

**CONTRATO PENAL E LEXITIMACIÓN DEMOCRÁTICA PSICOSOCIAL:
UNHA VISIÓN NARRATIVO /CONTRACTUALISTA DO ARBITRIO XUDICIAL.
UNHA PROPOSTA ORGANIZACIONAL.**

JORGE SOBRAL
JOSÉ ANTONIO GÓMEZ-FRAGUELA
ESTRELLA ROMERO
Universidade de Santiago

ANGEL PRIETO
Universidade de Murcia

**1. OBSERVACIÓNS PERIMETRAIS: A DECISIÓN XUDICIAL E A PSICOLO-
XÍA XURÍDICA.**

Enténdase o de perimetrais como unha previa declaración de intencións, que sentimos aconsellada pola prudencia que parece razoable esperar de aqueles que son invitados a casa allea e, antes de entrar na cocíña, creen cortés deambular polas zonas menos comprometidas, polo menos temporalmente. Sobradamente coñecida é a popular vinculación que se establece entre a escasa dificultade de ver os toros e o feito de que tal cousa se faga desde a barreira. Só queremos chamar a atención, de momento, acerca de algo que, tanto o bo sentido como a experiencia, aconsellan ao psicólogo (sexo cal sexo o seu “apelido”) cando acomete a tarefa de reflexionar, de modo máis ou menos crítico, sobre ámbitos que o desenvolvemento histórico doutras disciplinas académicas (ou outros contextos sociais) teñen configurado como alleos.

Tal vez esteamos poñendo a venda antes da ferida, pero como sinceros cando dicimos que entendemos as reaccións de perplexidade, incompreensión e, ata indignación, que se producen a miúdo entre os nosos xuíces (e tamén ultimamente entre aqueles cidadáns a os que lles teña correspondido a tarefa de exercer como xurados), cando se enfrontan a toda

unha sarta de sisudos análises, frecuentemente hipercríticos, elaborados en ámbitos académicos, intelectuais, mediáticos, ... Desde a súa perspectiva periférica, supostamente aséptica e descontaminada, xulgan ao xulgador sen coñecelo, o seu desempeño (profesional ou lego) sen ter catado nunca tarefa parecida e se erixen en vixías desde atalaias privilexiadas nas que un ve sen ser visto, examina sen ser examinado e, de modo mais ou menos consciente, acaban por transmitir a mensaxe de que, si eles foran xuíces, acabaríanse as dúbidas, resplandecería a certeza e só actuarían baixo a acollidora sombra do paraugas da lei, unha lei sen recunchos nin fisuras, nin matices, como aquela que, tal como desexaba Montesquieu, estivese feita de palabras (enténdase por extensión “ideas”) tan diáfanos e cristalinas que so necesitasen dunha boca para ser pronunciadas. Bocas, ademais, equivalentes, uniformes, meras e instrumentais voceadoras de Verdades que parecerían evidentes con só enuncialas.

Agora ben; aínda estando moi lonxe de tales afanes de derribo, e por ben intencionado que o análise sexa, as decisións xudiciais sempre estarán no centro de calquera intento de mellor comprender as vinculacións do cidadán co Estado, do suxeito cos poderes coercitivos do mesmo que, a través dos seus representantes, delegou democraticamente, neste particular contrato que o individuo establece coa colectividade, nos ordenamentos xurídicos dos sistemas democráticos.

Queremos atender aquí a un asunto que vertebra transversalmente a toda a psicoloxía que, dunha ou outra maneira se entrecruza cos camiños do dereito. Referímonos ás *decisións xudiciais*, denominador común da psicoloxía xurídica; si falamos de delincuencia, chégase a ser delincuente cando recae sobre unha persoa a estigmatización etiquetadora dunha resolución xudicial que, desde ela, así o denomina; si falamos de todo aquilo que concerne aos testemuños, finalmente a súa relevancia venlle outorgada por aquelas instancias que teñen que determinar a súa credibilidade, a súa consistencia, isto é, o seu valor para construír desde eles a *verdade xudicial*, aquela que aspira a relucir como a Verdade entre as verdades dispoñibles e alternativas; si falamos de contenciosos concernentes ao dereito de familia, mais aló dos informes solicitados a profesionais (como os propios psicólogos) corresponde ao decisor xudicial integrar esa información proporcionada desde fora na súa propia construción do “adequado” (por exemplo, no que se refire á custodia dos fillos menores); cando nos esforzamos por ofrecer atención ás vítimas, con frecuencia o intento non ten demasiado sentido senón é acompañada dunha firme vontade xudicial de amparar os seus dereitos e, no seu caso, de resarcilas dos danos ocasionados (véxase o asunto da violencia doméstica); cando se producen batallas periciais en torno á suposta imputabilidade do criminal que actuou baixo algún síndrome mais ou menos tipificado pola psicopatoloxía ao uso, son os xuíces e/ou os xurados quen están na obriga paradoxal de decidir como legos respecto aos procesos e estados mentais aludidos polos expertos; tamén é certo que o éxito de calquera política de rehabilitación e/ou reinserción social de delinquentes é inviable se non se conta coa comprensión e colaboración daqueles que controlan a execución da mesma (a saber, os xuíces de vixilancia penitenciaria, de quen dependen en último termo,

