SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN STUDI
SULL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Real Colegio de España

RED INTERNACIONAL DE BIENES PÚBLICOS

Jornadas Boloñesas de la Red Internacional de Bienes Públicos

Bolonia 5, 6 y 7 junio de 2019

COMITÉ HONORIFICO

prof.ra dr. doña **Carla Barbati**, Presidente de la Asociación Italiana de los Profesores de Derecho Administrativo (AIPDA)

prof. dr. don **Giuseppe Caia**, Director de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), Universidad de Bolonia

prof. dr. don **Michele Caianiello**, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia

prof. dr. don **Marco Dugato**, Coordinador del Laboratorio de la Investigación de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública, Universidad de Bolonia

prof. dr. don **Juan J. Gutiérrez Alonso**, Rector del Real Colegio de España de Bolonia

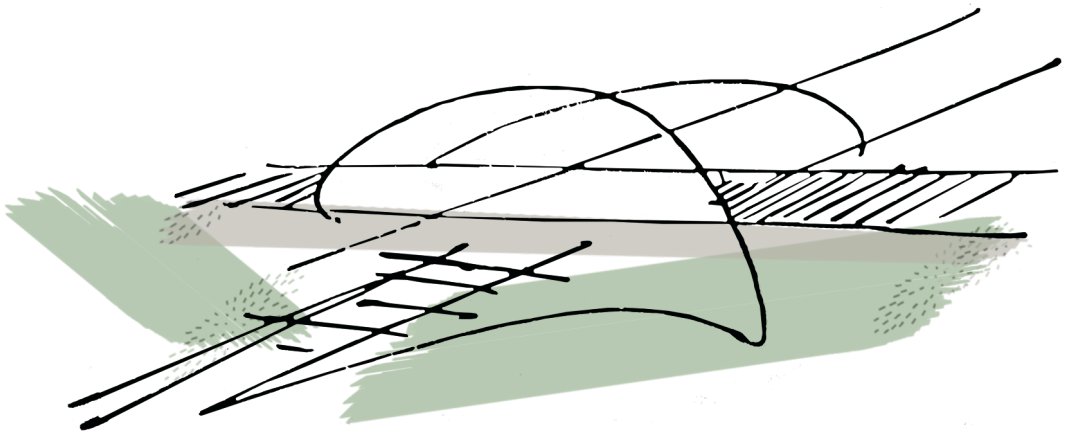
prof. dr. don **Fernando López Ramón**, Presidente de la Red Internacional de Bienes Públicos y Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)

prof. dr. don **Giuseppe Piperata**, Presidente del Comité para la organización de las Jornadas Boloñesas de la Red Internacional de Bienes Públicos

RED INTERNACIONAL DE BIENES PÚBLICOS

VII CONGRESO ANUAL

INFRAESTRUCTURAS Y DERECHOS



La RIBP y el encuentro anual en Bolonia

En el año 2013, por iniciativa del profesor Fernando López Ramón, fue creada la RIBP (Red Internacional de Bienes Públicos) una red informal entre universidades europeas y latinoamericanas para el estudio del derecho de los bienes públicos. A la Red se han sumado, ya desde su primer encuentro, varios juristas boloñeses que participan en las actividades de enseñanza e investigación de la Escuela de Especialización en Estudios de Administración Pública (SPISA) de la Universidad de Bolonia.

Actualmente, forman parte de la RIBP juristas de más de veinte universidades, pertenecientes a más de diez naciones. Entre ellos: Fernando López Ramón, José Luis Bermejo Latre, Gerardo García Álvarez, Carmen de Guerrero Manso y Elisa Moreu Carbonnel (España); Giuseppe Piperata e Valentina Giomi (Italia); Olivier Lecucq y Hubert Alcaraz (Francia); Ignacio de la Riva y Alfonso Buteler (Argentina); Augusto Durán Martínez, Rodrigo Ferrés, Graciela Ruocco y Pablo Schiavi (Uruguay); Alejandro Vergara Blanco (Chile); Jorge Danós, Ramón Huapaya y Orlando Vignolo (Perú); Víctor R. Hernández-Mendible y Miguel Ángel Torrealba Sánchez (Venezuela); Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero (Colombia); André Saddy y P.C. Saavedra (Brasil); E. Jinesta (Costa Rica); M. A. López Olvera (México); entre otros.

Desde el 2013, cada año, la Red ha celebrado un congreso en uno de los países a los que pertenecen sus miembros, profundizando sobre un tema específico del derecho de los bienes públicos. Estos han sido las reuniones: en el 2013 en España, en la Universidad de Zaragoza; en el 2014 en Chile, en la Universidad de Chile; en el 2015 en Perú, en la Universidad de Arequipa; en el 2016 en Colombia, en la Universidad de Externado de Bogotá; en el 2017, en Argentina en la Universidad Católica de Buenos Aires; en el 2018 en Francia, en la Université de Pau. En cada una de las reuniones los actos han sido recopilados y publicados.

La Red se concibe como una estructura informal y ligera de investigación y colaboración entre académicos de diferentes naciones que se ocupan del derecho de los bienes públicos. Actualmente tiene un presidente honorario (Fernando López Ramón) y dos coordinadores operativos (Gerardo García Álvarez, para Europa, y Julián Pimiento Echeverri, para Latinoamérica). Además de alentar la discusión científica entre sus miembros, la tarea principal es organizar una reunión anual dedicada a un tema actual del derecho de los bienes públicos. Cada año, de hecho, una de las delegaciones nacionales se ofrece para organizar el Congreso y recibir a los participantes de la Red, que vienen de los distintos países miembros.

Para la reunión anual del 2019, que se dedicará al derecho de la infraestructura, la sede será Bolonia. La reunión se celebrará los días 5, 6 y 7 de junio, en la SPISA de la Universidad de Bolonia y en el Real Colegio de España.

