

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

## DERECHOS CONSTITUCIONALES VS. PODER PÚBLICO: EL SACRIFICIO CONSTITUCIONAL DE LA INVOLABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Nicola Pignatelli<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Aborda la tensión existente entre la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder público. Propone como necesario una relativización del carácter absoluto de la inviolabilidad e inderogabilidad de los derechos fundamentales, para un adecuado funcionamiento del poder público, que es el que finalmente puede garantizar los derechos.

**PALABRAS CLAVE:** DERECHOS FUNDAMENTALES, PODER PÚBLICO, INVOLABILIDAD, INDEROGABILIDAD, RELATIVIZACION

**ABSTRACT:** This article addresses the tension between fundamental rights and the exercise of public power. It proposes a relativization of the absolute character of the inviolability and irrevocability of fundamental rights, as a necessity for the appropriate functionality of public power, which is the one that at the end guarantees them.

---

<sup>1</sup> Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Profesor Asociado de Instituciones de Derecho Publico en la Università degli Studi di Bari, Italia. Profesor de la Especialidad en "Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos" en la Universidad de Pisa. Además, se encuentra habilitado como Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Se desempeñó como profesor a contrato de Derecho Administrativo Avanzado en la Universidad "Scuola Superiore Sant'Anna" de Pisa y de Derecho de lo Entes Locales y de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Es autor de los siguientes libros: "*Le interazioni tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*", Torino, 2008; "*Il governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale: la recessività della materia*", Torino, 2012; "*La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*", Pisa, 2013. Además es autor de gran cantidad de estudios en obras colectivas y en revistas especializadas. Abogado especialista en Derecho Administrativo.

\*\* La traducción del presente estudio del italiano al español fue realizada por el profesor Haideer Miranda Bonilla.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

**KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS, PUBLIC POWER, INVIOABILITY, IRREVOCABILITY, RELATIVIZATION

**SUMARIO:** I. Una noción preliminar; II. Constitución estática vs Constitución dinámica; III. Derechos constitucionales y Poder público; IV. Derechos constitucionales vs Poder público; V. La *relativización* de la inviolabilidad de los derechos constitucionales frente al poder público; VI. Bibliografía.

### I. Noción preliminar

Norberto Bobbio (1999) afirma que el verdadero problema de un ordenamiento jurídico no es aquel de fundamentar los derechos constitucionales, sino de protegerlos. Bajo esta lógica, el argumento de la relación entre el poder público y los derechos inviolables se fundamenta sobre la *efectividad* de la jurisdicción, es decir, sobre el nivel de protección que un ordenamiento reconoce a los derechos inviolables ante el poder público, pensado como “terrible” y potencial enemigo natural de los derechos.

Sin embargo, este tema, aunque central en la teoría general constitucional, amenaza con devaluar otro que es igualmente esencial para la comprensión del funcionamiento de un Estado constitucional democrático. Se hace referencia a la *funcionalidad* del poder público respecto a la efectividad sustancial de los derechos inviolables, puesto que también los derechos constitucionales tienen *necesidad* del poder.

Esta exigencia constitucional impone un replanteamiento de la inviolabilidad de los derechos, una especie de *relativización* de su carácter absoluto y de su inderogabilidad.

### II. Constitución estática vs Constitución dinámica

En la Constitución italiana, como en otras de los Estados europeos, parece existir una contradicción lógica, al menos aparente, entre los elementos esenciales y definidores de una Constitución liberal; o bien, entre la dimensión de los *derechos* (garantizados) y la dimensión de los *poderes* (separados), un *rectius* entre el reconocimiento de los derechos y la organización de los poderes<sup>2</sup>. Tal contradicción consiste en la tensión entre la

---

<sup>2</sup> El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano establece que: “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione”.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

*inviolabilidad* de los derechos del hombre, reconocida y garantizada en la primera parte de la Constitución (Art. 2), y el sistema de organización administrativa<sup>3</sup>, que presupone la existencia atributiva de un poder público (discrecional o destinado a ser) idóneo a incidir (Cariola, 1991). Por lo tanto, se le otorga la posibilidad de *violar* (en modo legítimo o ilegítimo) los mencionados derechos inviolables e, incluso, las fuentes de ellos: el Art. 2 Const., y análogamente las otras disposiciones que reconocen derechos constitucionales, algunas de las cuales contienen expresamente la evocación del carácter *inviolable* (Arts. 13, 14, 15, 24 Const.)<sup>4</sup>.

Bajo esta lógica, pareciera existir una contradicción entre los derechos inviolables y el poder público: un “amor difícil” (Caringella, 2008) caracterizado de una potencial “incomunicabilidad” (Garofoli, 2012) y “inconciliabilidad” (Multari, 2010); una especie de “binomio imposible” (Giovagnoli, 2005). En otras palabras, se presenta una división entre

---

<sup>3</sup> Para un análisis del poder público a través del control jurisdiccional en el ámbito constitucional se incluyen esta referencias: BACHELET (1996): *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*; PALADIN (1979): *Problemi e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*; ROHERSSEN (1988): *La giustizia amministrativa nella Costituzione*; CHITI (1984): *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale*; ONIDA (1986): *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*; BERTI (1987): *Art. 113 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma; AZZARITI (1988): *Alle origini della giustizia amministrativa*; PIZZORUSSO (1994): *Art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*; CARBONE (1994): *Art. 100 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*; SORRENTINO (1990): *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*; POGGI (1995), *Il sistema giurisdizionale tra “attuazione” e “adeguamento” della costituzione*, Napoli; MARZUOLI & BATTAGLINI (1997): *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'Amministrazione?*; TRAVI (1998): *Per l'unità della giurisdizione*; PASTORI (1999): *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, en V. PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico*; PANUNZIO (2000): *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. Dir.*; ANGIOLINI (2000): *Risarcimento del danno, Pubblica amministrazione, Costituzione*, in *Dir. pubbl.*; ORSI BATTAGLINI (2005): *Alla ricerca dello Stato di diritto*; AZZARITI (2006): *Interpretazione sistematica della Costituzione, riparto delle giurisdizioni e vocazione espansiva dell'art. 102 Cost.*, in *Dir. pubbl.*; MARZUOLI (2006): *Un diritto “non amministrativo”?*, in *Dir. pubbl.*; RESCIGNO (2006), *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, *ivi*.

