

EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL CIUDADANO, COMO PROTAGONISTA ACTIVO Y PASIVO EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

Los temas centrales de este Congreso se concretan en tres grandes objetivos de debate y reflexión, cargados de fuerza de futuro: Justicia, ciudadanía y desarrollo. A partir de estas coordenadas, me corresponde proponer algunas consideraciones, a partir del título inicial: “El ciudadano, destinatario e interviniente de la realización de la justicia. La intervención del Ministerio Fiscal”.

Se observará, inmediatamente, que me ha parecido conveniente, para orientar mejor mis propias reflexiones, matizar el título, que es tanto como reconocer la precisión o autolimitación a la que creo que estoy obligado.

Nuestro tríptico congresual, aunque cargado de fuerza de futuro, no es, sin embargo, nuevo. Ulpiano ya formuló el tríptico de las funciones del juez, extensibles a todos los operadores jurídicos, partícipes en la “realización de la

justicia”, diciendo que eran *honeste vivere, neminem laedere, ius suum quique tribuere*.

Honeste vivere, vivir honestamente, se correspondería con nuestro primer objetivo congresual: justicia. Justicia entendida más allá de la simple y fría aplicación de las leyes, y con la exigencia, para el aplicador de la ley, de una dimensión social, solidaria, y en este sentido ética, de la realización, que es la interpretación y aplicación de la justicia.

Neminem laedere, no herir a nadie, se correspondería con nuestro segundo objetivo congresual: la ciudadanía. Ciudadanía, es el *neminem* destinataria de aquella realización de la justicia, con demasiada frecuencia desafortunada destinataria potencial no solo de la doble o múltiple victimización, como riesgo colateral del bisturí de la justicia, sino también comprensiva de todos los elementos de la sociedad en condiciones objetivas de vulnerabilidad. Y, consiguientemente, en situación de disponer del derecho de participación en la gestión del

aparato de la justicia como instrumento generador del riesgo. Son los ciudadanos protagonistas pasivos y activos de la realización de la justicia.

Ius suum quique tribuere, dar a cada uno lo suyo, se correspondería con nuestro tercer objetivo congresual: el desarrollo. Entendido desde una perspectiva de progreso social, que no puede concebirse más que desde parámetros de redistribución equitativa de las cargas sociales, es decir, de la redistribución de la abundancia, en tiempos de bonanza, o de la escasez en estos tiempos de crisis.

.Todo ello atañe de manera general a todos los ciudadanos individualmente considerados, pero también a todas las instituciones. Especialmente atañe a las instituciones constitucionalmente encargadas de aplicar las leyes, de realizar la justicia. El Ministerio Público es una de ellas.

Así mismo, y con claros matices diferenciales, se refiere a las instancias sociales que agrupan a los ciudadanos, como ente colectivo, en el ejercicio de sus derechos, y para defensa de sus derechos. En esta

dimensión cívica colectiva también son protagonistas pasivos o activos de la realización de la justicia. Del mismo modo, entre este entramado de ciudadanía, volvemos a encontrar a los miembros del Ministerio Público, en sus colectivos asociativos o sindicales, en una dimensión cívica claramente diferenciada, externa a la jurisdiccional.

Una inevitable mirada comparativa entre los fiscales españoles y los magistrados del Ministerio Público de Portugal se ha deslizado ocasionalmente en algunos pasajes de estas páginas, lo cual, por otro lado, forma parte de este encuentro.

A partir de este triple planteamiento inicial, y de estas últimas anotaciones complementarias, me permito proponer algunas consideraciones, o exhibir viejas dudas, nacidas sobre todo de la experiencia, y, en todo caso, sin el ánimo de aventurar soluciones.

LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

La realización de la justicia compete a todos los operadores jurídicos. De entre ellos, en esta ocasión, nos

merece especial atención el Ministerio Público. Quiero resaltar mi admiración por la precisión del artículo 219 de la Constitución de Portugal cuando afirma que compete al Ministerio Público participar en la *ejecución* de la política criminal definida por los órganos de soberanía, puntualizando en el artículo 110.1, que son el Presidente, la Asamblea, el Gobierno y los Tribunales. A todos ellos corresponde, según su función constitucional, la definición de la política criminal en cuya ejecución *participa* el Ministerio Público.