Coordinación organizacional: Giuseppe Piperata - Tommaso Bonetti - Marcos Almeida - Gabriele Torelli - Giovanni Mulazzani - Cecilia Sereni Lucarelli - Enrico Guarnieri - Camilo Perdomo Villamil - Klaudia Kurcani.

Apoyo organizativo congresual: Luca Abbondanza - Alessandra Carrozzo - Angela Fabiani - Marco Conforti Donati - Evita Vitale.

Responsable organizativo CRIFSP – SPISA: Pierluigi Puccetti

LAS SEDES

EL REAL COLEGIO DE ESPAÑA DE BOLONIA

El Real Colegio de España en Bolonia fue fundado por el cardenal Gil de Albornoz en 1364 con el fin de acoger a jóvenes españoles para que estudiaran en la Universidad de Bolonia, la más antigua del mundo. Seis siglos y medio después, el Real Colegio de España sigue ofreciendo becas a brillantes universitarios españoles, seleccionados a través de un riguroso concurso nacional de méritos, para que realicen sus estudios de Doctorado Europeo de Investigación en el *Alma Mater Studiorum*. Constituye el único testimonio vivo en la Europa continental de los antiguos colegios medievales y se sigue manteniendo como institución privada sin recibir subvenciones públicas de ningún tipo.

Erigido en un palacio único situado en el centro de la ciudad de Bolonia, es además una institución de referencia en actividades académicas y culturales: desde seminarios y congresos universitarios a conciertos de música y eventos sociales.

Los beneficiarios de estas becas son conocidos en España como «bolonios», quienes siempre se han caracterizado por mantener un nivel constante de excelencia. Entre los colegiales se cuentan ilustres juristas, filólogos, médicos, científicos y humanistas que continúan desempeñando un papel principal en la vida intelectual, académica, política y científica española e internacional.

Reale Collegio di Spagna, Via Collegio di Spagna, 4, Bologna - www.realecollegiospagna.it

ESCUELA DE ESPECIALIZACIÓN EN ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (SPISA)

UNIVERSIDAD DE BOLONIA

Por medio del d.P.R. n. 956 del 21 de septiembre de 1955, se instituyó el Curso de Especialización en ciencias administrativas, después transformado en un curso de dos años, con la denominación de Escuela, a través del d.P.R. n. 938 del 2 de septiembre de 1957.

La Escuela adquiere la denominación actual a través del decreto de la rectoría n. 304/322 del 25 de agosto de 1998.

Además del Curso de especialización, de dos años de duración, (que se organiza y se desarrolla de conformidad con el d.P.C.M. n. 80 del 27 de abril de 2018) en la Escuela también se imparten programas de Maestría, Cursos de Alta Formación y cursos breves de actualización.

La Escuela es un lugar de investigación académica, es sede de Congresos científicos y en ella se encuentra activo el Laboratorio de la investigación. Además, asisten periódicamente *Visiting Scholars* y *Professors*.

Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA) – Via Belmeloro 10, Bologna – www.spisa.unibo.it

PROGRAMA

I^A JORNADA

6 DE JUNIO DE 2019

REAL COLEGIO DE ESPAÑA

INFRAESTRUCTURAS Y DERECHOS
VII CONGRESO ANUAL DE LA RIBP

9.00 – 9.15 *Apertura de las Jornadas Boloñesas de la Red Internacional de Bienes Públicos*
- Juan J. Gutiérrez Alonso, Rector del Real Colegio de España de Bolonia
- Fabio A. Roversi Monaco, Emerito de la Universidad de Bolonia - Magnifico Rector de la Universidad de Bolonia en el IX Centenario de la Alma Mater Studiorum

Saludos
- Giuseppe Caia, Director de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), Universidad de Bolonia
- Michele Caianiello, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia
- Luciano Vandelli, profesor de la Universidad de Bolonia y de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), Universidad de Bolonia

Inicio de las labores de la mañana
Presiden Gerardo García Álvarez y Julián Pimiento Echeverri, Coordinadores de la RIBP

9. 15 – 9.45 *Introducción general del tema*, Giuseppe Piperata
9.45 – 11.30 *Informes de las delegaciones nacionales*
- Argentina
- Brasil
- Chile
- Colombia

11.30 Pausa

12.00 – 13.30 *Informes de las delegaciones nacionales*
- Francia
- Italia
- Portugal

13.30 Buffet

Inicio de las labores de la tarde
Preside Tommaso Bonetti, Universidad de Bolonia

15.00 – 18.00 *Informes de las delegaciones nacionales*
- Perú
- España
- Uruguay
- Venezuela

18.00 *Cierre, fijación del tema y de la sede de la próxima reunión de la RIBP*, Fernando López Ramón

LOS TEMAS DEL CONGRESO

El tema de la infraestructura se ubica, hoy con más fuerza, al centro del debate público. Las razones son obvias, considerando que las infraestructuras tienen una importancia económica considerable, son un factor decisivo y estratégico en el desarrollo y crecimiento de cada país y, además, tienen importantes repercusiones sociales y ambientales.

Por lo tanto, la promoción de una política infraestructural es decisiva para garantizar las condiciones mínimas de ejercicio de algunas libertades individuales, favorecer la economía, fortalecer la cohesión socio-económica de los territorios y, además, compensar también las asimetrías ligadas al desarrollo de los Estados, en procura de una economía abierta y de una sociedad integrada. En paralelo, esta política debe considerar atentamente los obstáculos de tipo ambiental y social que a menudo disminuyen la velocidad o incluso impiden su realización.

A las administraciones públicas se les atribuye un papel nada fácil en relación con las infraestructuras requeridas, en efecto, estas deben, primero, decidir en qué territorios se ubicarán, luego, recabar los recursos para financiarlas para, después, establecer cómo ejecutarlas y, finalmente, cómo gestionarlas. Igual de difícil es la tarea del legislador, llamado a definir las reglas generales y operativas de sistema, así como las vías, bien sea de tipo autoritativo o de negociación, de concreción de los modelos administrativos, a través de los cuales concretar la construcción de la infraestructura.

