» como sujeto empeñado responsablemente a dotar de sentido la propia pertenencia a la comunidad estatal⁵⁷. La citada «Mitgliedschaft»

⁵⁶ En el sentido, sin embargo en que «Las exigencias jufundamentales al procedimiento no pueden sustituir las exigencias fundamentales al resultado», cfr. R. ALEXI, *op. cit.*, p. 473. Más cercano a lo que se sostiene en el texto, E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe...*, *op. cit.*, p. 308 que afirma que el resultado podrá también ser contrario en todo o en parte al interesado, pero habrá debido tener también una posibilidad adecuada («eine faire Chance») de influir en él.

⁵⁷ La expresión «nuovo cittadino» deriva del importante ensayo de Feliciano BENVENUTI (Venezia, Marsilio 1994, del cual se señalan en particular las pp. 60 ss. sobre la relación entre participación y libertad positiva, y las pp. 104 ss. Para la importante señalación de la relación entre responsabilidad «participativa» del ciudadano y procesos educativos centrados sobre las libertades culturales), y se reenvía a itinerarios fecundos de la reflexión administrativista italiana de los últimos decenios, que han individuado en el procedimiento no sólo un instituto «servente» respecto al principio de legalidad —en el sentido de la conjugación del principio del justo procedimiento ofrecida por Vezio CRISAFULLI comentando la sentencia n. 13/1962 de la Corte costituzionale (*Principio di legalità e «giusto procedimento»*, en *Giur. cost.* 1962, pp. 130 ss.)— sino también, de forma más general, un instrumento de apertura de la actividad administrativa en la participación democrática (o «demarchica», por usar un término propio de Benvenuti) de los ciudadanos sobre el fondo de una revisitación radical de la relación entre privado y público, precisamente en el sentido de la apertura, de la comunicación y de la cooperación: pensemos, por ejemplo, en la obra de Giorgio BERTI, y en particular en «Procedimento, procedura, partecipazione», en *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Pádua, CEDAM, 1975, pp. 779 ss., especialmente pp. 788 ss. Más recientemente, v. G. COLAVITTI, «Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale», en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/amministrazione/colavitti.html>. El propio P. HÄBERLE, subraya el estrecho vínculo entre la propia propuesta respecto de la concepción de los *Grundrechte* y una

(condición de miembro), dicho de otro modo, no se basa solamente en la «gliedliche Stellung» del particular en el Estado⁵⁸ —sobre la idea de que la condición de miembro descienda de un posicionamiento del poder público, manifestada mediante el reconocimiento normativo de espacios de libertad— sino que se abre a una continua redefinición mediante el ejercicio de los derechos en la evolución histórica de la comunidad.

El vínculo entre dimensión procesal y dimensión material del derecho fundamental —o, parafraseando a Häberle, el «refuerzo» de la dimensión material «mediante» el procedimiento⁵⁹— resulta, en este punto, de una pluralidad de factores y se desarrolla sobre más planos: en primer lugar, la dimensión procesal constituye un componente autónomo del contenido del derecho, en la medida en que se traduce en facultad de participación en los procedimientos de decisión pública relativos al derecho fundamental concreto. En segundo lugar, a través del ejercicio de dichas facultades, el titular participa en la determinación del contenido concreto del derecho fundamental, como demuestra, en la sentencia «Kadi», precisamente el vínculo afirmado por el Tribunal de Justicia entre proporcionalidad de la restricción —determinación del contenido del derecho concreto— y efectividad de la participación en el procedimiento.

5. CONCLUSIONES

Reconstruida de este modo, aunque sumariamente, la posición de Häberle, es posible volver a la decisión «Kadi» —asumida como paradigma de desarrollo del constitucionalismo— y a la relación entre libertad y

figura del ciudadano informada, comprometida y responsable, cuya «simbiosis» con la administración determina nuevas formas de colaboración con los grupos y la administración misma, en el sentido del *status activus processualis* (cfr. pp. 88-89, también 127 del original en alemán).

⁵⁸ Como quería G. JELLINEK, *System...*, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁹ Cfr. El original en alemán: «über Verfahren wird die materiellrechtliche Seite der Grundrechte im Leistungsstaat gestärkt» (p. 86).

seguridad. En esta decisión, el punto de encuentro entre la seguridad y la protección de los derechos se halla a través de una eficaz articulación de las garantías procedimentales. La necesidad de «elecciones orientadas por el marco constitucional»⁶⁰, como forma de manifestación específica del equilibrio entre libertad y seguridad, opera mediante los recursos de alivio de la conflictualidad liberados por los procedimientos, no sólo en vía preventiva sino también como instrumento de determinación de remedios jurisdiccionales⁶¹.