La independencia institucional.

Erik Alt, desde MEDEL, nos aporta una reflexión sobre el Ministerio Público, a partir de una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2010, en el asunto de Mme. Moulin, en la que se sentenció que el ministerio público francés no tiene carácter de autoridad judicial, fundamentalmente porque depende del Ministro de Justicia con una dependencia fuertemente jerárquica. Esta circunstancia no obsta, según

la CEDH, a su condición de magistratura ejerciente de la acción penal, es decir, de magistratura postulante.

Lo relevante no es el nombre con que se denomine a los agentes del Ministerio Público, sino las circunstancias en que desempeñan su función. Los ciudadanos que componen un jurado popular son autoridad judicial, mientras cumplen su cometido jurisdiccional, y sin embargo no son magistrados. Y los magistrados que realizan funciones extra-jurisdiccionales, por ejemplo en el Consejo del Poder Judicial, no son autoridad judicial mientras realizan esas funciones.

Lo relevante es, por lo tanto, el conjunto de circunstancias en que se desempeña la función de decidir sobre los derechos de los ciudadanos, o sea, de realizar la justicia. Para que esas circunstancias se correspondan con el concepto de autoridad judicial, como recuerda la CEDH en el asunto de Mme. Moulin, es imprescindible que la independencia del magistrado esté garantizada legalmente y prácticamente.

La independencia individual del magistrado es compatible con su actuación en un órgano judicial

colectivo, como es cualquier tribunal colegiado, en el que la voluntad mayoritaria prevalece sobre la libre e individual opinión de uno o varios magistrados que sean minoría en la votación final de la decisión, vinculante para todos los miembros del tribunal, mayoritarios o discrepantes.

La colegiación no es incompatible con la independencia individual, y, es concebible, también, la independencia del órgano colegiado, como concepto distinto al de la independencia individual. También en el Ministerio Público, como institución colegiada, se podría estructurar una forma de adopción de decisiones vinculantes para todos los miembros implicados en una decisión, sean favorables a ella, o discrepantes. Sería necesario, sin embargo, que todos los implicados en la decisión dispusieran de garantía legal y práctica de formular su criterio, en régimen de igualdad, y sin prevalencia de la jerarquía. La jerarquía debería quedar relegada a las funciones organizativas y gubernativas, y a la efectiva realización final de la decisión dimanante del órgano colegiado. En tales condiciones de garantía de

independencia los agentes del Ministerio Público podrían ser autoridad judicial y ejercer plenamente y sin supervisiones judiciales las funciones de la instrucción penal con las facultades de restricción de derechos inherentes a dichas funciones.

En España esto es un *desiderátum* todavía no alcanzado, pero alcanzable, por ser lógico, coherente y operativo, aunque no es aconsejable albergar grandes esperanzas a corto plazo, en estos tiempos de crisis económica y de imparable implantación del conservadurismo político, tan reacio a innovaciones institucionales. Hoy, todavía, nuestro Ministerio Público conserva vestigios de su primitiva función de puente entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, como órgano del soberano del Ancien Regime.

La independencia interpretativa.

Uno de los problemas más relevantes de la realización de la justicia, vinculado con la función de la autoridad judicial esencialmente independiente, es el de la interpretación de la ley. Su particular relevancia deriva del

hecho de que la selección de las normas concretas aplicables, concretada en su sentido específico, es requisito previo indispensable de su posterior aplicación. La seguridad jurídica de los ciudadanos, protagonistas pasivos de la realización de la justicia, exige una cierta previsibilidad de la concreción del sentido de la ley, definido en su interpretación. Simultáneamente, la dinámica social, el progreso de las relaciones sociales y de la solución de sus conflictos, y también el avance de la ciencia jurídica, exigen una cierta fluidez, y una cierta movilidad en los resultados de la interpretación de las leyes aplicables. En estas coordenadas contradictorias de previsibilidad y movilidad se desenvuelve la independencia judicial en su función de interpretación de las leyes.