<sup>4</sup> Debe precisarse cómo algunas disposiciones constitucionales de la I parte de la Constitución presuponen expresamente la incidencia del poder público sobre los derechos inviolables (cfr. art. 13, 3° comma, 14, 3° comma, 16, 17, 21, 6° comma) (Pace, 1992).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

una dimensión *estática* de la Constitución, que afirma y reconoce la inviolabilidad de algunos derechos, perteneciente a la identidad de la forma de Estado y una dimensión *dinámica* que, organizando el poder público (Arts. 24, 103, 113 Const.), presupone que el ejercicio de esta, por parte de la Administración competente, puede contrarrestar, comprometer y sacrificar (incluso legalmente) tales derechos, imponiendo así un replanteamiento de la inviolabilidad.

Se puede, entonces, revelar una dicotomía entre la Constitución *estática* y *dinámica*<sup>5</sup> -ambas dimensiones las consideramos internas a la Constitución formal, puesto que la material (Mortati, 1940) puede decirse que es una especie de interacción entre la primera – que generó una estructura crítica constitucional en la comprensión de las dinámicas funcionales del *poder* y encuentra resistencias culturales ligadas a una ideología de los derechos fundamentales que “por su propia naturaleza, resisten, como sobre una línea irrenunciable” (Caringella, 2008, p. 3).

### III. Derechos inviolables y poder público

El contraste en cuestión requiere explicar los perfiles esenciales de los *derechos inviolables* y del poder. Los primeros constituyen un patrimonio de valores expresivos de la identidad de una colectividad, de una nación. Estos, incluso, existen antes de ser el catálogo sintético de la forma de Estado, en cuanto a la composición de la relación entre autoridad y libertad del cual puede derivarse el grado de protección y, por ende, de valorización de la persona humana en un ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. Bajo esta lógica, la inviolabilidad no significa solamente la inmodificabilidad constitucional, puesto que es un corolario<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Bajo mi criterio, la relación entre la Constitución *estática* y *dinámica* es aquella que se puede relacionar, por ejemplo, entre el enunciado constitucional según el cual la soberanía es del pueblo (art. 1 Constitucional) y la distribución del poder construida dinámicamente en la II parte de la Constitución, que concretiza en vía funcional los límites entre los cuales la soberanía es del pueblo.

<sup>6</sup> Para una configuración “universal” de los derechos fundamentales ver FERRAJOLI (2001) en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico a cura di E. Vitale*: “diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire” (p. 5).

<sup>7</sup> BALDASSARRE (1989), *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur*, el cual afirma en modo sugestivo como el concepto de inviolabilidad de los derechos tiene un significado “complesso e molteplice, che soltanto nei suoi tratti più generici si lascia definire in modo semplice e uniforme (...) Ai fini della qualificazione della loro inviolabilità è

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Por cuanto se revela a los presentes fines, los derechos “fundamentales”, así denominados en la Constitución alemana y en la española, son precedidos de una triple garantía constitucional: una que se refiere a la fuente, otra al contenido de la fuente y una que se relaciona al derecho de acción o de tutela jurisdiccional de estos (Patroni, 2012) Más específicamente, de la Constitución se deriva que:

- a) La disciplina de tales situaciones jurídicas subjetivas deba ser reservada al legislador (y por lo tanto sustraída de la potestad reglamentaria).
- b) El legislador debe expresamente *atribuir* a una Administración Pública el poder de incidir, tratar, limitar y satisfacer tales derechos fundamentales.
- c) El mal ejercicio del poder público debe ser visto en sede jurisdiccional, en los límites del principio de separación de los poderes, a la luz del cual debe negarse que la magistratura administrativa pueda sustraerse a la discrecionalidad administrativa. Lo anterior, puesto que un sujeto irresponsable no puede ejercer poderes de administración activa de los cuales no podrá ser llamado a responder en el circuito político.

Se observa claramente cómo se asume un papel decisivo propio del poder, dentro del modelo de los derechos fundamentales, como expresión del ejercicio de una función pública. En efecto, no puede negarse que, en la dinámica socio–institucional, los derechos fundamentales tienen *necesidad* del poder, puesto que, en algunos casos, un derecho

---

opportuno ricordare che i diritti in questione si distinguono in due grandi categorie: quella dei diritti inviolabili in senso stretto o ‘generalì’, cioè i classici diritti dell’uomo e del cittadino; quella dei diritti in senso ampio o ‘speciali’ (...). Tradizionalmente il concetto di inviolabilità è stato usato in relazione di diritti dell’uomo e del cittadino, con particolare riferimento all’impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminarli, in tutto o in parte dall’ordinamento costituzionale positivo o, più semplicemente, di comprimerli sostanzialmente”. Posteriormente la cultura liberal ha utilizzato el concepto de inviolabilidad para “denotare la loro indiscutibile superiorità assiologica e conseguentemente la loro intangibilità assoluta sia da parte dei poteri di modifica o compromissione astrattamente propri del legislatore ordinario e costituzionale, sia ad opera di eventuali interferenze dei privati”. Lo stesso Autore (pag. 29) afferma in modo suggestivo come sia configurabile un significato complessivo di tale categoria dei diritti che “li identifica con i valori originari, assolutamente primari e perciò intangibili nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato (incluso il titolare) sia da parte di qualsiasi potere costituito (pubblico o privato), compreso quello di revisione costituzionale. Si tratta insomma dell’evocazione positivizzata del principio filosofico dell’eterno dell’uomo (Scheler), del riconoscimento di un’invariabile base di valori materiali posta come solido fondamento di un modello di convivenza sociale e politica forgiato a misura dell’uomo e dei suoi valori imperituri”.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

necesita de la abstención del ejercicio del poder y, en otros, lo requiere como condición de satisfacción de un reclamo de ampliación de una esfera de interés con frecuencia íntimamente relacionada con la efectividad del modelo de Estado social, el cual descarga, sobre el procedimiento administrativo, una función distributiva y redistributiva<sup>8</sup>. En síntesis, “no tiene sentido proclamar derechos si no existe un poder que los proteja y permita hacerlos valer”<sup>9</sup>.