a decisión sobre permisos de saída, progresións de grado, liberdades condicionais e tantos outros instrumentos de obrigado uso no proceso de reingresso á liberdade); e así. Ata facer interminable o catálogo de exemplos de “intromisión” do xudicial no psico-xurídico.

Acabamos de percorrer, aínda que fora ás presas, unha das vigas mestras en torno ás que é posible edificar unha arquitectura psico-xurídica; falando das decisións xudiciais como un denominador común aos tópicos mais empregados no campo. Pero é *común* non como o ladrillo o é ao edificado: algo que se atopa alí onde se mire, que está naquilo que se quere describir, senón que o é ao modo en que o sería a vontade do arquitecto, responsable último dos procesos en torno á edificación. Así, a decisión xudicial é presencia (aínda cando apareza na proximidade da *primeira vista*) activa, xeradora, deseñadora de realidades no seu derredor.

Pero é que, ademais, as decisións xudiciais, si as restrinximos a aquelas dos xuíces profesionais, son as duns cidadáns con poderes moi especiais e intensos. Lonxe de aquela función que lles era conferida polo Estado absoluto, cando os xuíces non eran mais que unha prolongación do soberano e actuaban como “delegados” do mesmo, cando a súa independencia era a do Rei e as súas palabras as que este tivera pronunciado si estivera presente, ca orixe do Estado liberal, a comezos do século XIX, prodúcese unha alteración substancial do vello equilibrio de poderes que devén nunha ampla expansión do poder dos xuíces. A nacente e crecente convicción de que, aínda a pesar dos *nomófilos*, as leis non poden anticipar e presupoñer toda a complexidade da vida real, deriva a labor dos xuíces cara ao ámbito do interpretativo, metamorfoseándose de voceadores da lei en auténticos creadores de dereito. É mais, a extensión da idea americana do control xudicial / constitucional da legalidade materialízase nas competencias de control sobre a propia produción lexislativa do Parlamento. É neste contexto no que cobra sentido, si falamos de España, a referencia ao Tribunal constitucional como unha “terceira cámara” (Rodríguez Bereijo, 1999) que, de facto, opera con poderes de bloqueo sobre eventuais producións lexislativas das outras dúas (Congreso e Senado). E por si fora pouco, é ben coñecida a intención de boa parte da xudicatura de *autogobernarse* corporativamente, minimizando a representación de orixe político no órgano de goberno dos xuíces (O Consello Xeral do Poder Xudicial), o cal, na nosa opinión, non faría senón afondar no déficit democrático de orixe no exercicio do vasto poder xudicial.

Non parece necesario pois, insistir moito mais en que calquera reflexión sobre as decisións xudiciais o é, finalmente, sobre un dos aspectos sociopolíticos de maior relevancia nas chamadas democracias occidentais. Mais aló do interese académico que as decisións xudiciais teñen intrinsecamente e que, como xa queda dito, *horizontaliza* a práctica totalidade dos tópicos que temos dado en incluír baixo a sombra lingüística da Psicoloxía Xurídica, son un elemento decisivo para a comprensión das dinámicas de poder que se establecen nas nosas complexas e modernas sociedades.

2.- CARA UNHA PSICOSOCIOLOXÍA DO NARRATIVO E O CONTRACTUAL NO DEREITO (PENAL, E NON SÓ).

Tal vez poida resultar rechamante e pouco cómodo para certas mentes proclives a unha visión estruturalista e mais ou menos mecanicista das relacións entre o individuo e a sociedade, que se poida suxerir un achegamento ás sentencias (e por conseguinte, á pena) e aos xuíces que as dictan, desde unha idea contractual; certamente, isto implica a adopción dunha perspectiva un tanto liberal, polo menos no que se refire á consideración do papel do cidadán como ente activo e responsable da dinámica social, e a correlativa asunción de cotas de responsabilidade. Claro está que o dito, e o que agora se dirá, só ten sentido no marco dos sistemas democráticos (non entramos agora na discusión de ata que punto son democráticos os sistemas das chamadas *democracias occidentais*; asumimos que, con tódalas imperfeccións que se queira, garanten certa capacidade dos cidadáns para estar *representados* alí onde reside a soberanía popular e se elaboran as leis).

