

Francisco J. Bastida

---

**ALESSANDRO PACE,  
LA COSTITUZIONE E LO STATO DI  
DIRITTO COME SOLIDA DIFESA**

---

Estratto



**GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

# RECENSIONI

---

## ALESSANDRO PACE, LA COSTITUZIONE E LO STATO DI DIRITTO COME SOLIDA DIFESA (\*)

INDICE: 1. Una breve semblanza de una larga vida académica y profesional. — 2. La Constitución. Interpretación y reforma. — 3. La justicia constitucional, el legislador y la ley. — 4. Libertades y derechos constitucionales. — 5. Inmunidad política y orden público constitucional. Libertad y seguridad. — 6. El derecho de la Unión Europea y el diálogo entre tribunales. — 7. La búsqueda constitucional de la felicidad.

### 1. *Una breve semblanza de una larga vida académica y profesional.*

A finales de 2019 se publicó en dos volúmenes una escogida recopilación de la obra más reciente de Alessandro Pace bajo el título *Per la Costituzione. Scritti scelti* (\*\*) con excelente prólogo de su discípula Michela Manetti. Este doble libro se enmarca en la dilatada trayectoria académica, profesional como abogado y, en definitiva, vital de su autor.

Aunque Alessandro Pace es sobradamente conocido en Italia y también en España, quizá no lo sea tanto para las generaciones más jóvenes de profesores y, antes de entrar de lleno en el comentario a estos *Scritti*, quisiera aprovechar la ocasión para ponerlos en el contexto del autor y de su obra general, porque sólo así se podrá entenderen toda su dimensión el título de este pequeño homenaje a Alessandro Pace: *cuando la Constitución y el Estado de derecho encuentran sólida defensa*.

Pace nació en la ciudad medieval de Lanciano, famosa por el milagro que lleva su nombre. Estudió Derecho en Roma y desde 1968 fue docente de diversas universidades hasta llegar en 1980 a *La Sapienza*, la I Universidad de Roma, donde ejerció como profesor ordinario, primero en la Facultad de Ciencias Políticas y más tarde, hasta su jubilación, en la Facultad de Derecho. En la actualidad es profesor emérito de dicha Universidad.

Alessandro Pace es discípulo de Carlo Esposito y de Vezio Crisafulli. De ellos aprendió el rigor en el estudio de la Constitución, que queda reflejado en su dilatada obra académica y muy en particular en la obra de madurez que se ofrece en estos dos volúmenes. No es casualidad que algunos de los

---

(\*) ALESSANDRO PACE, *Cuando la Constitución y el Estado de derecho encuentran sólida defensa*.

(\*\*) ALESSANDRO PACE, *Per la Costituzione. Scritti scelti*, Vol. I y II, prólogo de MICHELA MANETTI, Editoriale Scientifica, Nápoles 2019.

trabajos incluidos en ellos tengan por objeto el legado de tan eminentes juristas. Tampoco lo es que los diversos estudios que se aúnan en este doble libro sigan teniendo estrecha relación con los tres grandes temas que sirven de hilo conductor de su prolífica obra de más de trescientas publicaciones: la Constitución y su reforma, las libertades públicas y los límites al poder, lo que concuerda perfectamente con su espíritu de demócrata liberal.

Pace ha mostrado siempre una enorme capacidad de trabajo y liderazgo, puesta de manifiesto dentro de la vida académica en su magisterio en la formación de nuevos profesores, en su prolongada dirección de esta Revista científica *Giurisprudenza Costituzionale* o en la fundación de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, de la que además fue Presidente entre 2006 y 2009. No hay mejor reconocimiento académico que el que otorgan los compañeros de profesión y los tres volúmenes de los *Scritti in onore di Alessandro Pace* y el entrañable acto de su presentación en la Universidad de Roma en 2012 dan fe de ello. Un reconocimiento que es también de universidades españolas y singularmente de la Universidad de Oviedo, en la que fue nombrado en 2017 doctor *honoris causa*. Pace es también un prestigioso abogado, que no sólo ha sabido compatibilizar la vida académica con su despacho profesional, sino que ha combinado como pocos sus conocimientos y estudios científicos con su actividad en el foro y, de manera singular, ante la Corte Constitucional. Como el mismo afirma en un artículo sobre su experiencia ante este alto tribunal, «discutir una causa ante la Corte Constitucional representa para un abogado que sea a la vez estudioso del derecho constitucional, lo máximo de las propias aspiraciones profesionales».