Resulta así inevitable que un derecho enunciado como inviolable entre en contacto con un poder idóneo a comprimir, sacrificar o a negar, frustrando su contenido. En síntesis, es idóneo violarlo, aunque sea legítimo; todo esto dentro de los límites del principio de legalidad, sea bajo el aspecto atributivo del poder (cuanto a la dimensión genética-

---

<sup>8</sup> En este sentido, se puede analizar la reconstrucción de LEDDA (2002) en *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, la cual ha desarrollado las tesis más importantes de CAMMEO (1910), *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano. Ciertamente aparecen perentorias, en cuanto a la valorización de la dimensión del poder como instrumento de actuación de los principios del Estado social, las palabras de CAIANIELLO (1989), *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. Soc.*, secondo cui “la democratizzazione delle strutture, la più ampia partecipazione a queste dei destinatari dell'azione amministrativa, il maggior grado possibile di circolarità del potere, non potranno escludere le sedi istituzionali pubbliche per realizzare lo Stato sociale. Le esigenze di questo postulano tuttora il mantenimento di poteri autoritativi, mentre i principi dello Stato di diritto, che caratterizzano il nostro ordinamento (artt. 24, 103 e 113 della Costituzione) garantendo la tutela giurisdizionale come diritto fondamentale impongono il controllo del giudice su quei poteri il cui esercizio pone i suoi destinatari in posizione certamente non paritaria. Ciò esclude di dover prevedere la completa assoggettabilità dell'azione amministrativa al diritto comune e quindi la soluzione delle relative controversie attraverso la medesima tecnica garantistica dei diritti soggettivi, perché altrimenti ne sarebbe sacrificato l'interesse generale che invece viene tenuto ben presente da Spaventa quando, nello schema di discusso per l'inaugurazione della IV Sezione, considera immanenti nell'amministrazione pubblica i tre momenti delle libertà, della solidarietà e dell'eguaglianza come, fattori inesauribili e perenni del diritto” (p. 577). En este sentido se debe precisar como en la doctrina, más que en la jurisprudencia constitucional, surgió una atención particular por la distinción entre algunos derechos (libertades civiles y constitucionales) por las cuales se configuraría un status de intangibilidad extendido al contenido esencial, y otros (derechos sociales), por lo cuales se configuraría una “garantía de instituto”. Al respecto, BALDASSARRE (1989), *Diritti inviolabili*.

<sup>9</sup> Cfr. LUCIANI (2006) en *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, el cual afirma en modo sugestivo que “senza un potere che li garantisca i diritti sono mere ipotesi o vane speculazioni, perché la pretesa dell'uno può prevalere sulla contrapposta pretesa dell'altro soltanto a condizione che un terzo, superiore (in forza, ancorché non in dignità), assegni la ragione e il torto” (Número de página).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

competencial) o el aspecto procedimental (cuanto al modo de ejercicio de él). La noción del poder público, evocada en el anterior binomio, la cual se diferencia del poder privado<sup>10</sup>, presupone la existencia de una norma legislativa que confiere eso. Por lo tanto, la legitimidad reconocida queda en manos de una Administración, la cual puede producir efectos jurídicamente relevantes en el ordenamiento a través de la adopción de actos y de procedimientos<sup>11</sup>. Esto permite notar cómo hace falta en la Constitución un uso homogéneo de la noción de poder<sup>12</sup>.

Sin embargo, lo que esto evidencia es la constante conexión entre el ejercicio del poder y un único bien de la vida, cubierto de la fuente constitucional que reconoce un derecho inviolable. En otras palabras, puede apreciarse la relación entre el sujeto y el objeto que la doctrina procesal civilista caracteriza como “legitimación” (Carnelutti, 1951, Rescigno,

---

<sup>10</sup> Un estudio sobre la dimensión privatística del poder y sobre la dimensión procesal se encuentra en. MOTTO (2012), *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*. En cuanto a la distinción entre la categoría de poder público y de poder privados cfr. CARINGELA (2008), *Riparto di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), según el cual las dos categorías, por cuanto estructuralmente unidas por la capacidad de un sujeto de incidir en vía uniliteral sobre la esfera de otra persona sujeta a su poder, se diferencian sobre el aspecto funcional, en cuanto el carácter publicista del poder deriva de una disciplina que permite individuar un fin pública a cuyo logro el poder está predestinado presuponiendo un proceso de conformidad del poder en relación al poder perseguido; “ambos eventos se sustraen a la disponibilidad del poder”. No obstante, en la dimensión privada, ambos elementos son devueltos a un juicio titular del mismo; “il potere privato non è funzionale ad un interesse pubblico che ne costituisce il limite teleologico ma è esercizio di un’ autorità privata che incontra i suoi referenti, oltre che nelle norme, nei canoni privatistici di buona fede e tutela dell’affidamento”.

<sup>11</sup> A la luz de la teoría general del derecho puede decirse que el poder jurídico designa la posibilidad acordada por el ordenamiento jurídico de operar en la realidad jurídica, produciendo efectos jurídicos relevantes. Cfr. *ex plurimis* SANTI ROMANO (1947) en *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*; GUARINO (1949) en *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*; A. LENER (1985) en *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*; PIRAS (1962) en *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*; VOLPE (2004) en *Norme di relazione, norme d’azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*; G. MIELE (1944) en *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*; CERRI (1998) en *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma.

<sup>12</sup> CERRI (1998), *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, hace notar como “nella Costituzione (..) si riscontra l’impiego delle voci del verbo corrispondente (art. 76, 77, 82, 87, 2° e 11° co., ecc.), del resto già impiegate nella legislazione, con significato, peraltro, che sfugge ad una precisa definizione, non essendo chiaro se la parola evidenzia l’aspetto facoltativo o l’aspetto vincolante (per gli altri) della funzione (il *licere* o il *posse*, appunto)” (p. 2).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

1963) y que, en el ámbito del derecho público, puede llamarse “competencia”<sup>13</sup>, en la que existe una delimitación del poder de incidencia sobre un derecho constitucional, prescindiendo de sugestivas, pero no indivisibles, reconstrucciones que diluyen el poder público en la lógica de la “relación” paritaria entre ciudadano y Administración<sup>14</sup>.

En todo caso, corresponderá a la Administración, en el momento aplicativo de la norma atributiva del poder, o al juez administrativo, en el momento del control jurisdiccional del poder, determinar si la naturaleza de ello es discrecional o vinculada para poder delimitar el espacio de incidencia sobre los derechos constitucionales. Sobre el aspecto de la discrecionalidad, la Administración, en el cumplimiento del fin público individualizado y atribuido al cuidado de él, pasa poderes (*rectius*, competencias) cuyo despliegue puede incidir, en sentido amplio o comprensivo, sobre un interés relacionado con un determinado bien de la vida cuyo destino natural es aquella de la previa ponderación, reconocimiento, medición, síntesis conceptual, en otras palabras, es la *ponderación* constitucional entre el interés público normativamente predeterminado por la ley, el interés privado cubierto por una disposición constitucional, que establece un derecho fundamental, y cualesquiera otros intereses de carácter constitucional y no constitucional.

Sin embargo, lo que es importante, para nuestros propósitos, es la configuración de un espacio (más o menos amplio) de condicionamiento del poder sobre los derechos constitucionales y sobre su consistencia jurídica. Tales derechos no son solamente calificados por la Constitución como inviolables (Arts. 2, 13, 14, 15, 24 Const.) y

---

<sup>13</sup> MORTATI (1975), *Istituzioni di Diritto pubblico*, el cual precisa que en tal ámbito la noción de legitimación es mayormente utilizada para designar la relación de la predisposición de la persona física respecto del ente y el órgano que actúa a través de ella.