Las infraestructuras, cuando pertenecen al sector público, son bienes con características particulares: a menudo son obras estratégicas, que presuponen redes o conexiones con otros sistemas y que también adquieren una naturaleza instrumental respecto al sector económico. Algunas de estas obras desbordan las fronteras de un solo Estado. En estos casos, se hace necesario la unificación de reglas, un marco común y uniforme que permita simplificar y armonizar los procedimientos y definir los caminos para el financiamiento y para promover inversiones adecuadas.

Finalmente, el tema de la infraestructura involucra perfiles relacionados con los derechos sociales y la libertad de los ciudadanos, ya que su inclusión y participación en el proceso de toma de decisiones se vuelve fundamental. En busca de la mejor ubicación de las infraestructuras, la tarea de las instituciones se centra en mejorar los perfiles de participación de la comunidad, así como en establecer formas adecuadas de equilibrio para aquellos que puedan sufrir un prejuicio en la realización de aquellas.

El VII Congreso Anual de la Red Internacional de Bienes Públicos, que se celebrará en Bolonia, el 6 de junio de 2019, precisamente se ocupará de las diversas cuestiones relativas a la infraestructura. Serán seis los enfoques sobre los cuales se invitará a las delegaciones nacionales de académicos de la Red a discutir y a comparar sus ordenamientos.

1) **Noción de infraestructura y régimen jurídico aplicable**

La infraestructura es la base del desarrollo económico y social de un Estado. Se trata de bienes públicos con los que se transforma el territorio. Pero ¿cuáles son las características de estos bienes?, ¿Es posible determinar la diferencia de significado entre los términos "infraestructura" y "obras públicas"?, ¿Cuáles son las características distintivas de las infraestructuras ordinarias y estratégicas?, ¿Puede existir infraestructura de propiedad privada?, ¿La naturaleza pública de la infraestructura depende de la propiedad o de la destinación?, ¿Cuáles son las consecuencias para el régimen legal aplicable?

2) **La decisión pública sobre la infraestructura: estratificación de las competencias y pluralidad de tomadores de decisiones**

El tema de las infraestructuras tiene un carácter transversal pues involucra una multiplicidad de "asuntos" de competencia de diferentes niveles territoriales y de diferentes administraciones sectoriales, en virtud de la presencia de cuestiones que van desde la protección del medio ambiente, pasando por la gobernanza territorial y la protección de la salud y llegando hasta la protección de la competencia, etc. Entonces, ¿cuáles son los criterios de atribución de competencias?, ¿Cuáles son las herramientas para fomentar una cooperación y coordinación efectivas entre los diferentes niveles institucionales?, ¿Cuáles pueden ser los mecanismos de simplificación procedimental?, ¿Cuáles son los problemas relacionados con el tiempo necesario para construir la infraestructura?

3) **Los procedimientos de localización y los sistemas participativos**

La participación de los privados en los procedimientos públicos de toma de decisiones relacionadas con la ubicación de las obras de infraestructura de gran interés se ha vuelto, gradualmente, mucho más activa y central. Ello se debe, quizás, a las consecuencias ambientales, económicas y sociales que generan a la comunidad de referencia. Por lo tanto, ¿cuáles son las formas y reglas de participación en los procedimientos relacionados con la construcción de infraestructuras?, ¿Qué función puede desempeñar lo que hoy se conoce como "arenas deliberativas"?, ¿Cuáles son las condiciones o presupuestos de legitimación para participar por parte de los privados?, ¿Cuáles son los límites a la discrecionalidad administrativa en la ubicación de la infraestructura?

4) **Las formas de gestión de la infraestructura y de las actividades económicas**

El ordenamiento jurídico reconoce una pluralidad de formas para gestionar las infraestructuras, a las cuales las administraciones públicas pueden acudir de manera alternativa. Sin embargo, ¿cuál es el grado de capacidad de decisión de los organismos públicos en relación con los métodos de gestión?, ¿Cuáles son las (posibles) formas de

cooperación público-privada en la gestión de la infraestructura?, ¿Cuáles son los mecanismos de asignación del riesgo (o los riesgos)?, ¿Cuáles son los poderes del sujeto público en relación con la disciplina de las actividades empresariales?, ¿Cuáles son los controles a los que está sometida la actividad de los regulados?, ¿La figura del Estado emprendedor aún persiste hoy?

5) Técnicas de financiación en la construcción y en el desarrollo de infraestructuras

La adquisición de los recursos necesarios para su construcción es, quizás, el principal problema que enfrentan las administraciones públicas en la implementación de políticas de infraestructura. Las técnicas de financiamiento están estrechamente relacionadas con las restricciones financieras impuestas a las administraciones públicas por parte de los distintos ordenamientos jurídicos. En este contexto, ¿cuáles son los sistemas de financiamiento que utilizan (o pueden utilizar) los Estados? ¿Cómo se aborda y qué tan importante es en los distintos ordenamientos el tema de los instrumentos financieros para la construcción de infraestructuras?, ¿Cuál puede ser el papel de las asociaciones público-privadas?

6) Las redes de infraestructura transnacionales

Cada vez es más importante la construcción de infraestructuras transnacionales (definidas como "corredores prioritarios"), tales como gasoductos, depósitos para el almacenamiento de gas, líneas eléctricas, oleoductos y redes de transporte. En este contexto, ¿cuáles son los factores que facilitan o, por el contrario, obstaculizan el acuerdo entre los Estados involucrados para la realización de las obras?, ¿El régimen legal aplicable a la infraestructura (implementación, gestión y determinación de los precios de los servicios) difiere según su ubicación transnacional?

