

DECISIONES JUDICIALES: DESORDEN, ORDEN OCULTO Y DEMOCRACIA

JURIDIC DECISIONS: DISORDER, HIDDEN ORDER AND DEMOCRACY

Jorge Sobral*
J. Antonio Gómez Fraguela**
Ángel Prieto***

**Universidad de Santiago

*** Universidad de Murcia

RESUMEN

El presente artículo analiza las vinculaciones entre el estado y el individuo, haciendo especial énfasis en el contrato que otorga poderes al estado para detener, juzgar y sancionar a los individuos que lo componen. Así pues el contrato social, el conocimiento judicial en sus diferentes formas, la función judicial y el desorden de la misma por las limitaciones con que se enfrenta este sistema son los diversos elementos revisados por el autor. A lo largo del texto, encontramos referencias a como esperamos que funcione el sistema y como funciona realmente, enfrentándonos a los diferentes órdenes del mismo: el desorden oculto y el orden profundo del sistema.

PALABRAS CLAVE: *Función judicial, contrato social, conocimiento judicial, justicia.*

ABSTRACT

This paper examines the linkings between individual and state, laying stress on the contract that powers the state to arrest, judge and penalize those individuals. So on, the

* Enviar correspondencia a : Olga Gutiérrez Martínez. Facultad de Humanidades y CC. EE. Cañada de San Urbano, s/n. 04120-Almería. e-mail: omartie@ual.es. Tfno: 950 01 50 92. Fax: 950 01 54 71.

social contract, the juridic knowledge, the juridic function and its disorder because of its limitations are diversified factors that the author analyses. Along the paper, we can find references to what we expect from the juridic system and how it really works, facing its different orders: disorder, hidden order and its deep order.

KEY WORDS: *Juridic function, social contract, juridic knowledge, justice.*

INTRODUCCIÓN

Nos gustaría hacer patente la intención de análisis "de sistema" que tienen las ideas expresadas en este trabajo; sería torticero entender que en ellas se contenga ninguna suerte de "ataque personal" a tantos y tantos jueces que desempeñan su trabajo, según su leal saber y entender, lo mejor que pueden. Entendemos las reacciones de perplejidad, incompreensión y hasta de indignación que se producen a menudo entre nuestros jueces (y también, últimamente, entre aquellos ciudadanos a los que haya correspondido la tarea de ejercer como *jurados*), cuando se enfrentan a toda una sarta de sesudos análisis, frecuentemente hipercríticos, elaborados en ámbitos académicos, intelectuales, mediáticos, ... Desde su supuestamente aséptica y descontaminada perspectiva periférica, juzgan al juzgador sin conocerle, su desempeño (profesional o lego) sin haber catado nunca tarea parecida y se erigen en vigias desde atalayas privilegiadas en las que uno ve sin ser visto, examina sin ser examinado, y, de modo más o menos consciente, acaban por transmitir el mensaje de que, si ellos fue-

ran jueces, se acabarían las dudas, resplandecería la certidumbre y solo actuarían bajo la acogedora sombra del paraguas de la ley, una ley sin recovecos ni fisuras ni matices, como aquella que, tal como deseaba Montesquieu, estuviese hecha de palabras (entiéndase por extensión "ideas") tan diáfanas y cristalinas que solo necesitasen de una boca para ser pronunciadas. Bocas, además, equivalentes, uniformes, meras e instrumentales voceadoras de Verdades que parecerían evidentes con solo ser enunciadas. Ojalá las cosas fueran tan sencillas.

Ahora bien; aún estando muy lejos de tal afán de derribo, y por bien intencionado que el análisis sea, las decisiones judiciales siempre estarán en el centro de cualquier intento de mejor comprender las vinculaciones del ciudadano con el Estado, del sujeto con los poderes coercitivos que él mismo, a través de sus representantes, se supone que ha delegado democráticamente, en ese particular *contrato* que el individuo establece con la colectividad en los ordenamientos jurídicos de los sistemas que solemos llamar democráticos.

Es evidente que las decisiones judiciales constituyen una de las vigas maestras en tomo a las que es posible edificar una arquitectura psicojurídica; las decisiones judiciales son un denominador común transversal a los tópicos más usuales en el campo. Pero es *común* no como el ladrillo lo es a lo edificado: algo que se encuentra allí donde se mire, que está en aquello que se quiere describir, sino que lo es al modo en que lo sería la voluntad del arquitecto, responsable último de los procesos en torno a la edificación. Así, la decisión judicial es presencia (aún cuando no aparezca en la cercanía de la primera vista) activa, generadora, diseñadora de *realidades* en su derredor.

Pero es que, además, las decisiones judiciales son las de unos ciudadanos con poderes muy especiales e intensos. Lejos de aquella función que les era conferida en el Estado absoluto, cuando los jueces no eran sino una prolongación del soberano y actuaban como "delegados" del mismo, cuando su independencia era la del Rey, y sus palabras las que este hubiera pronunciado si estuviera presente, con los orígenes del Estado liberal, a comienzos del siglo XIX, se produce una alteración sustancial del viejo equilibrio de poderes que deviene en una amplia expansión del poder de los jueces. La naciente y creciente convicción de que, aún a pesar de los *nomófilos*, las leyes no pueden anticipar y presuponer toda la complejidad de la vida real, deriva la labor de los jueces hacia el ámbito de lo interpretativo, metamorfoseándose de voceadores de la ley en auténticos "creadores" de derecho. Es más, la extensión de la idea americana del control judicial/constitucional de la legalidad se materializa en las competencias de control sobre la propia producción legislativa del Parlamento. Es en ese contexto en el que cobra sentido, si hablamos de España, la

referencia al Tribunal constitucional como una "tercera cámara" (Rodríguez Bereijo, 1999) que, de facto, opera con poderes de bloqueo sobre eventuales producciones legislativas de las otras dos (Congreso y Senado). Y, por si fuera poco, es bien conocida la intención de buena parte de la judicatura de *autogobernarse* corporativamente, minimizando la representación de origen político en el órgano de gobierno de los jueces (El Consejo General del Poder Judicial), lo cual, en nuestra opinión, no haría sino profundizar en el déficit democrático de origen en el ejercicio del vasto poder judicial.

No parece necesario, pues, insistir mucho más en que cualquier reflexión sobre las decisiones judiciales lo es, finalmente, sobre uno de los aspectos sociopolíticos de mayor relevancia en las llamadas democracias occidentales. Más allá del interés académico que las decisiones judiciales tienen intrínsecamente y que, como ya queda dicho, *horizontaliza* la práctica totalidad de los tópicos que hemos dado en incluir bajo la sombra lingüística de la Psicología Jurídica, son un elemento decisivo para la comprensión de las dinámicas de poder que se establecen en nuestras complejas y modernas sociedades.

ALGUNAS CONSIDERACIONES CIENTÍFICAS PROTOPOLÍTICAS: MODOS DE CONOCIMIENTO JUDICIALES Y CONTRATO SOCIAL

Quizás pueda sorprender a algunos que se pueda sugerir un acercamiento desde la psicología a las sentencias (y, por consiguiente, a la pena) y a los jueces que las dictan, desde una idea contractual; ciertamente, ello implica la adopción de una perspectiva un tanto más "liberal", en el sentido del papel del ciudadano

como ente activo y responsable en la dinámica social, y la correlativa asunción / delegación de cuotas de responsabilidad. Claro está que lo dicho, y lo que ahora se dirá, solo tiene sentido en el marco de los sistemas democráticos. (No entraremos por ahora en la discusión de hasta qué punto son democráticos los sistemas de las llamadas *democracias occidentales*; asumimos aquí que funcionan bajo el supuesto de que aspiran a garantizar cierta capacidad de los ciudadanos para estar *representados* allí donde reside la *soberanía popular* y se elaboran las leyes).