Su desbordante capacidad de trabajo y su espíritu cívico le han llevado, además, a participar en diversos frentes en defensa de la Constitución. Pace es un liberal, pero un liberal a fuer de ser demócrata, y eso significa que su lema no es el clásico *laissez faire, laissez passer*. No refugió su vida en la cátedra; tampoco en su exitoso despacho de abogado. Su alto concepto de lo público, del respeto a la Constitución y a las libertades en ella reconocidas le llevaron, a veces cual Quijote, a librar batallas contra el poder y, en algunos casos, ganarlas. En ese ámbito de confrontación destaca sobre manera un personaje, Silvio Berlusconi, polémico magnate de la televisión y varias veces Presidente del Consejo (de Ministros) y, más recientemente, Matteo Renzi, Presidente del Consejo entre 2014 y 2016.

Como queda dicho, una de sus líneas de trabajo es el estudio de las libertades públicas. Su concepción global sobre la materia quedó plasmada en sus dos volúmenes *Problematica delle libertà costituzionali*. En esa línea se enmarcan numerosas publicaciones suyas sobre muy diversos temas relacionados con los derechos individuales y sociales y sus garantías jurídicas. Pero, sin duda, su máximo empeño se ha centrado en el estudio de las libertades informativas. Muchos de esos trabajos están recopilados en su libro *Stampa, giornalismo e radiotelevisione*, publicado en 1983 y, más tarde, en 2006, coronó el tratamiento exhaustivo de esta materia con la voluminosa obra sobre la libertad de manifestación del pensamiento, en colaboración con Michela Manetti.

Dentro de esta vasta materia, ocupa un lugar destacado en el interés del profesor Pace el régimen jurídico de la radiotelevisión en Italia, al que ha dedicado muchos años y ha marcado su trayectoria profesional.

Cuando conocí al profesor Alessandro Pace en el ya lejano 1986 me llamó la atención que, siendo un liberal, justificase el monopolio público de la televisión y no concibiese la creación de emisoras de televisión como parte del derecho a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión. Su tesis era que cuando — bien por razones económicas, bien por razones tecnológicas — un derecho sólo puede ser ejercido por unos pocos, no es en realidad un derecho, sino un poder. No compartía yo ese criterio en términos jurídicos, pero *in situ* comprendí mejor su tesis. En aquel entonces un empresario de la construcción, Silvio Berlusconi, se dedicaba a comprar emisoras locales de televisión, lo cual en principio era lícito, pero las unía en su programación, de manera que a la misma hora todas emitían lo mismo. Las convertía de facto en una cadena de televisión privada de ámbito nacional, lo cual estaba prohibido. El profesor Pace captó desde el principio el peligro de que un solo particular dominase un medio de comunicación tan poderoso como era y sigue siendo la televisión y, sobre todo, tan relevante para la democracia, que necesita de una formación libre y plural de la opinión pública. De ahí que en sus estudios justificase la legitimidad constitucional de la radiotelevisión como servicio público y de ahí su crítica al fraude legal que suponía soslayar la normativa vigente para crear una furtiva televisión privada de ámbito nacional con un único emittente. Por aquel entonces al magnate Berlusconi se le conocía como *Sua Emittenza*.

Con ser grave, el problema no se circunscribía sólo al asunto televisivo; tenía unas ramificaciones legales y políticas que ponían en cuestión aún más la salud democrática de la República. Eso llevó al profesor Pace a la publicación de varios estudios sobre la potestad normativa del Gobierno y los decretos-leyes. Resulta que Silvio Berlusconi, amigo del Presidente del Consejo, Bettino Craxi, y financiador en la sombra de su partido, consiguió que éste aprobase un decreto-ley avalando sus irregulares operaciones televisivas, el conocido como *Decreto Berlusconi*. El parlamento no convirtió el decreto-ley en ley, por considerarlo inconstitucional, pero el gobierno de Craxi reiteró por dos veces más el mismo decreto-ley, empeñando incluso la confianza del Gobierno. Como es fácil suponer, estudiar la naturaleza del decreto-ley y los efectos de su no conversión en ley fue para el profesor Pace algo más que analizar una fuente del derecho; se estaba poniendo en cuestión la forma de gobierno y la supremacía de la Constitución.