PARTICIPANTES

AUTORIDADES ANFITRIONAS

Juan J. Gutiérrez Alonso, Rector del Real Colegio de España de Bolonia;

Fabio Alberto Roversi Monaco, Giuseppe Caia, Michele Caianiello, Marco Dugato, Luciano Vandelli, Tommaso Bonetti, Universidad de Bolonia.

MIEMBROS DE LA RED INTERNACIONAL DE BIENES PÚBLICOS

Ignacio de la Riva, Universidad Católica Argentina, Argentina;

Alfonso Buteler, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina;

Pablo Gallegos Fedriani, Universidad de Belgrano, Argentina;

Andrè Saddy, Universidade Federal Fluminense, Brasil;

Alejandro Vergara Blanco, Universidad de Chile, Chile;

Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero, Universidad Externado de Bogotá – Colombia;

Olivier Lecucq y Hubert Alcaraz, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia;

Valentina Giomi, Universidad de Pisa, Italia;

Giuseppe Piperata, Universidad Iuav de Venezia, Italia;

Jorge Danós Ordoñez, Richard Martin y Ramón Huapaya, Pontificia Universidad Católica de Lima, Perú;

Victor Baca Oneto y Orlando Vignolo, Universidad de Piura, Perú;

João Pedro de Oliveira Miranda, Universidade de Lisboa, Portugal;

Fernando López Ramon, Gerardo García Álvarez, Carmen de Guerrero Manso y Elisa Moreu Carbonnel, Universidad de Zaragoza, España;

Augusto Durán Martínez y Graciela Ruocco, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay;

Víctor R. Hernández-Mendible y Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Centro de Estudios de Regulación Económica, Universidad Monteávila de Caracas, Venezuela.

ASISTENTES

Gaston Eduardo Petronace, Universidad de Belgrano, Argentina;

Camilo Perdomo Villamil, Universidad Externado de Bogotá – Colombia;

Fulvio Cortese, Universidad de Trento, Italia;

Massimo Calcagnile, Claudia Tubertini, Piergiorgio Novaro, Gabriele Torelli, Giovanni Mulazzani, Enrico Guarnieri, Elena Mariani, Roberto Medda, Cecilia Sereni Lucarelli, Klaudia Kurcani, Universidad de Bolonia, Italia;

Marzia De Donno, Universidad de Ferrara, Italia;

Antonella Sau, Universidad IULM de Milan, Italia;

Francesca Di Lascio, Universida de Roma Tre, Italia;

Eloisa Carbonell Porras, Universidad de Jaen, España;

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela, España;

Rafael Pizarro Nevado, Universidad Internacional de Andalucía, España;

Lidia Garcia Martín, Universidad de León, España.

PROGRAMA

II^A JORNADA

7 DE JUNIO DE 2019

ESCUELA DE ESPECIALIZACIÓN EN ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (SPISA). UNIVERSIDAD DE BOLONIA

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ENTRE DOS CONTINENTES: EUROPA Y LATINOAMÉRICA

Una confrontación entre administrativistas con ocasión del VII Congreso anual de la Red Internacional de Bienes Públicos

10.00 *Introducción a las labores*
Fabio A. Roversi Monaco, Emerito de la Universidad de Bolonia - Magnifico Rector de la Universidad de Bolonia en el IX Centenario de la Alma Mater Studiorum
Michele Caianiello, Director del Departamento di Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia
Giuseppe Caia, Director de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), Universidad de Bolonia
Marco Cammelli, Emerito de la Universidad de Bolonia
Giuseppe Piperata, Coordinador de la delegación italiana de la Red Internacional de Bienes Públicos

Preside
Marco Dugato, Coordinador del Laboratorio de la investigación de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), Universidad de Bolonia

10.30 – 14.00 *Informes*
Evolución y tendencias del derecho administrativo: el diálogo, Luciano Vandelli
La europeización del derecho administrativo, Fulvio Cortese
La acción administrativa y su procedimiento, Bernardo G. Mattarella
Bienes públicos: experiencias comunes entre Europa y América del Sur, Fernando López Ramón
Las garantías del ciudadano frente a las administraciones públicas: ¿qué modelos de protección ?, Aristide Police
La collaboración entre administraciones públicas en Estados multinivel, Marcos Almeida Cerreda
La Red Internacional de Bienes Públicos: lugar de contaminación y confrontación, Gerardo García Álvarez y Julián Pimiento

14.00 Buffet

INFORME DE BIENVENIDA

Pluralidad de los sistemas jurídicos y universalidad del *Studium Iuris*[1]

Relación a la inauguración del año judicial 2019 del Tribunal Administrativo Regional de Emilia Romaña y que ha sido publicada en la sección "Relazioni e contributi scientifici" del sitio www.spisa.unibo.it de la Escuela de Especilización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA) de la Universidad de Bologna.

Prof. Dr. Michele Caianiello
Catedrático de Procedimiento Penal
Director del Departamento de Ciencias Jurídicas
Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia

Sumario: 1. La sede y la historia. - 2. La figura del jurista en el nuevo milenio. - 3. El papel de las universidades y de los estudios jurídicos universitarios frente a los nuevos desafíos. - 4. Conclusiones.

1. La sede y la historia

Para mí es un honor estar aquí con ustedes este día para inaugurar, como representante de mi universidad, el año judicial del Tribunal Administrativo Regional de la Emilia Romaña.

La sede en la que nos encontramos, en particular, con su belleza y con la historia que contiene, evoca historias y desarrollos vinculados de manera muy estrecha a la historia misma de nuestra querida *Alma Mater*, y esta situación hace aún más grato el hecho de estar aquí entre ustedes[2].