Desde ese punto de vista, la teoría plantea que el ciudadano está muy lejos de ser un ente pasivo, considerado no más que simple destinatario (beneficiario o sufridor) de las iniciativas legislativas tomadas por otros *ajenos* a él. El mecanismo de *participación* en la libre *elección* de su *representación*, así como su posterior control, le configurarían como un ente activo, dinámico protagonista del curso de los acontecimientos colectivos. Todo ello será tanto más cierto cuanto mayor sea la pureza con que funcionen esos mecanismos, esto es, cuanto menor sea la influencia ilegítima de poderes ocultos, grupos de presión, intereses desinformadores y manipulativos de los media, etc.

Por lo tanto, el entramado conceptual democrático presupone que el *ciudadano* lo es porque deja de ser súbdito, y es así como debería entenderse el proceso que devendría en que las limitaciones, prescripciones y restricciones que eventualmente contengan las leyes deben ser entendidas como *autolimitaciones* o *autorestricciones*: sería él quién establece libre y responsablemente un convenio con su comunidad, contratando sistemas de resolución de conflictos, modos de intermediación, procedimientos de castigo...

Así, por ejemplo, cuando se delega en el Estado el uso coactivo de la fuerza, se establece con él un contrato implícito en el que, a cambio de su protección, cada individuo depositaría su cuota parte de libre arbitrio e iniciativa en ciertos ámbitos de actuación. Es así como cobrarían auténtico sentido y significado psicosocial representaciones colectivas tan sólidas en democracia como aquella que nos impediría "tomarnos la justicia por nuestra propia mano": no deberíamos hacerlo porque esa justicia nos la deparará la representación institucional del *nosotros*, de la comunidad: el Estado, en el que también "estoy", al que también "pertenezco" y en el que "influyo"; luego el corolario es evidente: cuando el Estado hace justicia, de algún modo se estaría haciendo también "por mi propia mano". Ese y no otro debería ser el vínculo psicológico que la teoría democrática tendría que robustecer entre el ciudadano y el imperio de la ley, entre el ciudadano y las instituciones *representativas*, entre el sujeto como ente individual y su comunidad.

Tal digresión parece imprescindible para iluminar lo que ahora se quiere decir: al igual que en el ámbito tributario nadie paga impuestos de manera placentera, y la necesaria coerción que el Estado ejerce solamente se puede legitimar psicosocialmente a través del concepto de *autoimposición*, (véase Pérez Royo, 1998 en la medida en que uno - sus intereses personales, de grupo, etc. - esté representado allí donde se elaboran las leyes que contemplan las obligaciones tributarias de cada uno de nosotros, así sería la legitimidad que el Estado tendría para demandarnos coactivamente el cumplimiento de tales obligaciones, dado que estas habrían sido de algún modo autoimpuestas; de nuevo la perspectiva *contractual* entre el individuo y la

comunidad parece muy apropiada), en el ámbito **penal**, por ejemplo, debería quedar claro algo similar: ya que el sistema de penas en que se expresa el reproche social ante la transgresión de la norma ha sido elaborado por nuestros *delegados*, la vía psicológica hacia la legitimación moral de los daños asociados a la pena (al castigo) debe ser su consideración desde el prisma de algo así como la **autopenalización**: el agregado colectivo institucional actuaría, incluso si contra mí fuera, para cumplir mi propio *mandato*.

Ante los resabios evidentes de un cierto utopismo que este planteamiento refleja, no sobraría señalar algunas de las distancias que en la praxis social cotidiana sigue habiendo respecto a este vínculo psicosocial deseable entre el sujeto, la ley y su aplicación: una operacionalización práctica del concepto de participación tan superficial que algunos no dudarían en calificarla de simple maquillaje (el voto periódico como instrumento casi único), la marginación de todo tipo de minorías (étnicas, de edad, de género), la construcción de la opinión pública a través medios de comunicación al servicio de los poderosos, y un largo etc. Y en ese listado de amenazas al ideal vínculo psicosocial democrático arriba delineado, no es de las menos importantes la percepción tan extendida acerca de sistemáticas violaciones en el funcionamiento de ese vínculo *contractual* en el ámbito de la administración de justicia.

Contratos, narración de los hechos y hermenéutica judicial

Desde nuestro punto de vista, la posibilidad de que tal contrato entre el ciudadano y la colectividad, al menos por lo

que hace a la aplicación de las leyes, se transforme en un vínculo psicológico efectivo, es decir, asumido como necesario y legítimo, se sustenta en la satisfacción de una serie de requisitos:

- a) Claridad en la redacción de los términos del contrato; este es un problema de técnica jurídica al servicio de los objetivos sociales perseguidos en el que, por razones obvias, no vamos a entrar, aunque no está de más denunciar una vez más la tendencia al uso de jergas oscurantistas con que se envuelven deliberada e innecesariamente gran cantidad de disposiciones legales.
- b) Representatividad social de los aspectos valorativos implícitos en los términos del contrato; si alguien quisiera hoy en día penalizar el divorcio sería probablemente entendido como un ente ajeno a nuestras representaciones sociales dominantes; el principio de identificación en que debe sustentarse el proceso al que antes hemos llamado *autopenalización* se vería imposibilitado, produciéndose una reacción de alienación respecto a las fuentes de control sobre nuestro comportamiento.
- c) Sería imprescindible que se produjera una percepción concordante sobre la **universalidad** de su aplicación, al menos sobre la intencionalidad de conseguir tal objetivo: no puede haber privilegiados ni excepciones. Si tal cosa ocurriera es fácil suponer que se produciría un inevitable proceso de desvinculación por parte de aquellos individuos o grupos sociales que se perciben comparativamente maltratados;

d) Es necesario que existan unos elevados niveles de acuerdo en lo concerniente de hasta qué punto determinadas conductas violan los términos del contrato y cual debe ser el grado de reproche (por ejemplo, cuantificación de la pena) que tal comportamiento merece. Si aquellos a cuya consideración delegamos la interpretación de estos factores (jueces) difieren de manera llamativa entre sí (bien en la *construcción* del veredicto, bien en la *selección* de la sentencia), el vínculo al que venimos aludiendo se rompe inexorablemente, con todos los perjuicios que es fácil suponer que implica tal fenómeno para la cohesión de una comunidad. El *contrato de contingencias* se vería afectado por algunos de esos virus contra los que los expertos en tales menesteres nos han advertido: falta de claridad en las asociaciones reforzantes a establecer, excepcionalidad, privilegios o agravios comparativos... Se abre así la puerta a la percepción de *arbitrariedad*, con la subsecuente y absoluta deslegitimación de los *aplicadores* (y, por extensión, de los creadores) del programa. No es de extrañar, por lo tanto, que cuando reflexionamos sobre los datos arrojados por diversas encuestas del CIS que se han conocido en los últimos años, o sobre resultados que nosotros mismos obtuvimos evaluando percepciones de estudiantes universitarios (Sobral y Prieto, 1994), el poco aprecio mostrado hacia los jueces se vincule a una consideración de estos como individuos que sirven a ciertos intereses que no son precisamente los de todos, que ejercen

el poder de un modo excesivamente *personal*, esto es, con demasiada dependencia tanto del *juzgador como del juzgado/ay*, como no, de la cosa a juzgar.