Desde muy temprano también fue objeto de su atención el régimen parlamentario, estudiando, ya en 1973, algo que hoy es de gran actualidad como es el poder de investigación de las asambleas legislativas. Años más tarde, en 1996, abordó temas como la inelegibilidad, incompatibilidad y conflictos de intereses de los parlamentarios y de los órganos de gobierno, o las formas extrapenales de responsabilidad del Jefe del Estado. No fue casualidad la dedicación a estos asuntos. Dos años antes, 1994, Berlusconi

había decidido dar el salto a la política apoyándose en su imperio mediático de *Mediaset*, llegando a ser Presidente del Consejo en diversas ocasiones.

Las investigaciones judiciales sobre los negocios de Berlusconi abrieron ese otro frente de estudio, ya que, para eludir dicho control por los jueces, Berlusconi promovió varias leyes que garantizaban su inmunidad y la de sus ministros, entre otras, la ley Alfano. Así, Pace publica entre 2000 y 2008 trabajos, algunos de los cuales aparecen recopilados en estos dos volúmenes, sobre inmunidad política, jurisdicción y principios constitucionales, y un libro sobre los Límites del poder. A la vez, tuvo la oportunidad de representar como abogado a la fiscalía de Milán en un intento (frustrado) de defender ante la Corte Constitucional la ilegitimidad de la ley Alfano.

En 2011 publica en España un libro sobre *La inmunidad del poder en Italia*, en el que subraya que «es reductivo y equivocado reconducir a un pretendido “antiberlusconismo” el permanente debate jurídico sobre las inmunidades procesales del Presidente del Consejo, porque con otros nombres y otros protagonistas continuará la batalla cultural y política a favor de la igualdad de los ciudadanos». Y, en efecto, más tarde intervino también en un caso sobre un conflicto de atribuciones ante la Corte Constitucional entre la fiscalía de Palermo, a la que él representó, y la Presidencia de la República, a cuenta de unas grabaciones telefónicas a miembros de la mafia en las que de manera ocasional aparecía la voz del Presidente de la República, Giorgio Napolitano. La abogacía del Estado reclamó su inmediata destrucción, amparándose en una interpretación extensiva de la inmunidad presidencial, frente al criterio más restrictivo de Alessandro Pace, fundado en el principio de igualdad de todos ante la ley.

Por último, existe una dilatada línea de investigación del profesor Pace sobre la Constitución. En unos casos, se trata de estudios de teoría general, como los dedicados en 1995 a la rigidez constitucional y que son un tributo a la metodología de su maestro, Carlo Esposito. En otros casos, sus publicaciones sobre esta materia están más apegadas al hilo de las sucesivas reformas de la Constitución italiana, especialmente en lo referente a la organización territorial del Estado. También ocupó su atención la relación entre el Derecho Europeo y el ordenamiento jurídico italiano.

En los últimos años Alessandro Pace decidió, a sus más de ochenta años, echar a sus espaldas la defensa jurídica del NO al referéndum constitucional promovido por el Presidente del Consejo Matteo Renzi.

Junto con el ex presidente de la Corte Constitucional, Gustavo Zagrebelsky, Pace fue el representante del Comité de constitucionalistas por el NO y su entusiasmo contagió a otros colegas de su generación. De nuevo no se apuntó al dejar hacer, dejar pasar. Decía Günther Grass que «el deber de un ciudadano es mantener la boca abierta» y, ciertamente, con un coraje cívico admirable, emprendió junto con ellos una lucha en centros públicos y medios de comunicación, incluido internet, para explicar que la reforma subvertía el procedimiento de revisión constitucional y aminoraba la representación política y los controles democráticos sobre el Gobierno. Esta vez el Quijote

ganó. Exagerando un poco podría decirse que el triunfo del NO fue el segundo milagro de Lanciano.

Sirva, pues, esta exposición de la dilatada trayectoria académica, profesional y cívica del Pace para contextualizar estos dos volúmenes que ahora se recensionan, en los que se agrupan trabajos en su mayoría publicados en el presente siglo y escritos muchos de ellos como reflexión o respuesta a la repercusión jurídico-constitucional de acontecimientos relevantes de la política italiana.