Este rincón de la ciudad respalda y materializa el telón de fondo natural en el que se ha formado la institución que, más que ninguna otra, caracteriza a Bolonia: el *Alma Mater*. El *Studium* no nace por la Bula papal o por la iniciativa de un Emperador, sino por el impulso libre, por un movimiento de conciencia que ha empujado, en los albores del segundo milenio, a algunos maestros a investigar y enseñar el derecho, antes que nada: buscando dar cuerpo, a través del redescubrimiento del derecho romano y del renacimiento del derecho canónico, a aquel instrumento que permitió fundar un nuevo orden de civilización, basado en la justicia. Así, el surgimiento de la Universidad no tuvo (y no podía tener) un lugar: y no lo tendrá sino hasta mediados del siglo XVI, cuando se estableció en el *Archiginnasio*. Esta, como en el caso de la escuela peripatética de Aristóteles, lleva una vida itinerante: y, casi con seguridad, el primer salón de clases fue la Piazza Santo Stefano, donde los grandes del derecho enseñaron desde el balcón a los estudiantes que se reunieron en ella, y donde un conserje se encargaba de realizar la colecta para alimentar al Maestro. El resultado es un sorprendente fenómeno de migración continental en nombre de la cultura: los estudiantes provienen

[1] Traducción hecha por Camilo Perdomo Villamil, doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia.
[2] Un agradecimiento al profesor Andrea Zanotti, que me ha ayudado a reconstruir la historia de los lugares en los cuales se encuentra hoy la nueva sede del Tribunal Administrativo Regional en nuestra ciudad y a conectarlo con la historia de nuestra universidad.

de cada rincón de Europa y, junto con París, Bolonia se convierte en la gran capital del conocimiento.

Este movimiento obligaría a la ciudad a ampliar sus murallas, por lo menos tres veces en menos de un siglo, que ya no estaban en grado de albergar su expansión y, además, llevó a la división (creación) de dos Universidades, en las cuales los mismos estudiantes eran quienes gobernaban y escogían a los Rectores: la Universidad de los Citramontanos, es decir, la de los estudiantes italianos, que procedían, de hecho, de las tierras situadas en este lado de los Alpes; y la Universidad de los Ultramontanos, que reunió, en cambio, a los estudiantes que llegaban desde más lejos, más allá de los Alpes. La ciudad adquiere así esa figura de internacionalidad -que no perderá- y se ocupa de acoger generosamente este flujo de inteligencias.

San Procolo, una iglesia benedictina, adyacente a la nueva sede de este Tribunal, se convierte en un epicentro de esta *Universitas* itinerante: el área albergará, durante los siglos XIII y XIV, las reuniones y los encuentros de la comunidad de estudiantes ultramontanos. Pronto, los estudiantes que provenían de *ultra montes* se organizaron en *Nationes*, que encontraron puntos de agregación estables en los *Collegi*, de los cuales la Bolonia medieval estaba llena. Basta con pensar en aquellos que aún permanecen, en este gran legado histórico, y que se levantan no lejos de San Procolo: el principal, entre todos, es el Colegio de España. Y, en el exterior, frente a la fachada de San Procolo, las tumbas de Martino y Bulgaro hacen guardia; éstos, junto con Jacopo y Ugo - los cuatro alumnos de Irnerio -, fueron invitados por el emperador Barbarroja a la Dieta de Roncaglia de 1158, con el fin de que establecieran, con su conocimiento jurídico, los límites ciertos entre el poder imperial y municipal, contribuyendo así al nacimiento de aquellos equilibrios que harán grande a Europa hasta la aparición de la modernidad.

No lejos de aquí, en San Giovanni in Monte (revisada arquitectónicamente, como San Procolo, por Antonio Morandi, conocido como Terribilia durante el siglo XVI), operaba, al mismo tiempo y en el silencio del claustro, Graziano y su escuela, dando vida a ese punto fijo y admirable del universo jurídico, representado por su *Decretum*. Por lo tanto, estamos en el corazón de la ciudad, en su punto quizás más glorioso: donde aún irradia -como desde una suerte de Atlántida sumergida durante siglos- el encanto del primer haz de una historia que justo dentro de estas murallas vio nacer, en la crisis de esa época que luego marcó una transición de mil años, la luz de una nueva civilización marcada por el derecho. Y dado que los lugares, como las personas, tienen un fuerte principio de identidad y un destino, el derecho vuelve a habitar estos muros y a erigirse, en el trabajo diario de este tribunal administrativo, en un instrumento de decisión y de equilibrio, de composición de intereses públicos y privados en la inagotable búsqueda, dentro de una historia en construcción, de una justicia posible.

2. La figura del jurista en el nuevo mileno

El mundo jurídico con el que estamos llamados hoy a enfrentarnos parece estar siendo afectado por cambios profundos, que nos obligan a poner en duda las soluciones y métodos tan arraigados en nuestra tradición, hasta el punto de llegar a considerarlos -en una perspectiva antihistórica- como inmutables. Las metamorfosis en curso están vinculadas principalmente a la globalización, lo que

nos brinda, en términos del gobierno y del derecho, un mapa incompleto, con áreas de soberanía ambigua, espacios difíciles de regular y formas vagas de responsabilidad[3]. Resurge la idea de que el mundo pertenece a todos y a nadie, y la solución al absolutismo moderno, basado en la civilización terrenal, en la lógica de la soberanía, del territorio y de las fronteras, parece estar en crisis por una nueva civilización de espacios sin fronteras: un mundo líquido[4], según algunos, o incluso gaseoso[5].