Desde este punto de vista, a teoría propón que o cidadán está moi lonxe de ser un ente pasivo, considerado non mais que un simple destinatario (beneficiario ou sufridor) das iniciativas lexislativas tomadas por outros *alleos* a el. O mecanismo de participación na libre *elección* da súa *representación*, así como o seu posterior control, configúranos como un ente activo, dinámico, protagonista do curso dos acontecementos colectivos. Todo elo será tanto mais certo canto maior sexa a pureza con que funcionen eses mecanismos, isto é, canto menor sexa a influencia ilexítima de poderes ocultos, grupos de presión, intereses desinformadores e manipulativos dos media, etc. Aínda que os ideais democráticos non se teñen visto plasmados en pureza plena nunca e en ningún sitio, (véxase Dahl, 1999) non cabe dúbida de que as democracias antes aludidas como occidentais están moito mais preto deles que o cúmulo de dictaduras, tiranías (e ata as chamadas paradoxalmente “democracias populares”) que no mundo son e teñen sido.

Polo tanto, e aínda que só sexa nalgunha medida, o *ciudadán* o é porque deixa de ser súbdito, e é así como as limitacións e restriccións que eventualmente conteñen as leis deben ser entendidas como *autolimitacións e autorrestricións*: é el quen establece libre e responsablemente un convenio coa súa comunidade, contratando sistemas de resolución de conflitos, modos de intermediación, procedementos de castigo ...

Así, cando se delega no Estado o uso coactivo da forza, establececese con el un contrato implícito no que, a cambio da súa protección, cada individuo deposita a súa cota de libre albedrío e iniciativa en certos ámbitos de actuación. É así como cobran auténtico sentido e significado psicosocial representacións colectivas tan sólidas en democracia como aquela que nos impediría “tomarnos a xustiza pola nosa propia man”: non debemos facelo porque esa xustiza nola depararan a representación institucional do *nosoutros*, da comunidade: o Estado, no que tamén “estou”, ao que tamén “pertenzo” e no que “inflúo”; logo o coloralio é evidente: cando o Estado fai xustiza, dalgún modo estase facendo tamén “pola miña

man". Ese e non outro é o vínculo psicolóxico que a democracia establece entre o cidadán e o imperio da lei, entre o cidadán e as institucións representativas, entre o individuo illado e a súa comunidade.

Tal digresión parece imprescindible para iluminar o que agora se quere dicir: ao igual que no ámbito tributario ninguén paga impostos de maneira pracenteira, e a necesaria coerción que o Estado exerce só se pode lexitimar a través do concepto de **autoimposición** (véxase Pérez Royo, 1998). Na medida que un está representado alí onde se elaboran as leis que contemplan as obrigas tributarias de cada un de nós, así será a lexitimidade con que o Estado terá para demandarnos coactivamente o cumprimento de tales obrigas, dado que estas teñen sido dalgún modo autoimpostas; de novo a perspectiva contractual entre o individuo e a comunidade parece moi apropiada), no ámbito penal, por exemplo, debería quedar claro algo similar: xa que o sistema de penas no que se expresa o reproche social ante a transgresión da norma foi elaborado polos nosos delegados, a vía psicolóxica cara á lexitimación moral dos danos asociados á pena (ao castigo) debe ser a súa consideración desde o prisma de algo así como a autopenalización; o agregado colectivo-institucional actúa, incluso si contra nos fora, para cumprir o noso propio mandato.

Si se admitira este posicionamento, non sobraría sinalar algunhas das distancias que na praxe social cotiá segue habendo respecto a este vínculo psicosocial desexable entre o suxeito, a lei e a súa aplicación: unha operacionalización práctica do concepto de participación tan superficial que algúns non dubidarían en cualificar de simple maquillaxe (o voto periódico como instrumento case único), a marxinação de todo tipo de minorías (étnicas, de idade, de xénero), a construción da opinión pública a través de medios de comunicación ao servizo dos poderosos, e un longo etc. E neste listado de ameazas ao ideal democrático arriba delineado, non é das menos importantes a percepción tan estendida acerca de certas imperfeccións no funcionamento deste vínculo contractual.

