

DIRITTO AMMINISTRATIVO E CRIMINALITÀ
(2013)

SUMARIO

1. L'approssimazione tra diritto penale e amministrativo	21
2. L'approssimazione fra diritto contravvenzionale e penale	21
3. I crimini nella pubblica amministrazione.....	22
4. La generalizzazione dell'illegalità come condizione previa alla corruzione	23
5. Il diritto penale nella pratica	23
6. I doveri dei cittadini onesti	24
7. L'accusa penale fatta negli Stati Uniti	24
8. L'accusa penale in altri Paesi	25

DIRITTO AMMINISTRATIVO E CRIMINALITÀ (2013)

1. *L'approssimazione tra diritto penale e amministrativo*

È un'antica verità, in Argentina, il fatto che il diritto penale acquisisca elementi dal diritto amministrativo e che il diritto amministrativo faccia lo stesso dal diritto penale.

Vedere # 7.1 in: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVIII.pdf

È una reciproca deformazione che, nel fornire un'altra prova della debolezza del sistema giuridico argentino, spiega anche le ragioni degli ostacoli agli investimenti stranieri e locali.

Vedere il mio "Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality," in: GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON e TOM ZWART (curatori), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) e Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372. http://www.gordillo.com/cv/art_54.pdf

Tutto questo significa un doppio diritto amministrativo: MAIRAL, HÉCTOR A., *¿Uno o dos derechos administrativos?*, http://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo09.pdf.

Vedere anche il mio "Parole lette come introduzione al seminario sul libro "L'Amministrazione Parallela," nell'Università Bocconi," http://www.gordillo.com/cv/art_56.pdf, anche gratis in *iBooks* (Apple).

2. *L'approssimazione fra diritto contravvenzionale e penale*

C'è anche una tendenza a perseguire alcuni crimini come se fossero contravvenzioni amministrative, perché questo evita l'esposizione agli attacchi politici per un "eccesso di punizione."

Un esempio attuale sono le dimostrazioni pubbliche che impediscono il transito nella città. La punizione penale è politicamente sospetta, ma quella contravvenzionale funziona un po' meglio.

In parte questi fenomeni sono collegati con i problemi sociali del paese e la generale insoddisfazione esistente.

Per questo, vedere i miei lavori:

“*I mezzi di trasporto da Buenos Aires*,” 2012, http://www.gordillo.com/cv/art_55.pdf;

“*The economy of cartoneros (from paper to book scrapping) in Buenos Aires: a literary essay*,” 2013, http://www.gordillo.com/cv/art_57.pdf

3. *I crimini nella pubblica amministrazione*

I reati che riguardano il diritto penale comune sono anche, parzialmente, oggetto di studio del diritto amministrativo, che si occupa della loro prevenzione (polizia) e dell'esecuzione delle pene. (Carcere.)

C'è anche una relazione più specifica che riguarda i crimini contro la pubblica amministrazione: corruzione, negoziazione incompatibile con la funzione pubblica, ricchezze acquisite da parte di funzionari dello Stato.

Le operazioni pubbliche che danneggiano lo Stato non sempre sono il prodotto della semplice negligenza colpevole dei funzionari. Dobbiamo sempre sospettare tutto quello che è troppo caro o troppo inutile, e fare le ricerche necessarie per sapere la verità.

Tutti sappiamo, ed anche il funzionario onesto lo sa, che l'azione amministrativa si dovrebbe svolgere con 1°) la partecipazione sociale nella decisione, 2°) la pubblicità, 3°) la concorrenza, 4°) il controllo giudiziario opportuno, 5°) le dichiarazioni sul patrimonio dei funzionari: Tutti questi meccanismi *insieme* possono prevenire la corruzione. Nessuno, preso singolarmente, è sufficiente.

“Medidas Cautelares contra el Estado y control judicial” in: http://m.youtube.com/#/watch?v=bpd01sgN_Vc&desktop_uri=%2Fwatch%3Fv%3Dbpd01sgN_Vc;

“El tiempo en la decisión jurídica,” FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2007, pp. 146-58, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>;

Alcuni notevoli giuristi affermano che la corruzione è nella stessa legge, per questo parliamo di principi giuridici. MAIRAL, HÉCTOR A, *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos RPA, 2011, www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/corrupcion/1adm0057013648000

Secondo me, le misure specifiche contro la corruzione non sono sufficienti senza un contemporaneo e generale adempimento di *tutti* questi principi giuridici.