La interpretación puede ser acertada, o desacertada. La corrección de las disfunciones que se produzcan en la función hermenéutica del aplicador de la ley, sean de la magistratura decisoria, sea de la magistratura postulante, se realiza, naturalmente, en el propio ámbito jurisdiccional, por medio de las instancias superiores de

jurisdicción. Cualquier perspectiva de corrección represiva, disciplinaria o directamente punitiva, debería ser erradicada de un sistema judicial que se tenga por democrático y respetuoso con la independencia judicial. Siguiendo el criterio de la CEDH que nos recordaba Erik Alt, un magistrado sometido en su interpretación de las leyes a similares correcciones punitivas queda privado de su independencia, deja de ser auténtica autoridad judicial. Con esta perspectiva se está valorando con encomiable severidad y celeridad en la Unión Europea la reforma constitucional húngara. Y con este mismo criterio debería valorarse el enjuiciamiento a que está siendo sometido Baltasar Garzón, magistrado español que asumió una interpretación minoritaria de la ley procesal y de las leyes de amnistía de los crímenes de la dictadura, en el ejercicio de su función como juez instructor de determinados asuntos de gran relevancia mediática.

EL CIUDADANO.

Participación institucional.

El objetivo congresual prioritario es el destinatario de la realización de la justicia, que debería ser, además, partícipe en dicha realización, conformando su doble condición de protagonista pasivo y activo del servicio público de administrar justicia. Las constituciones lo proclaman solemne y enfáticamente. El artículo 20 de la portuguesa, o el artículo 24 de la española lo hacen. Y la tutela judicial efectiva se ha convertido en un concepto de general y dispersa invocación.

Una primera previsión constitucional de participación activa de los ciudadanos en la realización de la justicia es la de la participación institucional en el supremo órgano de gobierno de la administración de justicia. Una vez más debo expresar mi admiración por la claridad de la fórmula del artículo 218 de la Constitución de Portugal, previendo la formación del Consejo Superior de la Magistratura. Así mismo, no puedo ocultar la sana envidia que, como fiscal español, me produce el siguiente artículo 220, que otorga rango constitucional al Consejo Superior del Ministerio Público, imponiendo la obligatoriedad de la presencia en él de miembros elegidos por la Asamblea de la República,

en una inequívoca expresión de la voluntad de imponer la participación activa de la representación popular en el gobierno del Ministerio Público.

En España el artículo 122.3 de nuestra Constitución que introduce el Consejo General del Poder Judicial, no es un artículo feliz. Su compleja redacción ha generado problemas, y ha permitido abrir debates de contenido ideológico y corporativista que deberían haber sido zanjados desde el inicio de nuestra convivencia democrática. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en su regulación de la forma de elección de los miembros del Consejo, fue cuestionada por supuesta inconstitucionalidad por los propios jueces, ante el Tribunal Constitucional. Esto ya es preocupante. Y el Tribunal Constitucional, en 1986, no dio la razón a los jueces. Esto también es preocupante. Con estas recíprocas y sucesivas impugnaciones y descalificaciones es razonable que la confianza cívica en el órgano de gobierno de los jueces sea escasa.

En cuanto a la participación activa de los ciudadanos en el gobierno del Ministerio Público, al modo del artículo

220 de la Constitución portuguesa, la Constitución española nada dice. Nuestro Consejo Fiscal dispone tan solo de una regulación por ley ordinaria, de inferior rango, y en ella queda excluida cualquier participación externa a los miembros del Ministerio Público. El Consejo Fiscal es simplemente un órgano corporativo parcialmente representativo, deliberante, sin facultades decisorias vinculantes para el Fiscal General. Por esto es lógica nuestra sana envidia. La Unión Progresista de Fiscales ha formulado desde hace años su preferencia por una composición mixta, con participación popular, sin éxito, naturalmente.

Participación y confianza.

Ahora deberíamos dejar la participación institucional de los ciudadanos en los órganos de gobierno de la magistratura, y descender de las grandes palabras a la prosaica realidad. Es necesario recordar lo que los ciudadanos piensan y esperan de este servicio público. Solamente cabe esperar una participación cívica activa voluntaria y eficiente si el ciudadano participante valora

positivamente la institución en la que se le ofrece participar. En otro caso su relación con la justicia será solamente obligada, o desconfiada, distante, temerosa u hostil.