## 2. *La Constitución. Interpretación y reforma.*

Los capítulos I y II tienen por objeto la teoría de la Constitución. Llama la atención que el primero se dedique directamente a la interpretación constitucional, pero en él se encierra toda una proclamación de principio sobre la concepción de la Constitución al postular lo que denomina método iuspositivista “atemperado”. El punto de partida es una concepción normativa de la Constitución, pero, siguiendo la distinción de Bobbio entre tres tipos de positivismo — ideológico, teórico y metodológico — se adhiere a este último, para así hacer relevante en la interpretación de la norma la realidad social, como hizo su maestro C. Esposito (positivismo realista) y el sistema de valores que se considera implícito en la Constitución. Este rechazo de una concepción estrictamente positivista de la Constitución, esta versión atemperada por la realidad y los valores del constitucionalismo mantiene un difícil equilibrio, porque fácilmente puede aplicarse para amparar una jurisprudencia de intereses o de valores que sirva de pretexto al intérprete para desligarse del texto constitucional. Cuando ello sucede, los teóricos de este positivismo atemperado, como A. Pace, o en España Rubio Llorente, reclaman la tierra firme del texto constitucional y de su deber ser.

El capítulo II, sobre la revisión constitucional, contiene una especial referencia al caso italiano y su penúltimo intento de reforma (promovida por Renzi-Boschi), pero incorpora sobre todo un trabajo en el que Pace sintetiza su particular teoría sobre la reforma constitucional. Su punto de partida es que la rigidez constitucional no deriva de la existencia de un especial procedimiento de reforma de la Constitución, sino de la cualidad de la Constitución como norma jurídica suprema. Esto le lleva a afirmar que en los procedimientos de reforma constitucional mediante «leyes de revisión constitucional» como las previstas en el art. 138 de la Constitución italiana, estas leyes no pueden ser de “ruptura” constitucional, sino sólo de “desarrollo y articulación” y, de aceptar su posible existencia, sólo podrían tener un carácter provisional, temporal o puntual. Esta concepción hunde sus raíces en la conocida distinción de C. Schmitt entre Constitución y leyes constitucionales, y que en la actualidad tiene gran predicamento en la doctrina jurisprudencial sobre la “estructura básica” de la Constitución, iniciada por la Corte Suprema de India y ampliamente argumentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana o checa y en recientes análisis teóricos de autores como Y. Roznay, R. Albert o C. Bernal. Dicha doctrina se basa en la distinción entre “reforma” y “sustitución” constitucionales para negar

validez a reformas formalmente constitucionales que sean materialmente inconstitucionales por vulnerar alguno de los elementos identitarios de la Constitución.

En coherencia con su concepción de la supremacía sustancial de la Constitución y en relación con la revisión constitucional sostiene otras tesis no exenta de polémica y que consiste en afirmar la inderogabilidad de las normas que regulan la reforma constitucional, algo muy de actualidad en España por el debate sobre cómo suprimir el extremadamente rígido procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 168 de nuestra Constitución. Concluye este trabajo apuntando la idea, ya elaborada por Pace en estudios precedentes, de la necesaria homogeneidad de las leyes de revisión constitucional, que se erigió en uno de los argumentos centrales en la crítica a la reforma constitucional (Renzi-Boschi). El fundamento no reside sólo en la obligada sistematicidad jurídica de la reforma, sino también en el imperativo democrático derivado de la Constitución. No se puede someter a una decisión global y única en referéndum la aprobación de reformas parciales de la Constitución que carezcan de un contenido homogéneo. La importancia del tema dio pie a nuestro autor a renovar su análisis en un específico artículo *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali* publicado en este mismo capítulo y en el que aborda también el asunto de si, en el supuesto de plantearse una reforma constitucional de contenido no homogéneo, debería convocarse un referéndum de estructura múltiple, para que los ciudadanos se pronuncien por separado sobre cada una de las partes objeto de reforma. La respuesta es afirmativa.