Quindi dobbiamo considerare attentamente, prima di ogni altra cosa, quelli che non rispettano tali principi.

4. *La generalizzazione dell'illegalità come condizione previa alla corruzione*

Questi principi di diritto amministrativo sono conosciuti da tutti, e violati da quasi tutti.

Vedere le referenze della nota precedente ed i suoi rinvii.

Neanche i funzionari onesti, in molti casi, obbediscono alla legge e al diritto. Preferiscono la velocità, il pericolo e le operazioni che mettano a rischio il denaro degli altri. Senza parlare dell'emozione del potere. È una malattia umana, che è possibile mettere sotto controllo.

Questa diffusa disobbedienza alla legge beneficia i veri corrotti, che si nascondono in piena luce del sole mescolandosi a tutti gli altri.

Se tutti sono dunque coinvolte, allora il primo indizio di criminalità è la ricchezza acquisita, nell'esercizio del potere pubblico, dai funzionari e dalle loro famiglie, dai loro impiegati, amici e conoscenti, e da tutti gli altri eventuali soci occulti. Ma questo permette di ipotizzare che i meccanismi preventivi non hanno funzionato bene.

Il potere si sa difendere bene dai controlli amministrativi e giudiziari. Non sono sufficienti né le richieste di dichiarazione sull'esistenza e provenienza del patrimonio, né il funzionamento di unità specifiche di controllo finanziario dei funzionari pubblici e dei politici. Niente di tutto questo sembra, da solo, sufficiente per una condanna opportuna. Nessuna innovazione isolata risulta efficace.

Si dice che la corruzione sarebbe un reato basato sul calcolo, non sulla passione. Alcuni affermano che le persone tendono a corrompere o a essere corrotte quando i rischi sono bassi, le multe e punizioni minime, e le ricompense grandi.

Ma è anche possibile che esista la passione per il denaro. L'arricchimento può avere come obiettivo ultimo l'ottenimento o l'accrescimento del potere pubblico, *e questa sì che è una vera passione!*

Sia per calcolo che per passione, tutti quelli che non obbediscono ai principi giuridici menzionati potrebbero essere coinvolti.

Gli psicologi e gli psichiatri direbbero che il popolo, il più delle volte, è coinvolto dal fascino narcisistico, ama dell'altro la proiezione della propria attività costruttiva. Una vera e propria opera d'arte, in cui l'azione si ricollega alla psicopatologia e al fascino che queste persone esercitano sulla comunità. Una persona fuori dall'ordinario, transgressiva, e certamente non rispettosa delle leggi.

5. *Il diritto penale nella pratica*

Uno specialista di diritto penale argentino ha detto che l'accusa penale è la condanna (*sociale*), il processo penale è l'esecuzione (*sociale*) della condanna, e la dichiarazione finale del giudice di insufficienza di prove, è *socialmente* l'equivalente della libertà condizionale.

Questo non è da intendersi soltanto come uno scherzo, ma anche come una descrizione sociologica di un sistema giuridico disfunzionale. Il sistema né previene né condanna efficacemente i crimini nella pubblica amministrazione.

C'è anche, naturalmente, un diritto amministrativo nella pratica: *El derecho administrativo en la práctica*, vol. 7 dal *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2013, <http://www.gordillo.com/tomo7.html>

6. *I doveri dei cittadini onesti*

In questo senso la società rappresenta l'unica possibilità di condanna (*sociale*), e i cittadini hanno il dovere di contribuire alla legalità e, consequenzialmente, all'esecuzione della condanna sociale, evitando così di stabilire rapporti con il/la responsabile, e prendendo le distanze da lui/lei dopo la "libertà provvisoria."

Se tutti facessero questo, la condanna sociale sarebbe più efficace, ma noi siamo le stesse persone che con il nostro voto li abbiamo messi al potere. Li rispettiamo per lo stesso fatto di essere ricchi e potenti e non li criticiamo per non essere onesti funzionari pubblici. Per questo abbiamo votato così in quasi tutta la nostra storia.