Los datos que proporciona la Comisión Europea para la eficacia de la justicia, del Consejo de Europa, son significativos. Los elementos básicos para la valoración son, por un lado los internos, como la independencia de los jueces y la igualdad ante la justicia, y por otro los instrumentales, como las instalaciones, la seguridad y otros similares. En los Países Bajos la satisfacción de los ciudadanos con la justicia es del 81%, aunque la de los profesionales, abogados etc., es menor, del 73%. En Francia (Angouleme) la referida Comisión valoró en 3,30 la confianza, en 4,30 la atención y en 4,1 la inteligibilidad, todo ello sobre un límite máximo de 6. En Italia se observa una notable y sintomática diferencia. En Turín la confianza alcanza un 50 %, y en Catania un 25%. En España el desprestigio de la justicia es muy acusado, y este demérito tiende a pronunciarse, aproximándonos en esto más a Catania que a Turín. El Libro Blanco de la

justicia, del Consejo General del Poder Judicial, (CGPJ) señalaba que la justicia es una de las instituciones peor valoradas. La 13ª de 15, mereciendo una nota de 3,6 sobre 10. El Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) señala que el 44% de los ciudadanos españoles tienen poca confianza en la Administración de Justicia. Los recientes asuntos judiciales de Garzón, afectando severamente al prestigio del Tribunal Supremo, razonablemente harán disminuir todavía más la confianza cívica. En estas condiciones, en España, la invocación de la constitucional tutela judicial efectiva, resulta poco creíble para una proporción importante de ciudadanos. No es fácil esperar de estos una implicación voluntaria, solidaria y receptiva, en cualquier dimensión, ni siquiera accesoria, del aparato judicial.

A estos datos globales debe añadirse que los ciudadanos consultados por tan respetables instituciones oficiales españolas, como son el CGPJ o el CIS, no representan la totalidad de los que, en un momento u otro, pueden llegar a ser usuarios del servicio público de administrar justicia. Son los que requieren el amparo

específico del Ministerio público, como los incapaces, los menores desamparados, o los extranjeros en situación irregular. Estos ciudadanos, sujetos pasivos de la justicia, tampoco encuentran reflejo directo de su voluntad en el órgano de soberanía representativo que es el Parlamento. Su voluntad directa no se traduce en inmediata aritmética electoral y no genera voluntad legislativa directa, sin perjuicio de cuanto realizan los representantes políticos, procurando recoger indirectamente los intereses de aquellos.

El ciudadano, como protagonista activo en la realización de la justicia es mucho más que el usuario interviniente de los tribunales. No es solo el miembro, obligado, del jurado popular. No es solo el testigo, obligado también, que deberá declarar ante el juez. Es interviniente todo el que ejerce acciones civiles o penales, todo el que demanda la tutela judicial en cualquier orden jurisdiccional, todo el que necesita defender sus derechos ante los tribunales.

También la voz de los ciudadanos expresada mediante los medios de comunicación es un modo de participación activa, aunque indirecta o colateral, en la realización de la justicia. Las críticas, las valoraciones, las exigencias, y todo cuanto deriva del normal ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión y comunicación conforma un entramado complejo y plural que incide, de un modo u otro, en la realización de la justicia. Buena parte de los elementos normativos extralegales de determinados tipos penales no son más que expresión de la sensibilidad cívica imperante, que se expresa a través de los medios de comunicación.

Los magistrados, ciudadanos.

En el entramado de la ciudadanía se encuentran los magistrados, y también los magistrados del Ministerio Público, en su irrenunciable dimensión de ciudadanos, dimensión externa a la jurisdicción, de manera individual o colectiva. Los sindicatos, o las asociaciones equivalentes, son el conglomerado orgánico que aglutina y canaliza esa dimensión cívica.

Los *ciudadanos magistrados* comparten determinados intereses profesionales específicos y diferenciados, corporativos, económicos y sociales, defendibles desde distintas perspectivas y con distintos planteamientos ideológicos o corporativos, con independencia de su respectiva función jurisdiccional.