### 3. *La justicia constitucional, el legislador y la ley.*

En el capítulo III, dedicado a la ineficacia de las leyes inconstitucionales, destaca su consideración de que la ley inconstitucional es “existente”, en cuanto ha gozado previamente de la presunción de legitimidad, pero “nula” en cuanto contraria a la Constitución. Pace insiste en la necesidad de mantener este concepto que anuda nulidad con existencia, no para argumentar la anulabilidad de las leyes inconstitucionales, sino para lo contrario; para afirmar que la nulidad nunca puede erradicar el hecho de la existencia de la norma; su eficacia mientras no sea declarada nula. Lejos de ser una disquisición inoperante o una (aparente) identificación entre nulidad y anulabilidad, el profesor de Roma extrae una sorprendente conclusión. Pese a ser nula de pleno derecho, la ley inconstitucional ha sido eficaz mientras mantuvo su presunción de legitimidad y de ahí cabe deducir la posible existencia de responsabilidad por una culposa aplicación de leyes que ya tenían la apariencia de inconstitucionales antes de la declaración de su nulidad por la Corte Constitucional. No extiende la culpa al ciudadano de a pie, pero sí a entes públicos e incluso a personas jurídicas privadas que, a sabiendas del posible daño que pudiera ocasionar la aplicación de la ley constitucionalmente controvertida, la ejecutan, y, *a posteriori*, la ley, como razonablemente se preveía, es declarada inconstitucional y es constatado el daño que previsiblemente se iba a producir. Se comprende la finalidad

perseguida, pero quizá esta vía argumental no sea la más acertada, porque es difícil sostener, como hace siguiendo a Esposito, que, si bien el ordenamiento jamás llega a imponer la desobediencia ante leyes inconstitucionales, «es verdad que tampoco impone en (estos casos) la obediencia».

El capítulo IV recoge seis trabajos sobre justicia constitucional. Especial interés ofrece el que se centra en los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y su alcance retroactivo, asunto que ya aparece tratado también en el anterior capítulo. Pace critica lo que a su juicio es una delimitación arbitraria de tales efectos, que es perjudicial para situaciones y relaciones que están *sub iudice* y que también daña la autoridad de la Corte ante los tribunales ordinarios.

Uno de los temas recurrentes en la obra de nuestro autor es el de los conflictos entre poderes del Estado y aquí analiza los instrumentos que tiene a su disposición la Corte para resolverlos. Al tratarse de conflictos con evidente trasfondo político, la Corte debe ceñirse en su análisis y resolución al terreno jurídico constitucional, sin apartarse de lo que Pace denomina el “tono” constitucional. Reconoce que el asunto es complejo, porque en la decisión juegan un papel determinante no sólo la Constitución, las leyes y los reglamentos, sino también la praxis y la costumbre. Para mantener ese tono Pace propone ir en una dirección contraria a la de la Corte, esto es, señala la necesidad de ampliar la legitimación procesal para que puedan intervenir junto a la representación de los poderes en conflicto no sólo los órganos del vértice de esos poderes, sino también los órganos menores o inferiores cuya actuación haya sido relevante en la provocación del conflicto. Correspondería a la Corte la selección de qué órganos en cada caso concreto podrían intervenir en el proceso conflictual.

El capítulo V, bajo el llamativo título de *El legislador caprichoso* comenta la función y las competencias del legislador al abrigo de una de las cualidades del ordenamiento jurídico constitucional, que es su positividad, es decir, la capacidad para legislar hacia el futuro o hacia el pasado y, por tanto, el problema que representa tanto la retroactividad de las normas como la desvinculación del legislador de sus decisiones anteriores. Para nuestro autor esa positividad no es tan radical, porque el legislador debe sentirse ligado por las expectativas creadas. Según él, el fundamento de la legítima confianza en las normas no está en la razonabilidad intrínseca de la norma posterior, sino en las autovinculaciones creadas por la norma anterior. Esto pone sobre la mesa un asunto de extraordinaria importancia constitucional y es hasta dónde llega la libertad del legislador, pero también hasta dónde llega la facultad de la Corte y en general de los jueces para recortar esa discrecionalidad. ¿Cuándo el ejercicio de la libertad del legislador se convierte en un capricho intolerable constitucionalmente? La responsabilidad del legislador se amplía cada vez más y es necesario que así sea, sobre todo cuando crea expectativas que se frustran por un inesperado cambio legal. Esto es lo que se estudia en el artículo sobre *Leggi di incentivazione e vincoli su futuro legislatore*. Pero, igualmente, es preciso plantear si al legislador, representante directo de la ciudadanía, puede

exigirle la Corte razonabilidad en sus decisiones y, sobre todo, ponderación y proporcionalidad en sus leyes, porque se corre el riesgo de que huyendo de un supuesto capricho del legislador se caiga en el capricho de la Corte, peligro que también observa nuestro autor.