Lejos de nosotros la osadía de creer que tales requisitos o condiciones sean listado suficiente; pero de lo que sí estamos razonablemente seguros es de que se trata de elementos necesarios para que la justicia (penal y no solo) sea democráticamente asumida e interiorizada en algún grado mínimamente satisfactorio. Desde una perspectiva psicosocial, no hay ley más eficaz que aquella que se hace hueco en nuestro universo mental, adoptando el modo de *estándar de conciencia*.

Ese *contrato*, (llamélese como se le llame), con condiciones más o menos exigentes, ha sido echado en falta por muchos. Es inacabable la lista de aquellos que han reflexionado acerca de la necesidad de dotar de un cierto *objetivismo* al ideal de justicia; una justicia que permitiera, como en el mito de las tablas de la ley, que todos los miembros de la comunidad asumieran cuáles son los caminos que conducen al cielo. Tendríamos así perfilada una justicia ajustada al ideal de las ciencias *positivas*, igualitaria, equitativa, homogénea y, sobre todo, llena de seguridad (jurídica y psicológica). En muchos contextos históricos y sociopolíticos se ha clamado por un contrato *perfecto* como éste.

Admitamos que el equipamiento intelectual-cognitivo del juez debe entrar en interacción con una realidad a menudo compleja y poliédrica, llena de matices y con perfiles borrosos. No podemos esperar que todos los jueces estén dotados de capacidades lógico/analíticas tipo

Sherlock Holmes, que garanticen el logro de verdades universales e indiscutibles que se desprendan del rigor lógico con la misma naturalidad que el fruto maduro del árbol; el ajuste entre dos sistemas de alta complejidad, a saber, la(s) realidad(es) y el que debe dar cuenta de ella(s), puede producir outputs decisionales diferentes, fruto de procesos *intra* de los que pretendemos ocuparnos aquí.

Bien. Una vez convenido que el contrato *perfecto* parece imposible, deberíamos concordar también que con demasiada frecuencia el estado de nuestro contrato podría ser calificado de *caótico*, (y utilizamos aquí lo de caótico en el sentido en que tal estado de cosas, relativo a veredictos contradictorios y sentencias dispares, pudiera describirse genuinamente desde la *teoría del caos*, y el estudio de veredictos y sentencias necesitase ser abordado desde el *efecto mariposa*, de modo tal que asumamos que una amplísima y absolutamente imprevisible panoplia de factores estrictamente extra-jurídicos (e intra-psicológicos) puedan condicionar el resultado de la decisión judicial). Luego volveremos sobre este planteamiento. Estaríamos entonces (de hecho, creemos que esta es una buena descripción de la opinión pública al respecto) ante un contrato que ha perdido toda su función clarificadora y vinculante: simplemente, se ha vuelto incomprensible, y de nada sirve para establecer los puentes correctos entre el análisis de la propia acción y la responsabilidad ante la colectividad. ¿Sería necesario conocer la *ideología* del juez, su género, su edad, sus fantasmas personales..., para tener una mínima capacidad de pronóstico acerca de qué decisiones judiciales recaerán sobre ciertos asuntos?. Si la respuesta a esta pregunta fuera total o parcialmente positiva, a nadie debería extra-

ñar los fuertes sentimientos de desvinculación que muchos ciudadanos sienten ante nuestro sistema de justicia.

Tal vez, al menos provisionalmente, pudiéramos convenir también que, admitido que una cierta disparidad sea inevitable, la variabilidad inter-decisiones será o no un problema según cual sea la intensidad cuantitativa del fenómeno. Permitásenos, pues, antes mencionar algunos estudios que nos posibiliten formar juicio al respecto, hacer un breve recorrido por algunos de los *modelos* que se han ido diseñando para enmarcar las decisiones judiciales, para analizar después el proceso *constructivo* de tales decisiones (la búsqueda de la *verdad judicial*).

Aproximaciones jurídicas a la función judicial

Quisiéramos encuadrar ahora la cuestión en los modelos tradicionales sobre la función judicial que los análisis acerca del *razonamiento jurídico* han ido diseñando a lo largo del tiempo; veremos si, como algún ilustre jurista reclama, la intervención de las ciencias del comportamiento en el análisis del fenómeno puede iluminarlo de algún modo, *narraremos* la génesis narrativa de la verdad judicial, y, finalmente, haremos alguna sugerencia que pudiera ser aplicable en el intento de ganar homogeneidad entre narradores (jueces) ante la misma *historia* (hechos).

Nos gustaría aclarar la extensión del ámbito al que nos queremos referir; esto es, nada vamos a decir sobre aquellas decisiones judiciales que puedan resultar llamativas por peculiares (*desviadas*), y que correspondan a jueces con proble-

mas psicopatológicos, y cuyo trastorno haría innecesario cualquier otro análisis explicativo; tampoco tiene ningún interés a nuestro propósito referirnos a aquellos desgraciados casos de jueces venales que *narran* la realidad haciéndola deliberadamente coherente con objetivos inconfesables; ni siquiera entra en el campo de nuestro interés comentar aquellos casos en que la sentencia desviada (la *narración ex-céntrica*) sea nacida de la incompetencia técnica. En todas estas circunstancias, los orígenes de la desviación están claros, y su solución sólo puede venir de la inspección y/o sanción, la terapia y la formación.

Nos interesa mucho más abordar el razonamiento judicial desde la consideración de la honestidad general, salud mental y cualificación técnica de sus protagonistas; cuando se cumplen estas condiciones es cuando más claras quedan las fuentes de violación del *contrato* a que hemos venido aludiendo. Es decir, jueces honestos y capaces difieren en las consecuencias jurídicas de los actos enjuiciados (y en la *aceptación* de la veracidad histórica del acto mismo) en una manera tal que algunos principios fundamentales de eso que se ha dado en llamar *estado de derecho* parecen meras ilusiones.

A lo largo de la historia se le han buscado diferentes *trajes* al fenómeno (Calsamiglia, 1984). Desde el **modelo silogístico** se enfatiza la subordinación del juez a la ley; siendo así, el juez no tiene más que poner en marcha una serie de operaciones lógico-mecánicas para subsumir el caso en una norma preestablecida; tal es el formalismo de esta aproximación que, si tal norma no existiese con claridad, el juez debería renunciar a decidir sobre la cuestión. Sería una buena vía

para garantizar algunas de las condiciones que establecimos para el *contrato de autoimposición*: claridad y universalidad de resultados por la aplicación del mismo sistema lógico-formal; el juez convertido en *Sherlock Holmes*.

Desde perspectivas mucho menos formalistas surge el **modelo realista**; las decisiones judiciales son fruto de las preferencias personales de los jueces, de su conciencia subjetiva, haciendo bueno aquello sugerido por la etimología: la sentencia en su concepción latina de *sententia / sentire*, a saber, instrumento a través del cual el juez declara aquello que está *sintiendo*. (*Quo iudex per eam quid sentiat declaret*) Y es bien sabido que, como gustaba decir a Pascal, el corazón tiene razones que la razón no comprende. Buenas dosis, pues, de subjetivismo e irracionalismo. Los jueces primero deciden y luego acuden al arsenal de normas en búsqueda de aquella o aquellas que le permiten revestir jurídicamente la opción personal. No hay casos difíciles; el juez siempre tiene respuesta, porque si esta no está en la ley, el decisor la buscará aún alejándose de aquella. Desde este punto de vista, el juez acaba por tener *poder político*, de manera incongruente con los sistemas de legitimación democrática y separación de poderes. La búsqueda de un *contrato* estable, que proporcione seguridad jurídica y legitimación psicológica, se vuelve inútil.