<sup>14</sup> Cfr. ORSI BATTAGLINI (2005) en *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano. En sentido crítico se puede consultar el análisis de RESCIGNO (2006) en *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, en *Dir. pubbl.*, el cual afirmaba que “non è vero che non esiste il potere delle autorità pubbliche (e cioè la figura giuridica soggettiva che i giuristi chiamano potere), e la connessa situazione soggettiva degli individui rispetto all'autorità. Su questo punto specifico la trattazione di Orsi non mi soddisfa. Capisco le sue intenzioni, ma la critica della coppia potere-soggezione ed il tentativo di stabilire una specie di principio generale di parità tra individuo e pubblica amministrazione non riesce e soprattutto non è necessario: non riesce perché *il potere unilaterale delle autorità pubbliche è talmente evidente che nessun artificio verbale può nascondere il fatto che, di fronte agli atti legittimi di esercizio di tale potere, l'individuo soccombe*”.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

fundamentales (Art. 32 Const.), sino también son catalogados por la jurisprudencia y la doctrina, en sentido figurado y retórico, como *inderogables*, *indivisibles*, *irresistibles*. Por otra parte, esta ideología de los derechos “absolutizzati” recientemente llegó a ser también confirmada por las Secciones Unidas de la Corte de Casación en varias sentencias de importancia sistémica<sup>15</sup>, a través de la distinción entre “posiciones subjetivas en el núcleo rígido” y “posiciones subjetivas en el núcleo variable”<sup>16</sup>.

Algunas de las soluciones de la jurisprudencia italiana al conflicto entre los derechos constitucionales y poderes públicos, a la luz de la inderogabilidad de los primeros, son aquellas que se relacionan, por ejemplo, con daños a la salud (que se derivan de procedimientos autorizados de líneas eléctricas<sup>17</sup>, vertederos<sup>18</sup>, centrales termoeléctricas<sup>19</sup>) o, más en general, los efectos de los procedimientos administrativos sobre todos los “derechos primarios en los cuales se exprime las libertades fundamentales constitucionalmente garantizadas”<sup>20</sup>. De manera más específica, se puede pensar en la jurisprudencia desarrollada en materia de libertad de conciencia y religión<sup>21</sup>, derecho a la educación<sup>22</sup>, derecho a la imagen<sup>23</sup>, derecho a la privacidad<sup>24</sup>, derecho a la libertad de movimiento<sup>25</sup> y derecho de los extranjeros<sup>26</sup>.

---

<sup>15</sup> Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13659; Cass., S.U., 13.6.2006 n. 13660.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., S.U., 1.8.2006 n. 17461.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Padova, 17.11.1998; Trib. Como, 22.1.2002; Cons. St., sez. IV, n. 2329/2002).

<sup>18</sup> Cass., S.U., 7.2.1997 n. 1187; Cass., 17.11.1992 n. 12307; Cass. 3.7.1991 n. 7318; Cass., S.U., 12.6.1990 n. 5714.

<sup>19</sup> Cass., S.U., 17.1.1991 n. 400.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., S.U., 18.11.1997 n. 11432, en relación con la previsión de cursos alternativos obligatorios a la enseñanza de la religión católica asumido como perjudicial para el derecho a la libertad religiosa de los que no se benefician.

<sup>22</sup> Cfr. Trib. Roma, 17.12.2002.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., S.U., 10.8.1999 n. 582.

<sup>24</sup> Cfr. Pret. Roma, 27.7.1987.

<sup>25</sup> Cfr. Pret. Roma, 4.6.1980.

<sup>26</sup> Cfr. Para una reconstrucción jurisprudencial cfr. DI PACE en *Rapporto tra giurisdizioni. Il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, en [www.treccani.it](http://www.treccani.it). Cfr., en la más reciente jurisprudencia, Cass., S.U.,

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

#### IV. Derechos constitucionales vs poder público

En un modelo constitucional, donde los derechos inviolables se miden cotidianamente con el poder público, este último no puede ser concebido como un elemento *exterior* a la forma de la situación jurídica. Debe entonces calificarse como un límite *interno*, vehículo de una función social que se inserta en los derechos inviolables como una protección del Estado social, realmente, un límite natural a la ortodoxia de los derechos constitucionales.

Por lo tanto, resulta inherente a la forma de Estado la *vulneración* de los derechos *inviolables*: “si hay algo que cede ante acción administrativa son especialmente los *derechos de la libertad*” (Amato, 1974, p. 283). Pero, esto aplica en general todos los derechos constitucionales<sup>27</sup>. En otras palabras, es cierto que “*el derecho fundamental, en definitiva, no se comporta frente al poder administrativo a diferencia de cualquier otro derecho*” (Allegretti & Pubusa, 1987, p. 417).

El poder público le otorga de manera legítima a la Administración la capacidad de producir un efecto confirmativo sobre el núcleo esencial del derecho inviolable, o sea, el interés privado jurídicamente relevante a la luz de un interés público, o de más intereses públicos, protegidos por ese poder e inevitablemente dialogantes con el interés privado puesto a la vista del poder. Por el contrario, al considerar la idea que la mera presencia de un derecho inviolable puede inhibir el poder público hasta neutralizarlo de raíz, cuando normativamente se encuentra previsto, se determina una monstruosa sustitución sistemática del juez respecto de la Administración<sup>28</sup>, a la cual se le sustrae el propio poder que está perdido en abstracto. En este sentido, parece surgir la necesidad de negar la teoría de la inderogabilidad a tutela de la existencia y de la función del poder público. Tal exigencia

---

30.3.2011 n. 7186. p.a. se acreditó la discriminación en relación a la prestación respecto a la cual un sujeto privado no aprovecha de una posición de derecho subjetivo.

<sup>27</sup> Cfr. GIANNINI (1993) en *Diritto amministrativo*, según el cual “la maggior parte dei diritti fondamentali recede dinanzi all’esercizio della potestà pubblica, abbiano o non abbiano garanzia costituzionale” (p. 243).

<sup>28</sup> Cfr. BARILE (1984) EN *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, el cual, resaltando el peligro que “poteri privati travolgano le valutazioni amministrative sull’ambiente e paralizzino un’opera in corso”, mette in evidenza come il radicamento della giurisdizione ordinaria determini la sostituzione del giudice ordinario all’Amministrazione, attribuendo ad esso stesso la funzione di “amministratore” (p. 379).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

se origina en defensa, aunque en vía indirecta, del mismo principio de separación de poderes a la luz del cual el juez no puede, en nombre de un evocado derecho constitucional, subrogar la discrecionalidad administrativa con la hermenéutica (o sea con una discrecionalidad disuelta del *poder*), a diferencia de la del juez administrativo que se mueve en los límites del control sobre el *poder*.