#### 4. *Libertades y derechos constitucionales.*

Como se ha dicho antes, una de las grandes ocupaciones de Pace ha sido el estudio de las libertades constitucionales y en especial de las libertades de expresión e información, que tienen su reflejo respectivamente en los capítulos VI y VII de esta obra, pero también en el IX, sobre seguridad y orden público y en el X, sobre el secreto de Estado. El capítulo VI da continuidad a sus estudios de teoría general de las libertades constitucionales, tanto en lo que respecta a la titularidad de derechos constitucionales como a la variedad estructural y a los modelos de los mismos. No deja de sorprender la polémica sobre si en la Constitución italiana hay derechos fundamentales. Pace esgrime su lado más iuspositivista para afirmar que no hay en Italia más derechos fundamentales que los derechos constitucionalmente previstos. Introducir los derechos fundamentales como una categoría nueva a partir de la mención constitucional a los derechos inviolables de la persona abre la vía para una incorporación extra constitucional de nuevos derechos, la jerarquización entre derechos, un cambio en el parámetro de constitucionalidad de las leyes y la transformación de los derechos en valores, con olvido o postergación del contenido normativo de los enunciados constitucionales. Coincido en este planteamiento, porque siempre he pensado que más derechos no siempre significa una mejor tutela de las personas. Por el contrario, suele suceder que en materia de derechos más es menos. Más libertad de expresión es menos derecho al honor; más libertad de información es menos derecho a la intimidad; más libertad de reunión y manifestación es menos libertad de circulación y viceversa. No obstante, habría que matizar que existe la posibilidad de ampliar los derechos constitucionales a través de la integración del Estado en organismos supranacionales o con la firma de convenios internacionales en materia de derechos. No es que se integren directamente esos derechos en el plano de los derechos constitucionales, pero por vía de interpretación vinculante de tribunales supranacionales, los derechos constitucionales renuevan y actualizan su contenido.

Aunque los estudios del capítulo VI se centran en los derechos de libertad, no desatienden el de los derechos sociales o de otros más novedosos como los derechos de los consumidores. A este respecto, nuestro autor es crítico con los que propugnan una autonomía del derecho de los consumidores. Para él estos derechos no presentan características distintas de las ya existentes en la Constitución para el común de los derechos y carece de utilidad sistemática o clasificatoria considerar que constituyen una nueva generación de derechos. La desigual posición en la que se encuentra el consumidor con el productor de bienes de consumo se solventa con la aplicación de categorías ya existentes, como las obligaciones de prestación y responsabilidad, sean ya de información ya de garantía.

También examina un derecho concreto de especial relevancia como es el derecho a la educación y, sobre todo, su objeto y contenido en tiempos de crisis. Así, estudia qué alcance puede tener la gratuidad de la enseñanza obligatoria y si comprende no sólo la prestación nuclear del servicio público de la enseñanza, sino también la de instrumentos accesorios como libros de texto, material escolar y medios de transporte. Desde el punto de vista del derecho subjetivo a la prestación, no deja de sorprender la amplitud que Pace da a su objeto. Considera que sería judicialmente exigible no sólo la prestación sustancial del servicio público, sino también la instrumental, tanto directa (libros, material escolar), como indirecta (transporte y funcionalidad de los locales, incluida la calefacción). En lo que respecta a la enseñanza privada, entiende que la posición del Estado es diferente a la de la escuela pública. Ante ésta, los poderes públicos tienen la *obligación* de mantener su existencia; sobre la escuela privada tienen la *facultad* de ayudar a su sostenimiento y siempre condicionada a la disponibilidad económica.

El capítulo VII está íntegramente dedicado a la libertad de información en sus múltiples facetas, como derecho subjetivo y como valor para una sociedad democrática, como libertad sustancial y como libertad instrumental, como derecho activo a informar y como pasivo a ser informado. Consiste en un compendio de lo ya intensamente publicado por el autor, cuya lectura es imprescindible tanto para conocer el tratamiento jurídico de la libertad de información en Italia, como la autorizada visión del mismo, una de las máximas autoridades en la materia.