Sí existirían casos difíciles (aquellos para los que no hay norma aplicable) para los partidarios del modelo positivista de la **discreción judicial**. El juez elige discrecionalmente entre una variedad de posibles respuestas. Es una versión más débil del modelo anterior: el juez tiene el grado de poder político que le confiere

poder elegir entre las alternativas que la ley le presenta. En la medida en que sea más homogénea la elección de una u otra alternativa, estará menos perjudicada la claridad y universalidad que exigimos a nuestro *contrato*.

Esa discreción y ese poder político no existirían en absoluto desde la perspectiva de la **respuesta correcta** de Dworkin: ésta siempre se hallará buscando entre el repertorio heredado del derecho preestablecido. El juez queda absolutamente vinculado por la ley, su función es garantizar derechos y no señalar objetivos sociales. Los casos difíciles se resuelven, en último término, acudiendo a principios generales que fundamentan tales derechos. Se sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica, tal y como se hacía en el modelo silogístico. El juez garantiza derechos, pero su función no es crearlos, tal y como le hubiera gustado a Montesquieu. El *contrato* siempre puede restablecerse: más pronto o más tarde, alguna instancia judicial encontrará la respuesta correcta, preservando el mecanismo de vinculación psico - social.

Veremos enseguida algunos datos que nos permitan elegir entre ese menú de modelos aquel que mejor parece describir la realidad a la que nos enfrentamos. Pero antes haremos algunas consideraciones sobre la lógica interna de la *construcción* de la "verdad judicial".

Relatos, metarrelatos, verdades judiciales y Verdad ausente

La posición axial de la ley en las relaciones jurídicas deriva de, al menos, los

siguientes postulados: todo está sometido a la eventual intervención de un juez; y el juez únicamente se guiaría por la Ley y el Derecho. Y, sin embargo, hay un fenómeno (*innegable*, en palabras del ilustre administrativista Alejandro Nieto; Nieto, 1998) que parece amenazar los cimientos del sistema y que obra "como piedra de toque de su autenticidad, a saber, la presencia de sentencias contradictorias. Si el Derecho es el mismo y los hechos idénticos, la conclusión tendría que repetirse. Esta forma de pensar es formalmente impecable, por lo que la existencia de resoluciones contradictorias obliga a admitir que –a despecho de lo que digan la Constitución y los libros– el juez no decide únicamente por la Ley y el Derecho sino por otras causas que interfieren la línea, aparentemente inflexible, que lleva de la misma ley y los mismos hechos a los mismos resultados". (Nieto, 1998; p.96). Dice también el profesor Nieto que el propio Tribunal Constitucional, cuando admite las sentencias contradictorias con la única condición de que los decisores expresen los criterios (o, en su caso, si es una autocontradicción, se razone el cambio de criterio), da "en el clavo: el fundamento de la sentencia se encuentra no tanto en la ley como en el criterio del juez que la aplica, de tal manera que lo decisivo no es el texto de la ley sino lo que quiere hacer con ella el juez". (Nieto, 1998; p.97). Aunque uno no quiere barrer para casa más de lo imprescindible, siguiendo su análisis no tarda nuestro laureado profesor en afirmar que la explicación a sentencias notablemente diferentes ante casos idénticos hay que rastrearla fuera del Derecho, y, más concretamente, en el ámbito de la lógica y las ciencias del comportamiento. En el bien entendido que seguimos hablando de sentencias con coherencia interna, plausibles

(defendibles, verosímiles, aceptables) o no plausibles, más que de sentencias correctas o incorrectas. El profesor Nieto defiende vehementemente una aproximación absolutamente coherente con los planteamientos de la llamada "racionalización post-decisional": el juez primero decide (de acuerdo con sus predisposiciones temperamentales, su sentimiento de justicia y su instinto) y luego razona su decisión apoyándose en las herramientas que encuentre útiles al efecto dentro del arsenal normativo disponible.

Hemos aludido, aunque de pasada y tangencialmente, a cuestiones tales como lógica y racionalidad(es), que inevitablemente nos remiten al más amplio campo de la teoría del conocimiento. Sabemos que la realidad social es constructiva, dinámica, difícil de atrapar en categorías de análisis fijas o estancas. El "conocimiento" social siempre es interpretación, más que registro fiel de una realidad externa. La vieja aspiración *objetivista* choca una y otra vez contra la imposibilidad de separar el aparato "conocedor" de aquello que está intentando conocer. Así, sesgos, prejuicios, estereotipos, teorías implícitas sobre la naturaleza humana, ideologías, (más como conjunto de valores que como adscripción partidaria a opciones políticas concretas), etc., de quién juzga son tan inseparables de lo juzgado como lo es el filtro situado ante el objetivo de la cámara del resultado final de la fotografía. Y, como telón de fondo, aparece de nuevo la vieja cuestión de los modelos de racionalidad: diferentes modos en que operan los aparatos cognitivos sobre la realidad. Tal como ha planteado Jerome Bruner (1984), probablemente hay dos modos irreductibles de pensamiento: a) el paradigmático o lógico -

científico, relacionado con aquel conocimiento que se produce sin dependencia del contexto particular y que se relaciona con el conocimiento general del mundo, y que, además, puede someterse a verificación formal y prueba empírica. Por añadidura, es aquel conocimiento que puede ser *falsable*; b) Por contraposición, el modo de conocimiento *narrativo* o *discursivo* es un conocimiento sensible al aquí y ahora, dependiente del contexto, sin pretensiones de universalidad, subsidiario de la información particular accesible, sujeto más a la verosimilitud que a la prueba, y que, lejos de ser verificado, simplemente es más o menos *creído*. Tales modos de razonamiento/conocimiento no son comparables, no pueden ser usados para contradecirse o corroborarse recíprocamente y, por último, suponen en sí mismo dos versiones diferentes del mundo. Por suerte o desgracia, el razonamiento que sustenta las decisiones judiciales es casi siempre un ejemplo de este segundo modo. En palabras de Crombag (1989; p.7): "probablemente una disputa legal es realmente un conflicto entre narraciones y una decisión judicial es, en realidad, un test de la credibilidad de dos versiones de una narración". En otro sitio hemos argumentado de modo similar, hablando del juicio como una situación de *diseño* permanente e intencional de la verdad. (Sobral, 1991).

De acuerdo con todo ello, la aplicación de la ley en la administración de justicia difícilmente podrá ajustarse al modo lógico científico y devenir en una suerte de procedimiento mecánico. Entonces, ¿dónde está el problema?. Muchos están de acuerdo en que tenemos un problema cuando todo esto desemboca en un caos narrativo, en el

que los constructores de la narración verdadera (*la verdad judicial*) seleccionan entre los materiales históricos disponibles (narraciones en disputa de las partes) unos y no otros componentes de su propio edificio de verdad, y lo hacen con ciertos sesgos sistemáticos; así, de entre las *verdades* en disputa (en *litis*) cualquiera de ellas podría llegar al final del *proceso* convertida en verdad judicial o “última palabra”, sin que de nada sirvieran las reglas que, al regir y ordenar la disputa (el agôn narrativo), se suponen al servicio de hacer mayor una probabilidad: la de que sea tenida por *verdad judicial* aquella que *verdaderamente* fuera recomposición fiel del pasado que está siendo contado: la verdad judicial como verdad *diferida*. Si cada juez *narratorio*, cuando, terminado ya el antagonismo, se convierte en narrador, se vuelve libérrimo creador “literario” de la verdad que deberá ser tenida por tal, y si reglas, códigos, prescripciones normativas y procesuales, no sirven a la génesis de narraciones mínimamente consistentes y homogéneas, entonces tenemos un grave problema respecto a lo que aquí nos ocupa: el vínculo *legitimator* del contrato a que nos hemos referido más arriba salta hecho añicos, los ciudadanos comienzan a sentir que los resultados de los procesos judiciales están sometidos a la aleatoriedad de una suerte de ruleta rusa (trucada, como más adelante se dirá), y la seguridad jurídica así como la igualdad efectiva de los ciudadanos ante la ley, se convierten en quimeras.