A pesar de esto, no puede negarse como el rango constitucional del interés. O sea, si la reconducibilidad en abstracto, bajo el esquema de un derecho inviolable, asume una relevancia específica, incidencia sobre las dinámicas de la *ponderación* como dimensión natural de los derechos y de los valores de la Constitución, puede permitirse el ejercicio del poder público sujeto a un mayor *estrés* de ponderación y evaluación y a una necesidad imperiosa de satisfacer el principio de proporcionalidad en el momento del sacrificio de este. En conclusión, los derechos inviolables inciden sobre la ponderación, pero no la niegan (Allegretti & Pubusa, 1987, p. 417). Esto debe cumplirse incluso cuando existe un poder, *rectius*, sobre, puesto que este es atribuido para ponderar intereses en conflicto:

“...la dura realidad nos enseña que no vinimos al mundo para vivir mal, que no estamos solos en el universo, que Robinson Crusoe es solo una creatura de fantasía de Daniel Defoe de 1719, que cada individuo convive con los otros, que los derechos fundamentales del individuo encuentran un límite en los derechos no menos fundamentales que los otros y en los superiores interés públicos y que la obra de armonización de los derechos fundamentales del individuo con las posiciones de los demás y con interés público es una obra que no viene desarrollada, en modo definitivo, de una ley desesperadamente incapaz de prever en abstracto las variables de los conflictos concretos, sino que viene demandada a la Administración Pública, llamada con su antigua sabiduría, a individualizar las soluciones capaces de combinar, también limitando o comprimiendo, y en sustancia conformándolos, los derechos fundamentales de los individuos en relación a las posiciones antagonistas de igual dignidad” (Caringella, 2008,. 2).

En síntesis, se puede evidenciar cómo la teoría de la inderogabilidad de los derechos fundamentales se basa sobre la irrazonable devaluación de una parte de la Constitución: aquella que organiza y distribuye el poder público, presumiendo erróneamente la “*inexistencia, a lo interno de la Constitución de mecanismos de reconciliación entre*

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

*derechos supuestamente incompresibles y otros intereses, públicos o privados*" (Buscema, 2013, p. 20).

## V. La relativización de la inviolabilidad de los derechos constitucionales frente al poder público

A la luz de lo que se ha discutido hasta ahora, emerge con claridad cómo la mistificación ideológica de los derechos inviolables y la absolutización de la naturaleza de los derechos constitucionales no tiene algún fundamento jurídico. El sistema constitucional, su arquitectura compleja, fundamentada en un equilibrio constante y su íntima conexión entre la primera y la segunda parte de la Constitución, imponen una *relativización* de la inviolabilidad<sup>29</sup> como una categoría jurídica sintética y, con ella, sus corolarios descriptivos (o sea del carácter absoluto, de la indisponibilidad, de la renunciabilidad<sup>30</sup>).

---

<sup>29</sup> Sobre la exigencia de la relativización cfr. BARILE (1984) en *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* y BALDASSARRE (1989) en *Diritti inviolabili*.

<sup>30</sup> Nuevamente, BALDASSARRE (1989) en *Diritti inviolabili*, pone en evidencia como la tradicional superposición semántica entre "derechos inviolables" y "derechos del hombre o del ciudadano", esta a la base de una ulterior "traslitterazione dei caratteri propri dei classici diritti dell'uomo in quelli della più ampia categoria dei diritti inviolabili", también después que en esta se han incluso los derechos sociales. Propio "sulla base di questa tradizione si afferma comunemente che i diritti inviolabili sono *assoluti, originari, indisponibili, inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili, irrinunziabili e imprescrittibili* (...) Per quanto riguarda l'assolutezza va subito detto che occorre distinguerne due diverse accezioni; la prima è quella dell'assolutezza assiologica, la quale comporta che i diritti inviolabili sono valori (materiali) obiettivi incondizionatamente primari, al di sopra dei quali, cioè non esistono altri nell'ambito dell'ordinamento positivo; l'altra è quella di assolutezza in termini di contenuto e consequenzialmente in termini di 'destinatari' dei comportamenti costituenti l'esercizio del diritto stesso: in base a questa accezione un diritto è definito come assoluto allorchè il suo contenuto consiste in una facoltà astrattamente indeterminata (...) il cui svolgimento si dirige (...) verso l'astratta generalità dei consociati". En cuanto a las otras características el Autor afirma que "sono semplici corollari dell'incontestata definizione dei diritti inviolabili come categorie costitutive dello stesso concetto di persona, di cittadino, di lavoratore e più in genere degli status a cui sono ricollegati i diritti inviolabili ovvero, se si preferisce, sono tratti inerenti alla qualificazione materiale primordiale che la Nostra Costituzione conferisce originariamente a quegli *status*". Con estas otras características se pretende garantizar la "neutralización" de la "titularidad de los derechos inviolables", o si se prefiere, la afirmación de una recíproca indiferencia entre la titularidad y el ejercicio de los derechos anteriormente mencionados a través de una "reserva de indisponibilidad" de su titularidad.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

En un Estado constitucional social, complejo y plural, los derechos constitucionales de los individuos no son absolutos, sino que nacen íntimamente conectados con el poder público y están estrechamente ligados al ejercicio del poder entendido como función socio-institucional actuativa, conformante y limitativa del contenido esencial de este. El poder público, si es atribuido por el legislador, constituye la condición para conectar los derechos a la forma del Estado, la garantía de sostenibilidad en el ordenamiento de los derechos constitucionales y, por tanto, el presupuesto de factibilidad de un derecho abstractamente enunciado en la I Parte de la Constitución. No existen derechos inviolables “sin poder”, puesto que los derechos constitucionales no han nacido para ser impenetrables e inderogables, sino para ser permeados por los valores constitucionales de la solidaridad, la libertad y la igualdad, transportados a lo interno por el poder.

Tales valores requieren un trabajo de reconciliación con el interés individual. En otras palabras, “*si los derechos fundamentales son, en una democracia, los principales vehículos procesales de la voluntad, de las preferencias de los individuos y de los grupos sociales de los que se compone el pueblo, su abstracta e ilimitada potencialidad, aunque sea admitida en vía de principio, encuentra inevitablemente que los límites de valor, en ausencia de esos derechos, no podrían llevar a cabo dicho rol. Pero, desde que estos valores públicos o comunitarios (en cuanto límites) no puede negarse de manera absoluta la libertad o la facultad a la que se refieren, necesario plantear hipótesis que entre las unas y las otras se instaure alguna acción de ponderación o de compromiso, es decir, una relativización. Una relativización que aparece como evidente, pero que no niega el carácter absoluto o la primacía de los derechos inviolables, ya que, mientras opera al nivel del fundamento o la razón de ser, que restan todavía del todo incondicionada, la otra se mueve más bien en el plano de los contenidos*” (Baldassarre, 1989, p.15).