Sin duda, de los artículos agrupados en este capítulo llama la atención su trabajo sobre el derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*, porque, siendo un tema de gran actualidad, está escrito en 1995. Sostiene que el derecho a la propia imagen, sin estar explícitamente recogido en la Constitución italiana, goza de protección constitucional. Es discutible su afirmación de que no hay un derecho a oponerse a ser fotografiado salvo que así lo disponga una ley. A mi juicio este derecho existe y quizá habría que matizar si la captación se hace en un espacio público o privado. Lo que sí sostiene es que no hay un derecho *a su difusión* sin consentimiento del fotografiado, lo cual hoy en día necesariamente hay que enlazarlo con el derecho a la protección de datos. Por último, propone que el evidente desequilibrio que existe entre la posición de los medios de comunicación y los particulares que ven utilizada su imagen debe solventarse mediante dos vías. Una es la legislativa, estableciendo límites y condiciones a los medios de comunicación para la captación y difusión de imágenes personales, ya que, de lo contrario, queda en manos de los tribunales hacer para bien o para mal una ponderación de los bienes en juego. La otra es la vía judicial del resarcimiento de la ilegítima invasión de la imagen o la privacidad de las personas mediante sanciones civiles ejemplares (daños punitivos).

##### 5. *Inmunidad política y orden público constitucional. Libertad y seguridad.*

El capítulo VIII alberga tres estudios sobre la inmunidad política y la

ausencia de control parlamentario, que se escriben al calor de diferentes acontecimientos políticos de la época, y que ponen de manifiesto cómo el poder, sea la Presidencia de la República, del Consejo de Ministros o del Parlamento, busca la aprobación de instrumentos legales o por vía interpretativa para evadirse del control judicial derivado del Estado democrático de derecho. Pace, crítico con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, vincula supremacía constitucional, democracia, responsabilidad política y principio de igualdad para fundamentar el carácter restrictivo que debe tener la inmunidad. De lo contrario lo que aparece como institución garantista, como una prerrogativa del órgano para mejor servicio de su función, se convierte en ilegítimo privilegio con la finalidad de proteger los intereses propios de la persona y ajenos al alto cargo que ocupa.

El capítulo IX pone de manifiesto el interés de Pace por visitar su obra ya escrita y reflexionar sobre ella con el paso del tiempo y a la luz de los nuevos tiempos y las nuevas doctrinas. En este caso rescata un artículo de 1963 sobre *El concepto de orden público en la Constitución italiana* e incluye otro de 2013 con el significativo título de *Libertad y seguridad. Cincuenta años después*.

Pace diferencia entre orden público y orden público constitucional, entendido éste como conjunto de principios deducidos de la Constitución. Para él este orden público constitucional no opera como límite de los derechos y no puede sobreponerse a los concretos límites ya establecidos para cada derecho. Para nuestro autor, el orden público a secas es el que puede actuar como límite del ejercicio de los derechos, es un concepto referible a una realidad material, física o sociológica, la simple ausencia de desorden en las calles, la paz social. Frente a este concepto *material* existe lo que denomina un concepto *ideal* de orden público (equivalente al orden público constitucional). La pretensión de imponer este orden público ideal como límite a los derechos, lejos de ser un límite externo y concreto, identificado con el orden en la calle, adquiere una omnipresencia como límite genérico a las situaciones jurídicas, o sea, se erige en punto de partida para funcionalizar los derechos, condicionando su contenido y el modo de su ejercicio. Para Pace un ordenamiento democrático liberal como el italiano carece de dogmas o de principios ineliminables o eternos y, por tanto, no existe un orden público constitucional que ejerza esa función general limitadora o, quizá mejor, delimitadora de los derechos. Las consecuencias son importantes, no sólo en la interpretación de en qué consiste el orden público, sino también en el ámbito competencial, como pone de relieve el profesor de Roma. Sólo observa en la Constitución italiana una aplicación de ese orden público ideal en la regulación de la actividad económica, en cuanto dirigida a alcanzar metas de utilidad social y superar las desigualdades.