Párrafos atrás hemos empleado, hablando de la labor judicial, la expresión “dar cuenta de...”. Tras esas palabras se agazapa una concepción del juez como alguien que debe rescatar del “olvido” una verdad histórica, una ver-

dad fácticamente desaparecida, y contraria de nuevo a la comunidad, ahora revestida ya de la autoridad de versión final, o, como antes se dijo, de *última palabra*. Se trata, así visto, de una excursión hacia “la verdad de la verdad judicial” (en afortunada expresión del profesor /magistrado José Calvo; Calvo, 1998; 1999). El “proceso judicial” es el desafío entre partes *antagónicas* acerca de la ocurrencia histórica de unos hechos, y en ningún lugar mejor que en él se podría afirmar aquello tan socorrido en las orientaciones construccionistas (postmodernas, antipositivistas,...) de que los hechos nunca hablan por *sí mismos*. El Proceso se ocupa de hechos póstumos, y, por ello, no “reproducibles” en el juicio; y, en tanto que póstumos, se han vuelto “mudos” y, por ello, deben ser *oídos* tal como las partes los “reconstruyen” (en la vista *oral*). El antagonismo argumental implica que la propia construcción narrativa del relato (*ars inventa disponendi*), el mismo modo de narrar los hechos llega a formar parte de lo narrado. Pero no solo existen versiones contrapuestas; no es infrecuente que se abran tramas *diversificadas* a partir de algún detalle de la trama principal (*versiones-diversiones*). Y entiéndase lo de trama principal referido a aquella que, en inicio, es “versión oficial”: lo contenido en la Instrucción y sostenido por el Ministerio Fiscal, que a menudo parte de un status narrativo superior, dado que se supone imparcial, desinteresada más allá del propósito de “verdad”. Ello no hace sino mermar el valor del resto de las versiones, que aparecen prejuzgadas como “débiles” (Véanse las consecuencias prácticas de tal fenómeno a través del fuerte anclaje de las decisiones judiciales a las solicitudes del fiscal, estudiadas por el profesor Garrido en la Universidad de Salamanca).

Esta cuestión no es ajena a ciertos riesgos para la presunción de inocencia, principio que debería "nivelar y enrasar la postulación entre las versiones de acuerdo también con el principio de igualdad procesal según el cual la *verdad judicial en proceso*, como dialógica verdad aún no concluida, ha de amparar toda y cualquier *verdad de los hechos*, sea quién fuere el sujeto que la postule, sin discriminar por el *sujeto que cuenta* sino, en último término, por *lo que cuenta el sujeto*" (Calvo, 1999; p.31). Y ante ese panorama resulta imposible que la *verdad judicial* adopte la índole de un *relata refero* (mera re transmisión, "como me lo contaron te lo refiero") a modo de notario tomador de actas. Terminado su rol de narratorio de destino, deberá mutarse en narrador, pero narrador que (por muy independiente que sea) es necesariamente dependiente de lo que se le ha *contado*; y es así como el juez debe proceder a un "ajuste narrativo" cuyo resultado es un nuevo relato (no necesariamente en correlato a los hechos contados, sino a la *verosimilitud* de las narraciones antagónicas). Pero es que, entonces, el relato judicial se convierte en verdad histórica que, tras sentencia firme, conduce desde la proliferación de voces en pugna al *silencio*: nada más puede ser dicho, lo contado no podrá volver a ser juzgado (*non bis in idem*). Se trata de un relato que no totaliza, no agrega, no compone puzzles con piezas sueltas, sino que es un relato propio (*secundum conscientiam*) en el que el narrador / decisor puede revisar, comparar, intersacar, rechazar, preferir, enlazar, asociar, categorizar, armonizar..., y debería hacerlo, además, moviéndose en una "estrategia de verdad" (esto es, con coherencia narrativa, consistencia interpartes del relato, aceptabilidad, racionalidad y consensualidad;

McCormick, 1978; Roermund, 1997). Se trata, finalmente, del "vere (verdad) dictus (dicha)", pero dicha por la voz del poder; un poder que, más allá del mencionado al inicio de este trabajo, es nada menos que el poder de hacer verdad histórica aquello que nació como pugna entre relatos: el poder de la *última palabra* (Ricoeur, 1985). Nada menos; algo parecido a las verdades de la *historia sagrada* que estudiamos cuando niños: *la santidad de la cosa juzgada* (Calvo, 1999). Pero, en sociedades tan secularizadas como la nuestra, la gente se ha acostumbrado a desconfiar de las *santidades* del Derecho y de cualquier tipo, y no es fácil que olvide, como recuerda Sabater (1993), el carácter simulado, fingido, inventado, *ideal*, de los conceptos más sagrados. El psicólogo (jurídico o no) no debería abstenerse en la adquisición de instrumentos de *buceo* en las herramientas hermenéuticas, allí donde múltiples *arqueólogos* reedifican el pasado para presentárnoslo *ahora* como Verdad.

Este es un *modo de ver* el contexto de la génesis de la decisión judicial; veredictos y sentencias son *necesariamente* deudores de lo hasta aquí relatado. Tal vez ahora podamos "enmarcar" mejor algunos datos empíricos acerca de las disparidades judiciales; porque no solo es cierto que las cosas ocurren así, sino que ese proceso, como no podía ser de otra manera, está sometido a multitud de diferencias individuales de muy diversa índole.

Algunos datos sobre el desorden en superficie

Ciertamente, la consideración de a partir de dónde esa divergencia empieza

a ser *excesiva*, es también un juicio de valor; no hay recetas ni instrumental de medida para aquilatar la disparidad, enfrentándola a un nivel ideal que nadie puede definir. Ahora bien, un poco de sentido común nos puede servir de mucha ayuda para ponernos de acuerdo sobre los aspectos cuantitativos del *problema*, y en como éste afecta al núcleo de la argumentación que aquí venimos desarrollando.

Sin ánimo de exhaustividad, veamos algunos botones de muestra; por ejemplo, muchos estuvieron de acuerdo con Palys y Divorski (1984) cuando calificaron de inaceptable la disparidad existente entre dos conjuntos de jueces canadienses: según el juez que le cayera en suerte, el ciudadano Ray R., podía ser dejado en libertad con una leve multa o ser condenado a 5 años de prisión. ¿Disparidad excesiva? Parece razonable concluir que sí. Nótese que no estaríamos aquí ni siquiera ante un conflicto de historias; no se cuestiona lo ocurrido; los hechos se dan por probados: "solo" hay que valorar la pena más adecuada asociada a ocasionar lesiones graves a otro individuo en una pelea iniciada de manera ocasional. Hace ya un tiempo que otros dos investigadores estadounidenses, Partridge y Eldridge (1974), crearon un cierto escándalo cuando presentaron los mismos 20 casos a una serie de jueces con el fin de que estos recomendaran la sentencia que les pareciera más oportuna en razón de la legalidad aplicable. Resumamos: en 16 de los 20 casos hubo desacuerdo entre los jueces sobre una cuestión tan básica como si el delincuente debía ser encarcelado o no. Tampoco este parece un ejemplo de claridad contractual.