En relación con las fuentes, el sistema jurídico cambia, empezando por el marco de referencia, ahora constituido no solo por las disposiciones normativas de orden nacional, sino también por el conjunto de principios y fuentes supranacionales, todos ellos basados en un método de trabajo muy lejano de aquel que es propio de nuestra tradición. Por lo tanto, el razonamiento, en clave hermenéutica, sobre el lema único, típico del jurista continental, dirigido a desentrañar de cada palabra del derecho escrito su significado potencial, cede gradualmente el paso a una argumentación basada en principios y problemas que deben ser resueltos. En otras palabras, donde primero reinaban las reglas abstractas y la hermenéutica predominantemente textual, ahora dominan, en ámbitos cada vez más amplios, casos y principios, problemas y empirismo: a veces vinculados a objetivos que el intérprete parece llamado a perseguir, despojándose del rol técnico del cual, durante más de dos siglos, había sido revestido. Emblemático, en este sentido, es el caso de la revisión de la sentencia injusta, introducido con ocasión de la sentencia n. 113 de 2011 del Tribunal Constitucional. En esa ocasión, como es sabido, la Corte consideró, entre otras cosas, que al reabrir el proceso con la revisión de la condena declarada injusta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "el juez deberá adelantar un examen de la compatibilidad de las disposiciones individuales relacionadas con el juicio de revisión. De hecho, deberán considerarse inaplicables las disposiciones que resulten irreconciliables, en un plano lógico-jurídico, con el objetivo perseguido (poner a la parte interesada en las condiciones en que habría estado en ausencia de la violación comprobada, y no solo remediar la apreciación defectuosa hecha por el juez, resultado de elementos externos a la *res judicata*), principalmente -según lo observado- aquellas que reflejan la tradicional preordenación del juicio de revisión, como destinado solo a la absolución de la persona condenada"[6].

De este razonamiento emerge con claridad las características de la nueva cara asumida por el derecho público, y en particular por el derecho penal, al que pertenezco por mi formación cultural, a través de la influencia de las fuentes europeas y supranacionales: el juez ya no puede limitarse a identificar el significado de las disposiciones vigentes; por el contrario, debe actuar desde la perspectiva de reconstruir un sistema -en el caso señalado, el de la sentencia de revisión- persiguiendo el objetivo indicado por la fuente europea (una fuente que es también la causa por la cual la legislación interna ha sido privada de efectos a través del juicio de constitucionalidad): objetivo que consiste en poner al sujeto lesionado ("el interesado") en la posición prístina en la que

[3] Así, de manera admirable, D. Innerarity, *Governance in the New Global Disorder. Politics for a Post-Sovereign Society*, Columbia Un. Press, New York, 2016, en particular el Cap. I, Part, I.
[4] La imagen que es resalta por Z. Bauman, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2007, p. 5.
[5] D. Innerarity, *Governance in the New Global Disorder. Politics for a Post-Sovereign Society*, cit.
[6] Comentando la referida sentencia cfr. M. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, en Cass. pen., 2011, p. 3308 s.; R. E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, en Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti, 2011, p. 10 s. (actualmente, también en Processo penale e paradigmi europei, Giappichelli, Torino, 2018).

debería haberse encontrado, si no se hubiera interpuesto la injusticia (el comportamiento en violación de la CEDH) ocurrida durante el proceso de nivel nacional.

Un tema, el del juez tejedor (hacedor) (citando a Vittorio Manes[7] y Massimo Vogliotti[8]), que ha vuelto a presentarse, con mayor urgencia, posteriormente, como en el conocido caso *Taricco*, con el cual la relación entre derecho interno y supranacional ha alcanzado, quizá, el nivel de máxima tensión, al menos en el ámbito penal. Nuevamente se vuelve a examinar, en clave crítica, el tema de los jueces "de finalidad" (en un sentido crítico, evocado por Massimo Donini, como "jurisdicción de lucha"[9]): finalidad, en este caso, representada por la sanción eficaz, proporcional y disuasiva de los comportamientos ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. De aquí, el paso es corto para pasar a reflexionar sobre dos concepciones diferentes del principio de legalidad: una, aquella perteneciente a nuestra tradición nacional, completamente centrada en la fuente legislativa ("legalidad normativa"); la otra, aquella europea, claramente marcada por el método casuístico y jurisprudencial ("legalidad judicial"). En el fondo, como puede verse, se mantiene el principio de la subordinación del juez únicamente a la ley: principio -citando un conocido estudio[10]- "indudablemente mitificado", pero, sin embargo, representativo de "un modelo en el que una gran parte de nuestra cultura jurídica aún sigue reconociéndose profundamente" (aunque desde hace varias décadas, incluso antes de que estallara el fenómeno del derecho supranacional, se haya evidenciado su superación).

Justamente, en línea con algunos agudos precursores, como Paolo Grossi[11] o Gustavo Zagrebelsky[12], en esta oportunidad se pone en evidencia como la incursión de fuentes supranacionales devolvió la vida, aunque con formas diversas, a "una concepción diferente del derecho, que tiene sus raíces en la antigüedad clásica y la época medieval temprana, en la que el derecho constituye "un saber aplicativo y orientado a los valores". No más *epistème*, sino más bien *phronesis*, no tanto *scientia*, sino más bien *prudentia*. Un derecho, en extrema síntesis, caracterizado por una fuerte impronta fáctica. Y un papel del jurista ya no degradado -parafraseando un conocido ensayo- "de legislador a intérprete", pero ahora erigido como una fuente de derecho (en la forma del precedente jurisprudencial y de la ratio extrapolada del caso decidido).

Si el primer gran momento de cambio institucional de nuestro tiempo -en la esfera jurídica- está constituido por el advenimiento de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el segundo parece consistir en la afirmación, cada vez más generalizada, del derecho europeo, incluso en el campo del derecho público, hasta penetrar en la fortaleza de la justicia penal. Un cambio tan significativo que todavía requiere de mucho tiempo antes de ser adecuadamente digerido, debido al

---

[7] V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 19 s.

[8] M. Vogliotti, *Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, en M. Delmas Marty- E. Fronza- E. Lambert Abdelgawad (a cargo de), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, p. 361 s. ; Id., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 195 s.

[9] M. Donini, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2018, p. 21.

[10] R. E. Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 210.

[11] P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 20 e 15.

[12] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi Torino, 1992, p. 203 e passim.

cambio de paradigma que eficazmente se muestra capaz, "en términos casi antropológicos", de abrir perspectivas en relación con las cuales "nuestra cultura aún no está suficientemente preparada"[13].