Sin embargo, esta neta diferenciación entre orden público material, propio de una democracia procedimental, y un orden público ideal, propio de una democracia militante se difumina en la actualidad. En parte, así lo reconoce Pace en la revisión de sus tesis cincuenta años después, viendo los nuevos paradigmas surgidos tras los trágicos sucesos de 11 de septiembre de

2001. Aunque su artículo de 2013 se centra en el llamado derecho a la seguridad pública, cuya existencia niega como derecho subjetivo prestacional, sus reflexiones derivan hacia el problema de cómo los ordenamientos liberal democráticos tienden a proveerse de manera subrepticia de mecanismo de democracia militante, o sea, a cómo el orden público material se tiñe cada vez más de orden público ideal. Esto es lo que sucede hoy con un nuevo concepto de orden público constitucional como orden público “inmaterial”, concepto acuñado en Francia para referirse a unas exigencias mínimas de la vida en sociedad y con la finalidad de justificar la prohibición del uso en público del burka. Para Pace todo lo que no sea identificar el orden público con el orden en la calle muestra una tendencia a imponer un orden público ideal (o sea, inmaterial). Concluye que un ordenamiento liberal democrático se identifica con un concepto material de orden público y, por tanto, no puede recibir tal calificación el ordenamiento que, aunque de forma enmascarada, no tolere el disenso.

El capítulo X reúne dos trabajos sobre el secreto de Estado, tema que enlaza con el del anterior capítulo, ya que en nombre de la seguridad nacional se intenta cada vez más ampliar el concepto de secreto de Estado, amparando situaciones difícilmente compatibles con el Estado de derecho. Consecuente con su concepción liberal de la democracia constitucional, nuestro autor considera como principio básico de la actuación del Estado la publicidad y por tanto el secreto debe ser la excepción y ha de estar justificado, máxime si están en juego derechos constitucionales. Además, debe delimitarse qué se entiende por “hechos subversivos del orden constitucional” y, en todo caso, su conocimiento no debe ser sustraído u obstaculizado en la adquisición de pruebas en el proceso penal.

#### 6. *El derecho de la Unión Europea y el diálogo entre tribunales.*

El Capítulo XI acoge tres artículos sobre la Unión Europea. En el más antiguo, publicado en 2002, reflexiona sobre el proceso constituyente de la Unión Europea y sobre la posibilidad de que un ordenamiento parcial como el europeo puede tener una auténtica constitución. Además de carecer de una constitución formal, desde el punto de vista material sólo tiene, a su juicio, una constitución en sentido descriptivo.

En el comentario a la sentencia *Commissione-Repubblica italiana* de 2011, destaca el cambio que supone la primacía del Derecho de la Unión y la novedad de la responsabilidad no sólo del Estado legislador por la actividad legislativa contraria al ordenamiento europeo, sino también del Estado-Juez. Frente a los escépticos en esta materia, concluye que los errores cometidos en la interpretación judicial de normas del Derecho europeo pueden dar lugar a responsabilidad civil del Estado.

En la revisión veinte años después de las consecuencias de la sentencia *Granital* (1991) de la Corte Constitucional, Pace critica la autoexclusión de la Corte del diálogo que se entabla entre los jueces nacionales, que deben aplicar directamente y con primacía el Derecho europeo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pace considera que salvo que se trate de normas europeas completas e inmediatamente aplicables, siempre ha de

estar abierta la posibilidad de que el juez ordinario acuda a la Corte Constitucional para denunciar leyes dirigidas a impedir o a dificultar la observancia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión. Igualmente apunta que sería de interés la intervención de la Corte en la resolución de conflictos de atribuciones entre poderes por causa de la aplicación del Derecho Europeo.

7. *La búsqueda constitucional de la felicidad*

El último capítulo tiene un contenido diverso, dedicado a ensalzar la figura de dos maestros de constitucionalistas, uno, Carlo Esposito, al igual que sucede en el primer capítulo, y el otro Leopoldo Elia. Pero, sin duda, llama la atención su último trabajo del volumen II y que es, además, su último ensayo, cuyo objeto es una amplia síntesis historiográfica de la idea de la felicidad entre dos concepciones opuestas, la de Jefferson y la de Rosbespierre, la felicidad individual y la felicidad colectiva. Más allá del contenido de este precioso viaje por las distintas maneras de comprender la búsqueda de la felicidad y su plasmación jurídica, sobrecoje saber que el estudio sobre la felicidad lo haya escrito en un momento de profunda tristeza por el reciente fallecimiento de su esposa, Loretta, magnífica persona a la que le dedica el trabajo.

En suma, estamos ante dos volúmenes imprescindibles para un estudio del Derecho constitucional y que son demostración de la grandeza intelectual y jurídica de su autor.

FRANCISCO J. BASTIDA