Sin salir de USA, en un estudio ya clásico en el campo, Diamond y Zeisel (1975) encontraron que un 30% de las recomendaciones de sentencia en los "sentencing council" (órganos de discusión creados precisamente para combatir la disparidad) discrepaban respecto a la conveniencia de la pena de prisión. Fue el mismo Diamond (1981) quien realizó uno de los más reputados estudios sobre la cuestión, para concluir que un amplio conjunto de jueces de Nueva York y Chicago que diferían de manera muy amplia en sus sentencias sobre casos idénticos lo hacían sobre todo por: a) percepciones selectivas diferenciales sobre factores agravantes y atenuantes; b) el género del acusado/a; el desacuerdo se incrementaba notablemente en los casos en que se trataba de varones acusados; existió un notable acuerdo al respecto de emitir sentencias de no encarcelamiento tratándose de acusadas; c) tanta más era la discrepancia cuanto menos severo era el delito; d) cuando el acusado presenta una buena educación, tiene relaciones personales estables y una edad relativamente elevada, era mucho más probable la fuerte disparidad. Los jueces discreparon notoriamente también al valorar el tiempo transcurrido desde el último arresto, la cooperación del delincuente y su estado de salud. En otras y sencillas palabras: se apreciaron notables discrepancias entre los jueces respecto al peso que se ha de otorgar a casi todas aquellas variables que nuestro sentido común hace relevantes al caso.

Si cambiamos de continente nos encontramos con un paisaje parecido; Homel y Lawrence (1992) encuentran escandalosas diferencias entre jueces de la misma ciudad australiana a la hora de sentenciar a los autores de robos en

establecimientos comerciales, de pequeños delitos de tráfico de drogas y de conducción bajo los efectos del alcohol, según tales autores tuvieran una u otra edad, fueran varones o mujeres, tuvieran un estatus más o menos elevado, etc. ¿Deberían coexistir tantos *contratos* diferentes? Si así fuera, ¿puedo conocer el que atañe a mí y *saber lo que me espera*, puedo saber la estrategia de verdad narrativa / valorativa que se me aplicará?

En el mismo contexto de variabilidad debido a factores idiosincrásicos del acusado, es inexcusable referirse a los resultados obtenidos en un trabajo del Departamento de Investigación del Home Office británico. Se formuló la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto influye en la modalidad y severidad de la pena elegida por los jueces británicos qué se esté enjuiciando a varones o a mujeres?. Se ofrecieron algunas respuestas contundentes (Hedderman y Geltshorpe, 1997), a partir del análisis de 13.000 asuntos penales con control previo de similitud de las pruebas presentadas: a) Ante delitos similares de robos en tiendas, la probabilidad de sentencia de prisión fue mucho más elevada para los varones; las mujeres eran prioritariamente condenadas a penas de servicio a la comunidad o, simplemente, absueltas; b) En el caso de reincidencia en delitos violentos, era también mucho más probable que fueran encarcelados los varones que las mujeres; c) Ante delitos de tráfico de drogas, sobre todo si se trataba de la primera vez, fue mucho menos probable que las mujeres fueran encarceladas; d) Además, se encontró que, con independencia de que se tratase de debutantes o reincidentes, fue mucho más probable que las mujeres fueran puestas en libertad

antes del final de su condena. O sea, las diferencias no solo afectaron al tipo y cuantía de las penas, sino también al fundamental asunto del posterior control de la ejecución de las mismas. ¿Debemos asumir como inevitable, o incluso como adecuado, que existan *contratos* implícitos de naturaleza radicalmente diferente en función del género del ciudadano? ¿Estaremos ante una *justicia cromosómica*?. Cuando las autoras de este trabajo presentaron estos resultados de su investigación de *archivo* a un buen número de jueces e instaron a estos a discutir grupalmente acerca de los factores causales de tal fenómeno, los magistrados británicos fueron muy transparentes: los motivos de los comportamientos antijurídicos de las mujeres son menos peligrosos que los de los varones; la delincuencia femenina se encuadra en el molde del estereotipo del *delincuente víctima* (de la situación, de la pobreza, del abandono de sus maridos, etc), lo cual autoriza a suponer que, por contraste, la delincuencia masculina debe deberse a un libre y autónomo, no socialmente condicionado, deseo de producir perturbación para dar *gusto* a alguna desgraciada predisposición. Los magistrados afirmaron que debían reconocer que ante las acusadas sus razonamientos jurídicos estaban habitualmente muy influidos por "gut feelings" (¿sentimientos viscerales?), el "sentido común", el lenguaje corporal y otros aspectos de la conducta no verbal, apareciendo como variables muy relevantes los constructos de *conducta apropiada en la Sala y el porte* de la acusada.

Si nos trasladáramos a Brasil, nos encontraríamos con los apabullantes resultados obtenidos por De Jesús Souza (1996) en la investigación doctoral que

realizó bajo nuestra dirección: las decisiones judiciales sobre casos de presunta violación son enormemente dispares y parecen claramente subsidiarias de determinados procesos de razonamiento, inclinaciones ideológicas y tendencias atribucionales.

Pero vengámonos un poco más cerca, por si todavía alguien atesora la ilusión de que lo hasta aquí comentado no son más que extravagancias típicas del lejano exotismo de otros sistemas judiciales, insertos en otras tradiciones jurídicas.

En nuestro continente, aunque no existen tantos estudios empíricos, los indicios disponibles apuntan a que las cosas no son muy diferentes. El trabajo de Schüneman y Bandilla (1989) con jueces alemanes es prueba contundente de lo que podríamos denominar el peso de la *protodecisión*, a saber, todo un conjunto de elementos sugeridores de que una parte de la decisión está ya tomada antes del análisis y balanceo de los elementos de prueba disponibles. Más llamativos incluso han sido los resultados de los trabajos de la alemana Margit Oswald (Oswald, 1992), cuando muestra con toda claridad que, en la explicación final de las sentencias de un amplio grupo de jueces germanos, prevalecen factores estrictamente extra legales, tales como los *estilos atribucionales*, sobre los genuinamente jurídicos; (entiéndase lo de estilo atribucional como una suerte de característica de personalidad que diferencia a unos individuos de otros en la tendencia a situar el *control* de los sucesos bajo la responsabilidad del individuo (versión psicológica del discurso liberal acerca de la responsabilidad individual), o, por el contrario, a situar tal centro de control en

instancias ajenas a la voluntad individual (la estructura económica, el poder de otros, el tipo de familia que a uno le haya tocado en suerte, etc., es decir, la versión más socialdemócrata acerca de la responsabilidad social en la configuración de cada biografía particular). Esto es: la sentencia parecía subsidiaria de los modos de explicación causal (el *origen* de lo narrado) de los comportamientos (estilos atribucionales), dependiendo estos a su vez de factores ideológicos de fondo sobre el poder de configurar nuestra conducta según nuestro libre albedrío. En el párrafo anterior concluíamos que parecía haber en el Reino Unido diferentes *contratos* (o interpretaciones sustancialmente diferentes del mismo *contrato*) a partir de una característica del acusado: su género. Acabamos de referirnos ahora a otra fuente bien diferente de influencia sobre los resultados finales del contrato: una característica ideológico / atribucional del juez. No es difícil imaginar los niveles de aleatoriedad en que nos moveríamos si combinásemos aunque solo fuera esos dos factores: jueces con estilo atribucional liberal juzgando a varones, jueces con estilo atribucional *socialdemócrata* juzgando a mujeres... ¿Y si añadiésemos el género del juez, su edad, su filosofía penal, ...? Tal vez llegásemos a la conclusión de que algunas de las condiciones que más arriba habíamos exigido al contrato psicosocialmente vinculante (*la autopenalización*) son imposibles. veamos ahora algunos datos obtenidos en nuestras propias investigaciones.