Evidentemente, esto se encuentra en clara ruptura con la concepción donde los derechos inviolables eran entendidos como límites al poder público, con una premisa al respeto y a la omisión que tiene por objeto la libertad natural y, todavía primero, la exigencia de tutela de la “ontológica consistencia *en sí misma* de la persona individual, es decir, la libertad negativa” (Baldassarre, 1989, p. 15)<sup>31</sup>. En efecto, si fuera cierto que “*la regla de la solidaridad, ya presente en el Estado liberal, había resuelto este conflicto mediante el*

---

<sup>31</sup> A. BALDASSARRE (1989), *Diritti inviolabili*, cit., 15.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

*procedimiento y la discrecionalidad administrativa, como instrumento diseñados precisamente para conciliar las situaciones subjetivas que, en principio, son entre sí incompatibles*" (Caianiello, 1987, p. 1327)<sup>32</sup>.

Por lo tanto, el poder público no puede ser ontológicamente paralizado por la evocación de un derecho constitucional. También, la presencia de un derecho inviolable no niega el poder público, sino que lo presupone como condición de actuación de este y como punto de equilibrio entre el individuo y el Estado, entre la autoridad y la libertad, *rectius* y entre la autoridad y la libertad/igualdad. De una manera más coherente, puede decirse que, en el ordenamiento constitucional italiano, un derecho inviolable asume frecuentemente una dimensión que presupone la existencia de la atribución de un poder público, cualquiera que eso sea. Está fundado y organizado para ponderar y conciliar los intereses que subyacen en un bien de la vida, aunque son de rango constitucional (D'Aloia, 2013) con los intereses públicos y los otros privados. Solamente con respecto a los valores de la *relatividad constitucional*, de la cual el poder se hace portador, es posible comprender el núcleo esencial de un derecho fundamental, más allá de la soledad y de la abstracción de él<sup>33</sup>.

La teoría de la inderogabilidad, al contrario, finaliza por oscurecer propiamente aquello que es "la condición normal (y constitucional) de emersión de derechos, es decir, la ponderación"<sup>34</sup>. En otras palabras, la teoría de la inderogabilidad se basa sobre el erróneo

---

<sup>32</sup> También parece ser eficaz para escribir PIGA (1980) en *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo a una svolta?*, in *Gius. Civ.*: "è ben vero quello che si dice nella sentenza, secondo cui in ogni ordinamento taluni valori sono preminenti. Solo che, nella specie, tra l'interesse dell'inquilino di una casetta ad evitare quel certo tipo di lavori di bonifica e quello di un'intera comunità interessata alle opere di disinquinamento del golfo di Napoli, parrebbero prevalenti i valori espressi dalla p.a. chiamata a realizzare le opere di bonifica per la tutela della salute di tutti" (p. 368).

<sup>33</sup> Cfr. SPASIANO (2011), *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui "l'affermazione che i diritti fondamentali della persona non possono incontrare alcun limite, tantomeno opposto dallo Stato, corrisponde in fondo a quella prospettiva di stampo illuministico, assolutizzante e romantica, ma priva della considerazione della dimensione sociale dell'uomo (...) che, quanto meno, gli impone di riconoscere che il limite della libertà di un individuo sta sia nell'esercizio delle libertà altrui, sia nell'interesse pubblico".

<sup>34</sup> Cfr. D'ALOIA, *Il giudice amministrativo, i diritti costituzionali (e la maschera dell'interesse legittimo)*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, según el cual es necesario salir de una realidad de los derechos fundamentales meramente enunciativa y "prenderse atto di una realtà molto più complessa, nella quale il

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

---

significato e la rappresentazione del ciclo vitale degli interessi costituzionalmente rilevanti oltrepassano i livelli della semplice affermazione costituzionale di un diritto/libertà e della sua definizione legislativa, per accedere ad una dimensione 'concreta', 'vissuta', nella quale i diritti sono elementi di un quadro che non è né statico né irenico, ma conflittuale, convulso, perché accanto ai diritti/libertà di un soggetto ci sono quelli degli altro soggetti, e c'è il potere (nella sua declinazione plurale), che contemporaneamente limita, conforma, difende le sue ragioni e gli interessi della collettività, e nel fare questo, può eccedere, diventare un potere illegittimo" (p. 563).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

presupuesto que en la Constitución dinámica no existen mecanismos de reconciliación de los intereses<sup>35</sup> o que no opera una virtuosa “jerarquía móvil” de valores<sup>36</sup>, a la luz de la cual,

---

<sup>35</sup> Cfr. Tar Sicilia, Palermo, 25.9.2009 n. 1526, esta sentencia, relacionada con un caso en materia de derecho a la salud, asume en mi criterio un relevancia sistemática: “quello, sostanziale, dell’esistenza di una contrapposizione tra diritti fondamentali e possibilità della Pubblica Amministrazione di esercitare la propria potestà discrezionale; e quello, *formale, della inesistenza, all’interno della Costituzione, di meccanismi di contemperamento tra i suddetti diritti asseritamente incompressibili e altri ‘interessi’, pubblici o privati.* Trattasi di presupposti, come detto, erronei, in quanto basati sulla mancata considerazione che *anche un diritto fondamentale può e trova limitazione nella tutela, concorrente, di un altro diritto ritenuto, del pari, altrettanto fondamentale;* che il carattere di assolutezza è dato anche, e soprattutto, dalla valenza che una determinata situazione assume in un preciso e contingente momento storico, sicchè se c’è l’interesse dello Stato al perseguimento di determinate finalità di interesse pubblico, non vi è diritto fondamentale che tenga; che in una società pluralistica come quella attuale è impensabile ritenere che esistano diritti inviolabili del singolo tali da rendere quest’ultimo intoccabile anche di fronte a necessari interventi dello Stato a tutela di situazioni diverse, riferibili anche ad altri individui. A ciò si aggiunga che la stessa Carta Costituzionale ha in più punti previsto il confronto tra diritti fondamentali e altri interessi, attribuendo al Legislatore ordinario il potere e il compito di bilanciare la tutela del singolo con quella dell’interesse pubblico, così aprendo la porta all’esercizio del potere esecutivo dell’Amministrazione che, lungi dal regredire e scomparire in presenza dei diritti cd. inviolabili, si dispiega anche fino al punto di comprimere le posizioni dei singoli, con le medesime caratteristiche e i medesimi contenuti che possiede quando va a scontrarsi, limitandole, con posizioni soggettive non assunte – secondo l’orientamento qui criticato – al rango di diritti fondamentali. Non vi sarebbe dunque alcuna differenza, se non da un punto di vista del concreto atteggiarsi del potere amministrativo, tra l’azione della Pubblica Amministrazione quando interviene in materia di salute del cittadino e quando lo fa in ambiti tradizionalmente considerati al di fuori della sfera protetta dei diritti fondamentali incompressibili, come, ad esempio, quella dei diritti patrimoniali”. En el sentido de una valorización de la función de ponderación del juez administrativo, relacionada con la relatividad de los derechos constitucionales cfr. Cass., S.U., 5.3.2010 n. 5290, según el cual “Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (come quella, nel caso di specie, della gestione del territorio) - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all’interesse generale pubblico all’ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti”.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