3. El papel de la Universidad y de los estudios jurídicos universitarios frente a los nuevos desafíos

Un cuadro de transformaciones de esta envergadura nos enfrenta al dilema de la posición que, como juristas, estamos llamados a asumir. No tengo dudas al afirmar que debemos aceptar el nuevo desafío y el consecuente cambio de paradigma.

La cuestión de mantener la tradición nacional en armonía con el nuevo método impuesto por el sistema europeo y supranacional ya no es solo una cuestión técnica: por el contrario, plantea la necesidad de dar paso a una nueva clase de juristas, que se reconozcan como parte de una nueva cultura de razonabilidad y en una ética de límites, que no puede concebirse separada de los mayores poderes creativos que la era actual asigna al intérprete.

Existen otros desafíos, no fáciles de enfrentar, en la construcción del derecho público europeo. De estos, desde mi perspectiva, tres son los más relevantes (y quizás los más fascinantes). El primero se refiere a la fusión, inevitable y ya ampliamente iniciada, entre el sistema de la CEDH y el sistema de la UE. En la perspectiva de estudioso supranacional[14] los dos sistemas, y como punto de partida, constituyen un único sistema integrado, en el que tiene poco sentido -o al menos es cada vez menos relevante- reconstruir el origen de la fuente normativa específica: para ser más claros, dado que todavía, en la perspectiva nacional, no es lo mismo si una disposición tiene su origen en la CEDH o en la UE, desde el lado opuesto, en un enfoque integrado típico del jurista supranacional, esta distinción entre los dos motores del sistema parece cada vez menos útil.

Tomemos un caso típico de manual, en su banalidad, para aclarar mejor el punto. Si nos cuestionamos, desde una perspectiva supranacional y multinivel, sobre cuál es la disciplina del derecho, en el juicio penal, para interpretar y traducir los actos procesales, la respuesta arroja una confirmación sobre el punto de partida (CEDH y UE son quizá un *unicum*, y el análisis destinado a encontrar el límite entre uno y el otro es, al final, bastante inútil). Por supuesto, después de la adopción de la Directiva 64/2010/UE, la fuente principal parece ser aquella de la Unión Europea, que a su vez trae consigo el método comunitario y la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Por lo tanto, al otorgar preeminencia al *ius positum*, se podría llegar a afirmar que a estas alturas la supremacía pertenece al derecho de la Unión Europea. Sin embargo, si, más allá de los datos formales, se desea entender cuál es el contenido del derecho en cuestión, solo puede lograrse refiriéndose a los casos desarrollados por la jurisprudencia derivada de la CEDH y a las *rationes* que se pueden extraer de ella. Por lo demás, ese nivel de protección del derecho fundamental, desarrollado por el Tribunal de Estrasburgo, termina constituyendo el nivel mínimo del cual no es posible descender, de acuerdo con lo que impone la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La investigación identitaria, por lo tanto, conduce a la conclusión opuesta,

[13] R. E. Kostoris, *Processo penale*, cit., p. 218.
[14] Piensese en el manual de A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd edition, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 3 s.

en comparación con aquella solución formal, evidenciándose la propensión de preeminencia del derecho convencional sobre la de la Unión Europea.

En realidad, la conclusión más razonable -y la aplicada por los académicos más atentos- es considerar el sistema como único e integrado[15]. Puede pensarse que, con el tiempo, se pueda volver a distinguir formalmente lo que tiene origen en la UE de lo que, en cambio, permanece en un contexto puramente convencional. Esto quizás sea posible cuando el Tribunal de Justicia haya logrado desarrollar una jurisprudencia autónoma y sustancial en asuntos procesales penales, partiendo precisamente de las diversas directivas que, desde el lanzamiento del Programa de Estocolmo, han sido adoptadas en relación con la protección de los derechos individuales en los procesos penales. Sin embargo, es muy probable que el enfoque integrado se mantenga estable durante mucho tiempo, considerando que la interrelación entre la UE y la protección de los derechos fundamentales, tal como lo reconoce la CEDH, se encuentra, desde su origen, en la base de la constitución sustancial de la UE (y encuentra mención explícita no solo en la Carta, sino también en el Tratado de Maastricht desde la versión de 1992).

El segundo elemento de profundo interés aparece vinculado con la armonización lograda por vía horizontal, a través de los límites a la cooperación judicial. Los sistemas jurídicos públicos internos, a pesar de lo que se acaba de observar anteriormente, se mantienen, en el plano formal, en una lógica predominantemente nacional; sin embargo, las fuentes europeas favorecen una cooperación cada vez más estrecha, con base en la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo. Sin embargo, existen límites para el funcionamiento de un modelo basado en el reconocimiento automático (y recíproco), tendencialmente derivados de los principios extraídos de las tradiciones comunes (el respeto de los derechos humanos, la proporcionalidad, el método democrático y la separación de poderes). Estos límites son implementados a través de las decisiones de los órganos jurisdiccionales de los Estados, que pueden rechazar la cooperación: de esta manera, los distintos ordenamientos son inducidos a uniformarse en concreto, caso tras caso (al padecer la negación a la cooperación por parte de las otras jurisdicciones nacionales). Es difícil realizar alguna previsión sobre cuánto pueda desarrollarse (o estar destinada, por el contrario, al fracaso rotundo) una forma de integración de este tipo, de abajo hacia arriba, que carece de una *governance* unitaria (un problema importante de nuestro tiempo, según enseñan estudiosos como Yascha Mounk[16] y Daniel Innenarity[17]), y que se encuentra muy lejos de los paradigmas tradicionales.