No es nada extraño escuchar a juristas españoles en discusiones sobre este tipo de asuntos (sobre todo a ciertos académicos que no suelen frecuentar nuestros juzgados) la argumentación siguiente: este tipo de fenómeno sería

de mucho más difícil ocurrencia en sistemas jurídicos como el nuestro, dotado de "tipos" penales encuadrados en un particular *contrato de contingencias* (el Código Penal), más o menos preciso en el diseño de las expectativas penales asociadas a ciertos comportamientos. ¿Hasta qué punto ello sería así?. Esta fue, básicamente, la pregunta que motivó algunas de nuestras investigaciones al respecto.

Así, quisimos ver cual sería el nivel de disparidad entre 32 jueces de lo penal españoles a la hora de emitir sentencia sobre 5 casos reales que se les presentaban resumidos y asumiendo que los hechos habían quedado convenientemente probados en la fase oral del juicio. Los resultados (Sobral, 1993; Sobral y Prieto, 1994) no dejaron lugar a muchas dudas, ni por lo que se refiere al *quantum* del fenómeno, ni en lo que hace a cual sea la explicación más razonable del mismo. Aunque no con la misma intensidad según el supuesto de que se tratase (agresión con daños, atraco protagonizado por un heroinómano, atraco protagonizado por mujer ludópata, robo continuado por cajera de grandes almacenes, abusos sexuales bajo amenaza), la disparidad fue enormemente llamativa. La utilización de cuestionarios posteriores nos permitió analizar estadísticamente las fuentes de la disparidad encontrada. Sintéticamente, aquellos jueces que se mostraban favorables a la utilización de sus sentencias como medios instrumentales para la consecución de objetivos sociolegales de reinserción y rehabilitación (*orientación al delincuente*) se mostraron espectacularmente menos severos que aquellos colegas suyos con creencias más orientadas a defender una visión punitiva / disuasoria / retributiva de la pena.

En definitiva, nuestras ecuaciones de regresión seleccionaron aquellos factores que más reflejan las representaciones subyacentes de los jueces respecto al papel del castigo, los niveles de riesgo a asumir en aras de los ideales rehabilitadores, el papel de la cárcel en todo ese proceso, respecto a la "justicia" como instrumento "conservador" del orden social y de los valores que la impregnan, respecto a la "ejemplaridad" de la pena, etc. Y todo ello modulado, además, muy intensamente por factores como la edad y el género del juez (Sobral y Prieto, 1994; Marzoa, 1996; Sobral y García, en preparación) que, a su vez, entran en interacción con el tipo de delito y de delincuente.

Quisimos analizar también el fenómeno en su vertiente post sentencia. ¿Se produciría un panorama de aleatoriedad parecida por lo que se refiere al control de la ejecución de la pena?. Indagamos entonces en los niveles de homogeneidad existentes entre los diferentes Jueces de Vigilancia Penitenciaria (JVP) españoles a la hora de autorizar / denegar permisos de salida solicitados por los internos en las cárceles. Algunos resultados resultan bien llamativos: por una parte, es relativamente frecuente que los JVP autoricen permisos denegados en primera instancia por los técnicos de los equipos profesionales de los centros penitenciarios, y que, además, hagan tal cosa con un esfuerzo mínimo o inexistente de motivación de sus resoluciones. Tal cosa ocurrió en 4184 ocasiones en 1996 (sin incluir Cataluña); por otra parte, no es ese dato el que más nos debe hacer reflexionar al objeto de la argumentación que aquí venimos desarrollando: según estadísticas de la propia Dirección General de Instituciones Penitenciarias, algunos JVP procedí-

an de tal modo (resolviendo en contra de los criterios de los profesionales del centro) hasta en un 59,52% de las ocasiones, mientras que otros no hicieron tal cosa ni en una sola ocasión. (Véase Sacau, 1998; Sacau y Sobral, 1998). Con independencia de que tales resultados puedan ser interpretados en clave de salvaguardar la preeminencia del poder judicial frente a la administración, o desde otros puntos de vista, lo cierto es que la posibilidad de los internos en cárceles españolas de disfrutar de ciertos permisos más parece cuestión de fortuna en la *lotería* que de aplicación rigurosa de algunos criterios más o menos fundamentados. Otra parte del *contrato* que hace agua.

Podríamos poner algunos ejemplos más; pero parecen suficientes si lo que se quiere es argumentar sobre la existencia de un estado de cosas que a algunos nos parece un serio problema, con consecuencias de orden sociopolítico que van más allá de las que tenga en el orden técnico organizacional de la Administración de Justicia.

Cuando contrastamos las decisiones judiciales con la bibliografía psicológica acerca de la toma de decisiones en general, tenemos la impresión de que pocos campos de análisis se ajustarían tan perfectamente a la perspectiva que estudia la decisión entre alternativas como una *categoría humana de acción*, esto es: lejos de la aplicación de modos lógico / científicos de razonar que evaluarían las fuerzas favorables a cada alternativa según los modelos bayesianos ("bottom-up"), según los cuáles se procedería de modo analíticamente riguroso desde las más simples piezas de información hasta las conclusiones más complejas y generales, sustentán-

dose firmemente cada paso en el anterior, la evidencia sugiere que los procedimientos reales más se asemejan a los modelos narrativo / discursivos, también llamados de historia (top down). El procesamiento de información se dirige desde estructuras de conocimiento superiores, apriorísticas, fundamentadas en el particular análisis que cada decisor hace de su experiencia y la de otros, está guiado por valores y, en último término, responde a una determinada concepción del mundo. En este contexto, la decisión penal es un problema de "trade off", de comercio, de intercambio y negociación entre los valores esperados de cada alternativa posible. Por ejemplo, ¿qué riesgo se prefiere asumir en relación con el uso de la prisión preventiva: meter en la cárcel a alguien que a la postre puede resultar inocente o, por el contrario, dejar en libertad a la espera de juicio a alguien que puede fugarse o volver a delinquir?. La respuesta a estos dilemas no vendrá de la mano de las cualidades lógico-formales del razonamiento estilo Sherlock, sino más bien de las opciones ideológico - valorativas que cada uno asuma como ciudadano: las dos alternativas implican un riesgo, *ergo*, ¿qué riesgo elegir?. Estas son las respuestas que no se aprenden en las facultades de derecho y a cuya corrección la técnica jurídica, nunca despreciable, malamente puede contribuir. (Aunque para algunos sea la única esperanza; Tomás-Ramón Fernández, 1998). Ahora bien, ¿significa esto que nada se puede hacer, que el canto de Stein a la individualidad del juez sustentada en las desde él famosas *máximas de la experiencia (Erfahrungssätze)*, o, lo que es lo mismo, en las reglas del criterio humano, solo puede ser cantado dando por perdida toda posibilidad de contrato

como el antes diseñado? ¿Habría que renunciar a sus benéficos efectos a partir de la demoledora crítica que el propio Stein (en su libro "El conocimiento privado del juez») realiza a las perspectivas "juridicistas" de la función judicial?. No creemos que debamos limitarnos a dar carta de naturaleza y reconocimiento a lo extra - jurídico como fuente de influencia. De hecho, y a instancia del propio Consejo General del Poder Judicial, hemos escrito acerca de algunos procedimientos que permitieran aliviar la intensidad de este problema (Sobral, 1999), pero para ello se hace imprescindible la mediación de una firme voluntad política organizacional que permita implementar tales mecanismos, así como una diferenciación que no todos los jueces aceptan entre su *independencia* (que nadie pretende socavar) y un eventual *arbitrismo* de "conciencia" .