aquello que cuenta, es la libertad del individuo no como una isla, pero “en la sociedad en que se vive y luego en un contexto de solidaridad y de igualdad” (Caianiello, 1989,p. 577).

Por otra parte, la íntima conexión entre los derechos y el poder público, como aspecto distintivo de una Constitución liberal, puede derivarse, por el contrario y paradójicamente, de una expansión de la idea liberal de Constitución: como una limitación del poder público<sup>37</sup>. Lo anterior se debe a que una Constitución nace para limitar el poder, separándolo y, por lo tanto, solamente a través de esta limitación del poder puede decirse actuado un derecho constitucional, que esta misma contribuye al poder público, aunque de manera limitada, la función de actuación y conformación constitucional de su núcleo esencial; el poder, entonces, es como una condición necesaria de los derechos constitucionales.

---

<sup>36</sup> De “gerarchia mobile” habla la sentencia Cass., sez. lav., 5.8.2010 n. 18297, según la cual “Nelle controversie in cui configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il c.d. *criterio di gerarchia mobile*, dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico *thema decidendum* alla individuazione dell’interesse da privilegiare a seguito di una equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo ad opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla privacy - cui il legislatore assicura in ogni sede adeguati strumenti di garanzia - non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost., comma 2), non può incontrare nel suo esercizio ostacoli ed impedimenti nell’accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile vulnus alla sua onorabilità e, talvolta anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro”.

<sup>37</sup> El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma, definiendo a contrario senso el contenido esencial de una Constitución que: “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione”. Para profundizar en los conceptos de constitucionalismo y constitución cfr. PACE (2008) EN *I limiti del potere*, el cual pone en evidencia en realidad como el concepto de constitución sea puramente descriptivo (“en el sentido que las constituciones podrían también no tutelar los derechos fundamentales, no prever la división de poderes y no ser democrática, etc.”), diferente de aquello que el constitucionalismo, con un fuerte contenido prescriptivo y axiológico, así que no podría negarse en la historia la calificación de Constitución a texto estructuralmente deformes del contenido del citado artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Sobre la esencial del constitucionalismo como limitación del poder arbitrario cfr. McILLWAIN (1956), *Costituzionalismo antico e moderno*; FRIEDRICH (1963), *Governo costituzionale e democrazia*; MATTEUCCI (1976), *Costituzionalismo* en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario della politica*.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

El poder público, por esta razón, debe de permanecer como *poder* incluso ante los derechos inviolables, para los cuales debe ser una defensa, esto se ha visto en la triple garantía constitucional de la necesaria atribución de ello, del rango legislativo de la fuente de atribución y de su control jurisdicción y, en la óptica aquí indagada de los derechos inviolables. La naturaleza de los derechos constitucionales no opera así, es decir, como en la historia del Estado legislativo parlamentario del siglo XVIII: un límite negativo al poder administrativo (ejecutivo) con el cual vive en íntima conexión a los fines de su misma actuación. Más bien actúa *ex ante* cual límite al poder legislativo y, todavía antes, al poder de revisión constitucional. No puede negarse, entonces, que los derechos individuales puedan neutralizarse, degradarse e inhibirse en algún caso, pues de ellos nacen, en vía atributiva, el actuar de los derechos constitucionales<sup>38</sup>.

Resulta evidente, bajo este otro aspecto, relativo a la relación entre derechos inviolables y poder administrativo que analogamente a lo teorizado con respecto a la relación entre derechos inviolables y poder político, cómo debe rehuir a un “constitucionalismo irénico”, áquel de los derechos celebrados, con el fin de valorizar un “constitucionalismo polémico que se mida con el poder”<sup>39</sup>, al presuponerlo como piedra fundamental del sistema constitucional. Bajo esta lógica, la *inviolabilidad*, despojada de su mistificación ideológica y cultural, asume la propia función constitucional (más allá de límite

---

<sup>38</sup> Cfr. LUCIANI (2006) en *Costituzionalimo irenico e costituzionalismo polemico* indica: “il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi, ma i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi. Senza una fondazione giuridica (contrattualistica) non c'è potere legittimo, ma senza potere legittimo non c'è sicurezza dei diritti (in particolare, del diritto di proprietà)” (número de página).

<sup>39</sup> Cfr. LUCIANI (2006), *Costituzionalimo irenico e costituzionalismo polemico*, según el cual: “In queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi ‘a rete’ o ‘multilivello’. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere. E' davanti a pólemos, non ad eiréne, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide. In una parola: rimocchiamoci le maniche e riprendiamo il nostro antico e duro lavoro, senza illuderci che il costituzionalismo abbia vinto una volta per tutte (Guantanamo, ricordiamolo, non è un incubo del passato, ma è qui ed oggi) e che la storia abbia una fine, alla quale abbiamo avuto in sorte di essere già arrivati” (p. 1646).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

a la revisión constitucional<sup>40</sup>) para controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>41</sup>, o sea, en el ámbito del control de legitimidad constitucional acciones del legislador en las definiciones de los presupuestos y de los límites del poder público. Asimismo, también fiscaliza los presupuestos del poder de ponderación en el procedimiento administrativo, respecto al núcleo esencial de los derechos fundamentales, sea hecho valer como parámetro para el juez *a quo* en la lógica incidental o por el Estado en la impugnación en vía principal de una ley regional<sup>42</sup>.