Por último, y este es el tercer elemento crítico, sigue siendo incierta la cuestión relacionada con la expansión del área de la "materia penal" emprendida por la CEDH, desde hace aproximadamente cuatro décadas, y recibida por el derecho de la UE sin variaciones significativas: la cuestión es si este fenómeno, dicho de otro modo, es capaz de elevar el nivel de garantías en áreas que tradicionalmente carecían de ellas o, más bien, conducirá, con el tiempo, a un derecho penal principalmente administrativo, en ocasiones de tipo preventivo, allí donde la marca de la

[15] Para una construcción más profunda del tema, se reenvía a la publicación M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, en Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale, 4/2015, p. 70 s.
[16] La referencia es a Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2018.
[17] D. Innerarity, *Governance in the New Global Disorder*, cit., passim.

jurisdicción, que es el símbolo de todo sistema penal, aparezca cada vez más desvanecida. Un punto crítico, vinculado a este fenómeno, está representado por la fácil confusión, con frecuencia presente a nivel europeo, por una parte, entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial; por otra parte, entre acusador y juez, dentro del proceso penal. Con respecto al primer aspecto, piénsese en la directiva sobre la orden de investigación penal europea, que permite la adopción de una decisión homónima por parte de un magistrado y de una institución administrativa responsable de aplicar el derecho público punitivo (impuestos, sanciones viales, etc.)[18]. En relación con la confusión de roles entre el fiscal y el órgano judicial, es fácil evocar la figura, antes mencionada, del Fiscal Europeo[19]. En este sentido, cabe resaltar que, desde su concepción hace más de veinte años, el emblema del máximo desarrollo institucional europeo en el ámbito penal haya estado vinculado a la creación de un magistrado de acusación, cuando en el horizonte no aparece aún la introducción de un verdadero juez supranacional.

Además, el derecho vigente también descuida la distinción entre los diferentes roles que desempeñan los protagonistas del proceso penal: esto se evidencia en las decisiones en las que un tribunal debe intervenir para brindar una protección más efectiva en el campo de los derechos fundamentales. Por ejemplo, si se observan las recientes sentencias del Tribunal de Justicia con respecto a los datos personales *(Digital Rights; Tele 2 y Watson, Ministerio fiscal)*, donde se afirma que el control sobre los límites de la intrusión en la esfera individual puede ser confiado, indistintamente, a una "autoridad independiente", sin aclarar si debe recaer en un juez, un fiscal o una institución administrativa[20]. Por supuesto, en esos casos, las decisiones del Tribunal tenían una perspectiva más allá de los límites del proceso penal y, por lo tanto, es comprensible cierta ambigüedad en relación con el órgano al cual atribuir el poder de interferir con el derecho fundamental en cuestión (y el contenido textual de la Carta en la materia no ayuda a aclarar las dudas). Igualmente, en el pasado también existían ambigüedades similares a la mencionada (si bien ya superadas) en relación con el concepto de autoridad independiente "dotada de funciones judiciales", en materia de libertad personal.

4. Conclusiones

Nos enfrentamos a, vale la pena repetirlo, cambios extremadamente significativos, que ponen en juego algunos de pilares en los que se basó la evolución del derecho público continental. Es necesario tomar un nuevo camino, dedicándose a formar juristas con un método diferente al con el que, durante mucho tiempo, hemos sido educados: un método en el que la capacidad de elegir, el razonamiento empírico y casuístico, el uso de amplios espacios discrecionales, destinados a expandirse, sea el resultado de una elección consciente, responsable y coherente con respecto al método seguido. Tratando de mantener, en la medida de lo posible, los principios no negociables del sistema.

[18] En relación con el tema ver il volume coordinado por di M. Daniele – R. E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018. Se reenvía también a M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in Proc. pen. giust., 2015, p. 1 s.
[19] Cfr. M. Caianiello, *Sull'istituzione del Pubblico ministero europeo*, en *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1444 s.
[20] Cfr. F. Iovene, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, en *Cass. pen.*, 2014, p. 4274 s.

Las evoluciones en curso nos instan a recordar la advertencia del Príncipe de Salina en El Gatopardo. La perspectiva, sin embargo, se invierte con respecto del cinismo tradicionalmente atribuido a esa frase (aparentar cambios para mantener todo como está): que en un contexto social dado se pueda cambiar mucho, incluso todo, en el plano de las estructuras formales, siempre que no perdamos el núcleo de identidad en el que nos reconocemos (respeto por la dignidad humana, proporcionalidad en el método, previsibilidad y comprensibilidad del sistema, *accountability* de las decisiones tomadas).

Desaparece, en esencia, el andamiaje formal del derecho público moderno y, en la era actual, se redescubren instrumentos, según se ve, del mundo premoderno, todos enfocados en el papel que juegan los seres humanos. No es casualidad que algunos académicos, como Mireille Delmàs-Marty[21], exhorten sobre la necesidad de un nuevo humanismo jurídico, recordando lo que surgió hace casi mil años atrás con el nacimiento de las universidades en occidente. Todo esto no será suficiente para detener las pérdidas. Sin un aparato institucional a la altura y reglas adecuadas, el riesgo de una regresión de las garantías individuales es realmente fuerte. Pero, me temo que la única forma de dominar transformaciones de este tipo es enfrentándolas, contaminándose, tratando de canalizarlas en el camino correcto.

Por lo tanto, solo al embarcarse en el viaje se podrá "no cambiar nada", es decir, habrá forma de mantener lo que, del mundo en el que crecimos y que ya no existe, a pesar de que aún se evidencien reflejos, constituía la identidad esencial. Refiriendo un mito arquetípico, el modelo es el del éxodo bíblico, incluso si la tierra prometida no parece surgir en el horizonte; por el contrario, estamos lejos de los *nostoi* homéricos, cuyos protagonistas, después de todo, en esas mismas historias, y luego de su regreso, difícilmente encuentran lo que, al final, nunca fue un paraíso perdido.

[21] M. Delmàs-Marty, *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme bussole, di prossima pubblicazione*, Bouchet Chastel, Paris, 2019.

Con el patrocinio de

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

Unione Province d'Italia

UPI
Emilia-Romagna