Como se ha intentado demostrar, el marco constitucional de referencia asume una relevancia central en la articulación de las garantías procesales adecuadas para expresar instrumentos eficaces de participación, con vistas a la determinación de condiciones funcionales a una fructífera experiencia de la autodeterminación personal (como forma de interacción entre constitucionalismo y dignidad humana). En este sentido, la decisión «Kadi» asume una relevancia aun mayor, en la medida en que enriquece el marco constitucional a través de su apertura a las relaciones entre ordenamientos jurídicos. La distribución de la seguridad y de la tutela de los derechos en más niveles, donde se conjuga en términos cooperativos, contribuye a mermar el riesgo de violaciones de los derechos fundamentales, recuperando la tutela al nivel más adecuado. Al mismo tiempo, no perjudica la instancia de protección de los ciudadanos, promovida e implementada en cada uno de los niveles ordinamentales, según la percepción propia de cada uno de ellos. Parece así poderse afirmar que el vínculo entre la cooperación entre ordenamientos jurídicos y la profundización de la tutela de los dere-

⁶⁰ Señalada por P. RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, 144.

⁶¹ Y (también) en el procedimiento, dicho de otro modo, que puede encontrar una desembocadura operativa del desplazamiento de la resolución del conflicto «sobre el terreno de la argumentación y de la motivación» indicada por Ridola como consecuencia de la necesidad de evaluar y ponderar —en el marco de la preferencia constitucional por el «principio de libertad»— la «varietà degli interessi che le costituzioni proteggono» (*ibid.*). Como se ha recordado *supra*, también K. HESSE, *Grundzüge...*, *op. cit.*, p. 161, había subrayado la idoneidad de las garantías procedimentales como instrumento de gestión de las hipótesis de colisión entre derechos fundamentales.

chos encuentra su concreta dimensión operativa precisamente en la centralidad acordada en las mismas garantías procedimentales.

La necesidad de un replanteamiento en el difícil equilibrio entre «función aseguradora»⁶² de los Estados frente a la amenaza terrorista y las garantías de los derechos, se abre así a la recuperación —a largo plazo— de instrumentos aptos para la articulación de políticas más amplias apropiadas, sobre todo, para hacer que el «principio de libertad» conserve la propia «capacidad de orientación frente a las medidas adoptadas en situación de emergencia»⁶³.

En otras palabras, si a corto plazo pueden aceptarse restricciones de los derechos fundamentales justificadas por la emergencia, a largo plazo se integra el modelo de «Estado de prevención» en el sentido de encontrar instrumentos acordes para extirpar el miedo a la raíz, para sostener la legitimación —también espiritual— de las instituciones democráticas, para eliminar progresivamente las causas últimas del terrorismo demostrando una actitud inclusiva en el interior y formas maduras de cooperación para el desarrollo en el exterior. Frente al riesgo de una situación indefinida de emergencia —que como se ha afirmado justamente, es «permanente» precisamente porque es «preventiva»⁶⁴— y frente a la inercia del legislador,

⁶² Según B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, *op. cit.*, p. 24, esta deriva de la circunstancia que «cuando un ataque terrorista pone en cuestión la efectividad de la soberanía del Estado, el Gobierno debe actuar visiblemente y de forma desisiva para demostrar a sus ciudadanos aterrorizados que el fallo era sólo temporal y que está reaccionando agresivamente con el fin de contener la crisis y afrontar la perspectiva de su reproducción».

⁶³ Así P. RIDOLA, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, 143: según el autor, de hecho, la «dilatación del concepto de seguridad» interactúa con la lucha contra el terrorismo internacional imponiendo el pensamiento que «piuttosto che solo in termini di reazione contro concrete ed attuali situazioni di pericolo, in termini di governo complessivi di situazioni di rischio, e della valutazione delle condizioni e delle conseguenze della loro possibile concretizzazione: essa costringe, in breve, a disancorare il problema della sicurezza e la soluzione delle corrispondenti situazioni di crisi dall'applicazione di criteri lineari e deterministici di causalità ed a muoversi all'interno di scenari complessi».

⁶⁴ G. BASCHERINI, «L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura», en *Riv. dir. cost.* 2003, pp. 3 ss., 50.

es la jurisprudencia⁶⁵ la que se hace cargo ahora del reequilibrio, levantando el velo de la ilusión de la seguridad y revelando que también «ellos», los otros, gozan de un cierto número de derechos, y deben ser destinatarios —en el marco de un equilibrio razonable entre libertad y seguridad— de decisiones adecuadamente participativas y motivadas, reconducidas a caminos más adecuados a la herencia del constitucionalismo⁶⁶.