Todavía debe precisarse cómo el legislador no puede, en modo alguno, definir de una vez por todas la ponderación de los intereses, teniendo que construir proporcionalmente las condiciones y las modalidades para el ejercicio de este poder, pues la concreta y efectiva operatividad se deja a la Administración. Ya no es un enemigo natural más, sino que cada vez, en un ordenamiento complejo, se vuelve un potencial garante de los derechos fundamentales y de su actuación<sup>43</sup>, *proprio* a la luz de un inevitable “carácter

---

<sup>40</sup> Cfr. BARILE (1984) en *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, el cual precisa que en cada caso la inmodificabilidad constitucional pertenece al núcleo esencial de los derechos, pudiendo ser sujetas a revisión las “modalidades en el ejercicio de los derechos” (p. 53).

<sup>41</sup> A. BALDASSARRE (1989) en *Diritti inviolabili*, pone en evidencia como en la lógica liberal los derechos de las personas eran concebidos como una “difesa dell'individuo unicamente contro le interferenze illegittime dell'Esecutivo, e non già contro le interferenze del Legislatore (sia ordinario che costituzionale): una tradizione che supponeva, pertanto, la preesistenza o l'antiorità logica dello Stato, quanto meno sotto forma di Stato-legislatore, rispetto ai diritti fondamentali del cittadino” (p. 1) y como sucesivamente el constitucionalismo moderno cambió la dimensión de la inviolabilidad sobre el lado del legislador (ordinario y constitucional).

<sup>42</sup> Evidentemente el control incidental que realiza la Corte Constitucional que presupone la existencia del poder público, o sea la predeterminación normativa de ella, encuentra la propia natural sede de activación propio en el proceso administrativo, o sea en el proceso naturalmente pre-ordenado a tal control, y su portero en el juez de aquel proceso.

<sup>43</sup> Se piensa, por ejemplo, al rol de la Administración Pública en los procedimientos administrativos de acceso a los documentos que contienen datos personales y personalísimo de terceros sujetos interesados y a la cotidiana función de ponderación constitucional por ella ejercida. En este sentido se puede consultar PIGNATELLI (2009), *Diritto di accesso vs. diritto di privacy: P.A. e casi di bilanciamento costituzionale*, en S. PANIZZA, R. ROMBOLI (coordinadores), *Temi e questioni di attualità costituzionale*.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

incompleto”<sup>44</sup> de la dimensión de los derechos constitucionales enunciados en abstracto y estáticamente “sin poder”.

## VI. Bibliografía

- AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012
- G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957
- G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004
- U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997
- G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974
- G. AZZARITI, *Alle origini della giustizia amministrativa italiana*, Milano, 1988
- G. AZZARITI, *Interpretazione sistematica della Costituzione, riparto delle giurisdizioni e vocazione espansiva dell’art. 102 Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2006
- V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966
- A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989
- A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, 1989
- V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- A. BARBERA, *art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1975
- P. BARILE, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1972
- P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007
- G. BERTI, *art. 113 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1987, 85 ss.;
- R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

---

<sup>44</sup> De “incompletezza costituzionale” habla BALDINI en *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, recuperado de [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 1, hace referencia a una decisión del juez administrativo alemán (Urteil des BverwGE, 24.12.1954 BverwG, 1, 303).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

- L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)
- V. CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1971
- V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989
- P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956
- M. CAMMELLI, *Ricordo di Andrea*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 2006
- F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910
- E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959
- M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957
- R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990
- G. CARBONE, *art. 100 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994
- M. CARDUCCI, GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e Diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010
- P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002
- F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008
- F. CARINGELLA, *Voglia di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008
- F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008
- A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010,
- M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in [www.olir.it](http://www.olir.it)
- A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998
- V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004
- V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu)
- R. CHIEPPA, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

- L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini e attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010
- G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo* e P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997
- R. DI PACE, *Rapporto tra giurisdizioni. Il riparto della giurisdizione sui diritti fondamentali*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it)
- C. ESPOSITO, *Inesistenza o illegittima inesistenza di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico a cura di E. Vitale*, Roma-Bari, 2001
- R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)
- R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, 2012
- F. GASPARINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. Civ e prev.*, 2010
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993
- G. GIONFRIDA, *Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957
- R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. app.*, 2005
- G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altipiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro. it.*, 1952
- G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949
- G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912
- R. JUSO, *Sulla natura incidentale della eccezione di incostituzionalità di una legge*, in *Foro amm.*, 1957
- R. LASCHENA, *L'evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1999
- G. LAURICELLA, *L'“incostituzionalità” dell'atto amministrativo*, Milano, 1999
- C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

- F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963
- A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985
- N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Gius. Civ.*, 1963
- M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006
- M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002
- C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'Amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997
- C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Dir. pubbl.*, 2006
- B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 2003
- N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario della politica*, Torino, 1976
- C.H. MCILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956
- M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo, profili costituzionali*, Milano, 2009
- F. MERUSI, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2011
- F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- F
- F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, Milano, 2002
- G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944
- D. MONTINARO, *Gli atti amministrativi applicativi di norme incostituzionali*, in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it)
- C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940
- C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1976
- A. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 241/2010*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2010
- F. NEGLIA, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001
- M. NIGRO, *Introduzione, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

- M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo?*, *Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1988
- V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967
- V. ONIDA, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986
- V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952
- V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, Torino, 1897-1902
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992
- A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, 2008
- L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965
- L. PALADIN, *Problemi e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, 1979
- S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000
- G. PASTORI, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in V. PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico*, Milano, 1999
- F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incompressibili*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012
- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, Torino, 2004
- N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008
- N. PIGNATELLI, *Diritto di accesso vs. diritto di privacy: P.A. e casi di bilanciamento costituzionale*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009
- N. PIGNATELLI, *Sulla sensibilità costituzionale del giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, C. PINELLI, *art. 97 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994
- A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962
- A. PIZZORUSSO, *art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

- A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998
- A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011
- S. PUDDU, *La tutela (effettiva) dei diritti fondamentali nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Torino, 2012
- O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti, La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992
- G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006
- A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., Bologna, 2001
- S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900
- R. ROMBOLI, *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1981
- R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione*, in *Giur. cost.*, 1992
- R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, 2° aggiornamento, Milano, 2000
- R. ROMBOLI, *Il giudice precostituito per legge fra diritto del cittadino e tutela della indipendenza interna della magistratura*, in *Foro it.*, 2009
- M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: Il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.*, 1961
- SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947
- F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989
- F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990
- M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011
- S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

A. TAGLIENTI, *La giurisdizione amministrativa nella prospettiva della riforma costituzionale: l'attività consultiva, i lavori della bicamerale, il pubblico ministero*, in *Cons. St.*, 1997, 1503 ss.

A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 2006

M. TROZZO, *I diritti indegradabili, evoluzioni e recenti tendenze*, in *www.diritto.it*

G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1958

D. ZOLO, *Nuovi Diritti e globalizzazione*, in *www.treccani.it*;