Es imprescindible establecer una línea de separación conceptual, jurídica e ideológica, entre el *ciudadano magistrado* y el *magistrado-servidor público*. Este último es el administrador de un Poder del Estado. Es el depositario de una función blindada por la independencia y la imparcialidad. El *ciudadano magistrado* es un trabajador que, con independencia de su alta función laboral, tiene unos derechos cuya defensa no se le puede impedir.

Esta imprescindible separación conceptual debe tener, como consecuencia, la separación estratégica entre los objetivos del Ministerio Público y los de los sindicatos o asociaciones que agrupen a sus miembros. Los objetivos del Ministerio Público se circunscriben a las funciones institucionales, orgánicas, procesales y jurisdiccionales,

emanan de su estructura jerárquica y vinculan a todos sus miembros. Los objetivos de los sindicatos o asociaciones, además de abarcar a la dimensión profesional y corporativa, trascienden del ámbito institucional, conectan con los espacios ciudadanos en que se desenvuelven los asociados, según sus correspondientes adscripciones ideológicas, y, naturalmente, son esencialmente voluntarios, en tanto que derivan, no del cumplimiento de una obligación legal, sino del ejercicio de unos derechos externos a la jurisdicción.

Estos derechos trascienden de los meramente económicos o corporativos. Entre estos derechos inalienables está el de la participación cívica en “la cosa pública”. No sería justo que tan importante derecho fuera propio de todos los demás ciudadanos, y estuviera limitado para los magistrados, o confundido con su condición y estructura institucional de *magistrado-servidor público*.

En España.

Los magistrados, jueces y fiscales tienen una prohibición constitucional de afiliación a partidos políticos y sindicatos contenida en el artículo 127. Esta limitación constitucional de derechos ha sido ampliada, sin respaldo constitucional, por la ley que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 1981. Esta, en su artículo 54 limita los fines de la asociación a la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos, y a la realización de estudios y actividades encaminados al servicio de la justicia en general. La Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985 (LOPJ) en su artículo 407 recoge una fórmula similar, pero más afilada, más limitativa, que abarca también a los fiscales. En vez de admitir como fines asociativos la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia, solamente se refiere a las actividades, pero suprime la referencia a los estudios. Esta supresión se presta a comentarios inapropiados. También establece la LOPJ la prohibición de llevar a cabo actividades políticas o tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos.

Los jueces y fiscales, en su condición de ciudadanos, no deberían tener más limitaciones a sus derechos civiles y políticos que los que determine la Constitución. La prohibición del artículo 127 no debe ser una privación plena de los derechos sino una limitación equilibrada por el ofrecimiento de otros cauces de ejercicio de tales derechos. Son los cauces asociativos. La prohibición de actividades políticas, sin pertenecer a partidos políticos, es tan imprecisa como la concreción de lo que significa actividad política. La imprecisión se presta a una interpretación amplia, que admita toda actividad conceptual o material de dimensión política o ideológica, sin pertenencia orgánica a un partido político. Pero igualmente sería compatible con una interpretación restrictiva que impidiera cualquier actividad o estudio de contenido ideológico-político. La prohibición legal de vinculación con partidos políticos o sindicatos plantea iguales problemas interpretativos y aplicativos. Puede entenderse como la prohibición de establecer lazos orgánicos estables, o puede entenderse como la prohibición absoluta de cualquier tipo de relación.

El legislador ordinario ha sido más desconfiado que el constitucional en relación con la dimensión cívica de los jueces y fiscales españoles, a la hora de garantizar y preservar la apoliticidad de la magistratura. Y de nada le ha servido. Los ciudadanos siguen estimando que una de las principales causas de desconfianza hacia la justicia es la de su politización.

Una buena muestra de la ineficacia, o la insuficiencia, de estas normas difusamente limitadoras de derechos civiles y políticos de los fiscales es el contenido de los Estatutos de la Unión Progresista de Fiscales. Proclamamos nuestro compromiso de contribuir al establecimiento de una sociedad democrática avanzada. Este compromiso implica una actividad necesariamente política, aunque el cauce de nuestra contribución sea solamente jurídico, pues es sabido que una actividad política puede ser, simultáneamente, jurídica. También proclama la UPF su voluntad de establecer relaciones con los sindicatos y toda clase de asociaciones cívicas y entidades que componen el cuerpo social a fin de conectar con las preocupaciones sociales. Una interpretación

restrictiva de la prohibición antes comentada sería letal para este propósito asociativo.