⁶⁵ Aquella misma jurisprudencia que como ha observado correctamente B. ACKERMAN, *La costituzione...*, *op. cit.*, pp. 32 ss. es —a corto plazo— absolutamente inidónea a hacerse cargo de la lucha contra la amenaza terrorista («le bombe» afirma eficazmente A., p. 33, «scoppieranno troppo di frequente perché il ciclo del common law si incarichi di gestire efficacemente la crisi»).

⁶⁶ Caminos que, a su vez, deberán ser transpuestos sobre el plano político, en el marco de una más amplia reflexión sobre las formas de confrontación con opciones ideológicas que parecen situarse como radicalmente alternativas al modelo democrático madurado en la Europa occidental y en los Estados Unidos en el curso del siglo XX, y en particular en la segunda mitad del siglo. Central parece, en particular, la gestión del miedo: ¿secundada, quizás recurriendo a fáciles consensos, o más bien combatida, en primer lugar estimulando procesos de inclusión fundados sobre la superación de una difundida condición de ignorancia, con la finalidad de liberar progresivamente recursos espirituales capaces de proporcionar nueva energía a los canales de legitimación de las instituciones democráticas? Advierte por ejemplo Enzo Bianchi (*Per un'etica condivisa*, Turín, Einaudi, 2009, p. 93): «Se continuiamo a confondere la sicurezza con l'esclusione di ogni diversità, se continuiamo a nutrire le nostre paure invece che ad affrontarle, se crediamo di poter uscire dalle difficoltà non assieme ma contro gli altri, in particolare i più deboli, ci prepariamo ad un futuro di cupa barbarie, ci incamminiamo in un vicolo cieco in cui l'uomo sarà sempre più lupo all'uomo». Si, en otras palabras, parece necesario que «nella società del rischio, i diversi soggetti (sociali, economici politici e istituzionali) dialoghino con l'incertezza —che reca sì inquietudine e paura, ma anche speranza— con il pluralismo degli interessi e dei soggetti loro portatori [...] senza timori e facili scorciatoie» (G. BASCHERINI, «L'emergenza e i diritti...», *op. cit.*, pp. 61-62), parece oportuno orientar los procesos de inclusión en el seno de una decidida recuperación de las adquisiciones del constitucionalismo democrático, tanto a nivel de las ideas como, sobre todo, a nivel de la extensión de las garantías, de forma concreta, de un nivel digno de existencia, sobre la base de disposiciones cardinales, como el art. 3, apartado segundo, de la Constitución. Como se ha afirmado por V. BALDINI, «Tirannia della

Resumen:

En el artículo, el Autor destaca la aportación de Peter Häberle a la dogmática de los Derechos Fundamentales, con referencia a su obra «Grundrechte im Leistungsstaat» y a la relación entre Derechos fundamentales y procedimientos públicos de decisión y prestación.

En particular, se destaca como el ejercicio de Derechos fundamentales en el procedimiento, así como la participación del titular del Derecho en el procedimiento de decisión que afecte a éste, pueda constituir una herramienta fundamental en la ponderación entre libertad y seguridad en el Estado de prevención.

Palabras Clave: *Derechos fundamentales, procedimiento, Peter Häberle, seguridad.*

Abstract:

In the article, the Author works on the contribution of Peter Häberle in the studies on Fundamental Rights, especially for what concerns his article «Grundrechte im Leistungsstaat» and the relation between Fundamental Rights and public procedures of decision.

In particular, the article aims to emphasize that the exercise of Fundamental Rights through participation in procedures can represent one of the instrument in the balancing between freedom and security in the State of prevention.

Keywords: *Fundamental rights, procedure, Peter Häberle, security.*

sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?», en Id. (ed.) *Sicurezza e Stato di diritto*, cit., pp. 7 ss., p. 15 «se nelle trame del terrorismo globale si annida essenzialmente una guerra culturale, gli strumenti per prevalere contro di esso non possono essere limitati alla repressione, né alla prevenzione: l'estensione di un modello di Stato di diritto in cui non potrà recedere, nel conformarsi dell'esperienza giuridica, il riferimento al valore primario della persona umana e, con esso, ai valori dell'integrazione, della democrazie, della libertà, solidarietà ed uguaglianza, appare forse la più efficace strategia di lotta contro ogni forma di fondamentalismo culturale che ne minacci l'integrità».