7. *L'accusa penale fatta negli Stati Uniti*

C'è un altro cammino da percorrere, e non solamente in caso di reati commessi da compagnie americane all'estero. (*Foreign Corrupt Practices Act.*)

I pochi cittadini e politici dell'opposizione argentina che continuano a formulare denunce penali davanti ai tribunali locali hanno dovuto ampliare il loro campo di attività giudiziaria, formulando le accuse e portando le prove anche all'estero, per esempio negli Stati Uniti.

I giudici americani hanno più indipendenza pratica. Questo principio dovrebbe essere universale.

Vedere "*The status of the Judge: Independence and Impartiality*," *European Review of Public Law*," volume 24_1/2012, numero 83 della collana, Londra, Esperia, 2012, pp. 43-50; anche in: http://www.gordillo.com/cv/art_55_1.pdf.

Vedere anche il già citato "*Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*," in: GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON e TOM ZWART (curatori), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) e Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372, http://www.gordillo.com/cv/art_54.pdf

Il pubblico ministero americano ha più libertà d'azione per negoziare una riduzione della condanna in cambio di informazioni su altre persone sospette.

Una deputata argentina e i suoi avvocati sono andati in Florida per iniziare una causa penale per fatti accaduti in Argentina e negli Stati Uniti.

La *Nación*, 13 giugno 2013, p. 15.

Gli argentini vogliono sempre fare affari negli Stati Uniti e qualche volta cadono nelle maglie della loro giurisdizione penale: La stampa informa di 150 imprese americane denunciate negli Stati Uniti, da deputati e avvocati argentini, per essere state coinvolte in attività illecite in Argentina.

Perfil, 15 giugno 2013, p. 12

8. *L'accusa penale in altri Paesi*

Alcuni dei crimini contro la pubblica amministrazione commessi in Argentina hanno ramificazioni all'estero. Si tratta di operazioni finanziarie che hanno come scopo il riciclaggio di denaro (*money laundering*) e che sono parte necessaria nell'*iter* del reato.

Il diritto penale comune apre la giurisdizione straniera a queste e ad altre ramificazioni del reato. Alcuni paesi come l'Uruguay, la Svizzera e nuovamente gli Stati Uniti hanno ricevuto alcune denunce sporte da deputati di diversi partiti politici argentini.

Clarín, 15 giugno 2013, p. 16; *Perfil*, stesso giorno, p. 12; *Clarín*, 18 giugno 2013, p. 13.

Non è da dimenticare la *Convenzione Interamericana contro la Corruzione* che abilita, all'articolo nove, la giurisdizione straniera a giudicare i reati di corruzione commessi negli altri Paesi che fanno parte della Convenzione.

Nota 64 in: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVIII.pdf, e specialmente # 5.2 da: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo16.pdf

Alcuni Stati membri sono politicamente più sviluppati, dispongono di un controllo giudiziario più effettivo e presentano meno corruzione amministrativa. Sicuramente i nostri vicini capiranno che è nel loro interesse il fatto che la criminalità amministrativa nella regione sia anche controllata dalla loro giurisdizione penale.

Questo significa sicurezza giuridica per gli investimenti stranieri fatti dai loro investitori nazionali e un miglioramento delle relazioni commerciali internazionali tra i Paesi della regione.

È una possibilità giurisdizionale e territoriale che i molteplici interessati negli affari pubblici locali, deputati, avvocati, ecc. non dimenticano. È forse il cammino migliore.

Sono alcuni dei casi menzionati nella stampa: *La Nación*, 13 giugno 2013, p. 15. *Perfil*, 15 giugno 2013, p. 12. *Clarín*, 15 giugno 2013, p. 16, che abbiamo ricordato prima.

È l'evoluzione verso l'unità dell'ordinamento giuridico mondiale, di cui ho più volte scritto.

http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo22.pdf

“The Draft EU Constitution and the World Order”, *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law* / vol. 16, No. 1, 2004, Esperia, Londra, pp. 281-294.

É un vecchio soggetto al quale ho dedicato un libro, *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, <http://www.gordillo.com/tfola.html>

Un percorso, per certi aspetti, applicabile anche nel rapporto tra l’Unione Europea e gli Stati membri.