Los magistrados y los fiscales son ciudadanos, tienen como tales unos derechos civiles y políticos cuya limitación esta acotada por las previsiones constitucionales. Aún en el seno de unas estructuras jerárquicas, y en el acatamiento de leyes limitadoras, el ejercicio de aquellos derechos desborda cualquier limitación, haciéndola difusa y obsoleta.

La voluntad colectiva de participar, fuera del ámbito jurisdiccional, en la convivencia ciudadana, es incuestionable e incontenible. Las actividades jurídicas de contenido político, o de consecuencias políticas, así como la construcción de relaciones con los sindicatos y otras entidades cívicas, seguirán siendo una de las señas de identidad de la UPF, y la mejor expresión de que los fiscales, además de ser *servidores públicos* son, incuestionablemente, *ciudadanos*.

EL DESARROLLO.

A cada cual según sus necesidades.

La fórmula de Ulpiano, *ius suum quique tribuere*, conecta directamente con las señas de identidad del Estado social y democrático, caracterizado por la redistribución de la riqueza. Dar a cada cual lo suyo debería equivaler a la histórica consigna decimonónica de dar a cada cual según sus necesidades, y recibir de cada cual según su capacidad. También debería equivaler al aforismo definitorio de la equidad jurídica, como tratamiento desigual a los desiguales.

Concebido el desarrollo social en estos términos de equidad dinámica, se nos plantea la necesidad de analizar cuales podrían ser las líneas fundamentales de actuación del Ministerio Público propugnables desde perspectivas sindicales o asociativas de progreso, que no pueden formularse al margen de la actual situación económica y social que atenaza a Europa.

No es necesario detenernos en la descripción de la actual crisis. La literatura especializada o divulgadora que la analiza es abrumadora en su abundancia y calidad. La crisis, según tales análisis, tiene unos factores y protagonistas activos desencadenantes, y tiene unas

consecuencias y protagonistas pasivos, constituidos en verdaderas víctimas. Factores y consecuencias, protagonismos activos y pasivos, generan efectos de conflicto, de litigio, que acaban afectando a la actividad jurisdiccional. Esta afectación es la que nos exige una especial atención.

Es clásica la distinción entre crisis *del sistema* y crisis *en el sistema*. Es una distinción simplemente conceptual, sin pretensiones de ciencia económica, útil para extraer consecuencias en nuestro ámbito. Una perspectiva razonablemente nublada por la crudeza de la realidad actual tiende a hacer ver la crisis del sistema como consustancial al mismo, esencial, “natural”, inevitable. La crisis “en el sistema” sería, según dicha distinción, una patología del propio sistema, y por lo tanto incidental, disfuncional, superable. Tan solo en este segundo supuesto parecería posible una incidencia efectiva de las instituciones correctoras, o de las instancias sociales coadyuvantes. Este sería el único espacio operativo para el Ministerio Público, y para los sindicatos o asociaciones de sus miembros.

El quinto poder

La crisis *del sistema* se presenta como consustancial al mismo, como una fase ordinaria de los altibajos de su desarrollo, derivados de las naturales fluctuaciones de la libertad de mercado, en una sociedad globalizada. Es la última edición, corregida y ampliada, del *laissez faire*.

Una consecuencia lógica, “natural” de ello sería la pretensión o reivindicación de “desregulación” de los mercados. O lo que es lo mismo, el no sometimiento a ninguna regla, sino a las suyas propias del mercado. La proclamada desregulación no sería más que la autorregulación de la antisocialidad. Estarían dentro de tales reglas, que el Estado social no podría interferir, la sacrosanta opacidad incompatible con cualquier transparencia “ad extra”, la competitividad sin freno, la insaciable voracidad, y la inhumanidad.

No es excesivo hablar de inhumanidad cuando ya se anuncian sacrificios insoportables a los Estados, limitaciones y controles inimaginables a su soberanía, destrucción implacable de completos sectores productivos,

colectividades condenadas a la exclusión social, crecimiento alarmante de bolsas de pobreza. Todo ello es inhumano y antisocial.