Algunas reflexiones finales sobre el "orden profundo"

Habíamos prometido, páginas atrás, volver sobre el asunto desde la perspectiva de las teorías del caos; como a buen seguro el lector conoce, lo de caos no se emplea aquí como sinónimo de ausencia de orden en un sistema de alta complejidad e interrelación de sus partes, sino más bien como indicador de la enorme dificultad de predecibilidad que presentan tales sistemas, dado que la enorme cantidad de interacciones que se pueden producir se ven fácilmente alteradas ante cualquier modificación de las condiciones iniciales del sistema; con frecuencia, la imprevisibilidad se confunde con la aleatoriedad. No quisiéramos que a nosotros nos ocurriese lo mismo por lo que se refiere al asunto

que aquí nos ocupa. Lo cierto es que los resultados de la Administración de Justicia (penal, al menos) si parecen estar sujetos a un cierto orden oculto, más allá de la superficial apariencia. Es una justicia que termina por ser " clasista " (nuestras cárceles están llenas de sujetos de las clases sociales menos favorecidas, económica y educativamente, mientras que cuando evaluamos la conducta delictiva en población general mediante cuestionarios de autodenuncia no se observa diferencia interclase que lo justifique), que acaba por ser " sexista " (el noventa por ciento de nuestros reclusos son varones), que deviene en una justicia " selectiva " (nuestras cárceles están llenas de sujetos que han cometido un rango muy particular de delitos, esos que crean " alarma o repugnancia social "), es una justicia que, en su producto final, se deja ver como " xenófoba " (las minorías étnicas, los inmigrantes...están claramente sobrerrepresentados), que se nos aparece llena de dobles e hipócritas morales, y no sería difícil incrementar los retazos impresionistas que compusieran el cuadro final. Lo cierto es que, en nuestra opinión, lo aquí analizado es una muestra relevante de algunos de los principales obstáculos que interfieren el proceso de conversión de la " democracia formal " en un conjunto de valores, normas y hasta sentimientos, que aniden en lo más íntimo de nuestra subjetividad.

En último término, lo que queremos decir es que en ese caos, lleno de " efectos mariposa " , de entre los cuáles la decisión judicial es de los más relevantes, parece latir una suerte de orden profundo: aquél que determina que, una vez más, como siempre, en esa trucada ruleta de la vida, salgan perdiendo los mismos.

REFERENCIAS

- Bruner, J. (1984): "Narrative and paradigmatic modes of thought". *Convención anual de la APA*. Toronto.
- Calsamiglia, A. (1984): Ensayo sobre Dworkin. En R. Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Calvo, J. (1998): *El discurso de los hechos*. Madrid: Tecnos.
- Calvo, J. (1999): La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo. *Revista interna - zionales di filosofia del diritto*, IV Serie - LXXVI - Fasc. 1.
- Crombag, H. M. (1989): When Law and Psychology meet. En H. Wegene; F. Lösel; y J. Haisch (Eds.). *Criminal Behavior and Justice System*. Nueva York: Springer.
- Dahl, R. (1999): La democracia. Una guía para los ciudadanos, Madrid: Taurus.
- De Jesús Souza, F. (1996): Juices e Jurados: Raciocínio, Ideología e Processos de atribuição. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela.
- De Paul, P. (1997): Ponencia sobre la Psicología Jurídica Española. Actas del Congreso Nacional de Psicología Social. San Sebastián.
- Diamond, S. S. (1981): "Exploring the sources of sentence disparity". En B. D. Sales (Ed.). *The trial process*. Nueva York: Plenum Press.
- Diamond, S. S. y Zeisel, H. (1975): "Sentencing councils: a study of sentence disparity and its reduction". *University of Chicago Law Review*, 43: 109-149.
- Fernández, T. R. (1998): En A. Nieto y T. R. Fernández: *El Derecho y el revés*. Barcelona: Ariel.
- Hedderman, C. y Gelsthorpe, L. (1997): *Undertanding the sentencing of women*. London: Home Office.
- Homel, R. J. y Lawrence, T. A. (1992): Sentencer orientation and case details. An interactive analysis. *Law and human behavior*, 16(5), 509-537.
- McCormick, N. (1978): *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Marzoa, J. (1994): *Sistema de creencias de los Jueces y severidad de las sentencias*. Tesis de licenciatura. Universidad de Santiago de Compostela.
- Nieto, A. (1998): En A. Nieto y T. R. Fernández: *El Derecho y el revés*, Barcelona: Ariel.
- Oswald, M. E. (1992): "Justification and goals of punishment and the attribution of responsibility in judges". En F. Losel y otros (Eds.). *Psychology and Law: International Perspectives*: Berlin: Walter De Gruyter.
- Palys, T. S. y Divorski, S. (1984): "Judicial decision making: un examination of sentencing disparity among Canadian Provincial Court Judges". En D. J. Muller; D. E. Blackman; y A. J. Chapman (Eds.). *Psychology and Law*. Nueva York: Wiley.
- Partridge, A. y Eldridge, W. B. (1974): *The second circuit sentencing study*. Nueva York: Federal Judicial Center.
- Pérez Royo, F. (1998): Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Madrid: Civitas.
- Ricoeur, P. (1985): *Tiempo y narración*. México: Siglo XXI.
- Rodríguez Bereijo, A. (1999): *Problemas en torno al diseño del rol del Tribunal Constitucional*. Conferencia pronunciada en el marco del 5.º Centenario de la Universidad de Santiago.
- Roermund, B. (1997): Derecho, Relato, Realidad. Madrid: Tecnos.
- Sacau, A. (1998): Racionalidad sociopolítica proyectada sobre lo jurídico: las decisiones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela.
- Sacau, A. y Sobral, J. (1998): "Permisos de salida para presos: ¿una cuestión jurídica o ideológica?". *Revista de Psicología Social*, (13) 2, 291-295.
- Savater, f. (1993): El contenido dela felicidad. Madrid: El Pais-Aguilar.
- Schunemann, B. y Bandilla, W. (1989): "Perseverance in Courtroom Decisions". En H. Wegener;

Decisiones judiciales: desorden, orden oculto y democracia

F. Losel; y J. Haisch (Eds.), *Criminal Behavior and Justice System*. Nueva York: Springer.

Sobral, J. (1991): "El abogado como psicólogo intuitivo". *Anuario de Psicología Jurídica*, 1: 17-29.

Sobral, J. (1993): "Racionalidad sociopolítica y decisiones judiciales". En P. Puy: *Análisis económico del Derecho y de la Política*. Santiago: Fundación Alfredo Brañas.

Sobral, J. y García, L. (en preparación): *Variaciones sociodemográficas de las sentencias judiciales*. Universidad de Santiago de Compostela.

Sobral, J. y Prieto, A. (1994): *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Madrid: Eudema.

Sobral, J. (1999): *El Conocimiento del sistema penal: principio de legalidad y disparidad judicial*. En E. Larrauri (Comp.) *Política Criminal*. San Sebastian: Centro de Documentación Judicial (Consejo General del Poder Judicial).

Sobral, J. (2000): *Psicología Jurídica: Una visión narrativo/contractualista de las decisiones judiciales*. En A. Ovejero (Ed.) *La Psicología española al filo del 2000*, Madrid: Biblioteca Nueva.