Es antisocial, pero desde perspectivas jurídico-penales no es típico. Son comportamientos de planificación macroeconómica, situaciones sociales, catástrofes económicas que implican una manifiesta transgresión de pautas sociales y éticas, pero carecen de previsión jurídico-penal. La atipicidad es expresión de la ausencia de reproche penal, o, si se prefiere, el clamoroso reproche social que merece aquella transgresión no tiene una traducción efectiva en un reproche penal proporcional, atendida la gravedad de los efectos. En estas condiciones el Poder Judicial, la magistratura, el Ministerio Público, carecen de incidencia efectiva, porque no es asunto de su competencia.

Algunos autores, poniendo al día a Montesquieu, habían llegado a hablar del cuarto poder, refiriéndose a los medios de comunicación. Desde hace poco tiempo se ha empezado a hablar de un quinto poder. Con una perspectiva liberal ven este quinto poder en la facultad del

Estado de interferir en las finanzas y los mercados, condicionando su natural desarrollo.

A partir del inicio de esta crisis habría que cambiar el concepto, si no se mantienen a ultranza los dogmas liberales. El verdadero quinto poder son los mercados, que condicionan la actuación de los Estados, imponiéndoles reglas inflexibles económicas, sociales y políticas. Los poderes de Montesquieu aparecen como casi residuales, o al menos subordinados. Los Estados se muestran asediados, condicionados y restringidos severamente en su soberanía, ante aquellos poderes fácticos convertidos en el verdadero quinto poder. Y las instituciones, entre ellas las judiciales, aparecen como ajenas al acontecimiento, como ante un fenómeno natural, un “tsunami” imprevisto e inevitable.

Patologías del sistema.

La crisis *en el sistema*, es decir, la nacida en el interior del sistema, sería, según se dijo, una patología del propio sistema. Implicaría una incompatibilidad relativa

con las reglas “naturales” del sistema. Por ello el reproche social que generan estos comportamientos transgresores sí tiene su reflejo en un reproche penal. Una expresión muy característica de esta transgresión perturbadora del sistema son los llamados delitos de “cuello blanco”. En muchas ocasiones estos delitos significan la desaparición de inmensas sumas de dinero, casi inimaginables para el ciudadano ordinario. Pero, no obstante, los efectos sociales y macroeconómicos resultantes no alcanzan los niveles de inhumanidad que es capaz de producir el “quinto poder”.

Siendo una patología del sistema, a este le interesa su corrección. Por ello el reproche social se traduce en reproche penal. Por ello la opacidad es inoportuna y la transparencia exaltada, aunque a veces más formalmente que efectivamente. Los miembros del Ministerio Público en su actuación frente a esta compleja delincuencia saben muy bien que, con frecuencia, la referida patología no recibe del sistema todo el reproche social que merecería. O dicho de otro modo, la enfermedad se tolera como crónica, o como una deformidad con la que se convive apaciblemente. Y esto es grave como síntoma de deterioro

del reproche, de desmoralización social. Y genera graves y crecientes dificultades en la persecución penal encomendada al Ministerio Público.

A todos los protagonistas de la realización de la justicia corresponde desacralizar el quinto poder, combatir el sentimiento de fatalidad expresado en relajamiento del reproche social. Especialmente este compromiso afecta a los protagonistas cívicos activos, y de entre ellos, desde luego, a los sindicatos o asociaciones de magistrados, y del Ministerio Público.

A los operadores jurídicos con perspectiva de progreso, y muy especialmente a los agentes del Ministerio Público, en el ejercicio de su función, corresponde la búsqueda de fórmulas legales imaginativas de enfrentamiento al “tsunami” del quinto poder. Su estudio, contraste, comunicación y plasmación son actividades de fundamental relevancia y trascendencia. Cabría decir que, con ocasión de esta crisis, deberíamos empezar a pensar en la redefinición del histórico uso alternativo del derecho. Las funciones que prevén los

estatutos de nuestros sindicatos y asociaciones nos abren las puertas para ello.