2.1. Contratos, narración dos feitos e hermenéutica xudicial

Desde do noso punto de vista, a posibilidade de que tal contrato entre o cidadán e a colectividade se transforme nun vínculo psicolóxico efectivo, é dicir, asumindo como necesario e lexítimo, sustentase na satisfacción dunha serie de requisitos:

- a. Claridade na redacción; este é un problema de técnica xurídica ao servizo dos obxectivos sociais perseguidos no que, por razóns obvias, non imos entrar.
- b. Representatividade social dos aspectos valorativos implicados nos termos do contrato; si alguén quixera hoxe en día penalizar o divorcio sería probablemente entendido como un ente alleo ás nosas representacións sociais dominantes; o principio de identificación no que debe sustentarse o proceso ao que antes chamamos autopenalización se vería imposibilitado, producíndose unha reacción de alienación respecto

ás fontes de control sobre o noso comportamento, que pode acompañarse de expectativas negativas, reaccións agresivas, sentimentos de desamparado, iniquidade, desesperanza... (Véxase a temática psicolóxica vinculada cos tópicos do helplessness, powerlessness e hopelessness);

- c. É imprescindible que se produza unha percepción corcondante sobre a universalidade da súa aplicación: non poder haber privilexiados nin excepcións. Se tal cousa ocorre é doado supoñer que se produciría un inevitable proceso de desvinculación por parte daqueles individuos ou grupos sociais que se perciben comparativamente maltratados;
- d. É necesario que existan uns elevados niveis de acordo no concerner de ata qué punto determinadas conductas violan os termos do contrato e cal debe ser o grado de reproche (por exemplo, cuantificación da pena) que tal comportamento merece. Se aqueles en quen delegamos a interpretación destes factores (xuíces) difiren de xeito rechamante entre si (ben na *construcción* do veredicto, ben na *selección* da sentenza), o vínculo ao que vimos aludindo se rompe inexorablemente, con todos os prexuízos que é doado supoñer implícitos en tal fenómeno para a cohesión dunha comunidade. O *contrato de continxencias* veríase afectado por algúns destes virus contra os que os expertos en tales mesteres nos advertiron: falla de claridade nas asociacións reforzantes a establecer, excepcionalidade, privilexios ou agravios comparativos... Abrese deste xeito a porta á percepción da *arbitrariedade*, coa subsecuente e absoluta deslexitimación dos *aplicadores* (e, por extensión, dos *creadores*) do programa. Non é de estrañar, polo tanto, que cando reflexionamos sobre os datos arroxados por diversas enquisas do CIS que se coñeceron nos derradeiros anos, ou sobre resultados que nós mesmos obtivemos avaliando percepcións de estudantes universitarios (Sobral e Prieto, 1994), o pouco aprecio amosado cara a os xuíces vincúlase a unha percepción (ben seguro, tamén distorsionada polo impacto de certos medios de comunicación) destes como individuos que serven a certos intereses que non son precisamente os de todos, que exercen o poder dun modo excesivamente *persoal*, isto é, con demasiada dependencia tanto do *xulgador* como do *xulgado/a*.

Lonxe de nós a ousadía de crer que tales requisitos ou condicións sexan listado suficiente; pero do que si estamos razoablemente seguros é de que se trata de elementos necesarios para que a xustiza (penal e non) sexa democraticamente asumida e interiorizada. Desde unha perspectiva psicosocial, non hai lei máis eficaz que aquela que se fai oco no noso universo mental, adoptando o modo de estándar de conciencia.

Ese *contrato* (chámese como se lle chame), con condicións máis ou menos esixentes, foi botado en falla por moitos. É inacabable a lista daqueles que reflexionaron acerca da necesidade de dotar dun certo *obxectivismo* ao ideal da xustiza; unha xustiza que permitira, como no mito das táboas da lei, que todos os membros da comunidade asumiran cales

son os camiños que conducen ao ceo. Teríamos deste xeito perfilada unha xustiza axustada ao ideal das ciencias *positivas*, igualitaria, equitativa e homoxénea e, sobre todo, chea de seguridade (xurídica e psicolóxica). En moitos contextos históricos e sociopolíticos clámase por un *contrato perfecto* como este.

Pero o certo é que o equipamento intelectual-congnitivo do xuíz debe entrar en interacción coa realidade a miúdo complexa e poliédrica, chea de matices e con perfiles borrosos. Non podemos esperar que todos os xuíces estén dotados de capacidades lóxico/analíticas tipo Sherlock Holmes, que garantan o logro de verdades universais e indiscutibles que se desprendan do rigor lóxico coa mesma naturalidade que o froito maduro da árbore; o axuste entre dous sistemas de alta complexidade, a saber, a(s) realidade(s) e o que debe *dar conta* dela(s), produce indefectiblemente outputs decisionais diferentes, froito de procesos *intra* dos que pretendemos ocuparnos aquí.

Ben. Unha vez convido que o *contrato perfecto* parece imposible, deberíamos concordar tamén que con demasiada frecuencia o estado do noso contrato podería ser cualificado de caótico, e utilizamos aquí o do caótico no sentido en que tal estado de cousas (relativo a veredictos contradictorios e sentencias dispaes) puidera describirse xenuinamente dende a *teoría do caos*, e o estudio de veredictos e sentencias necesítase ser abordado dende o *efecto bolboreta*, de modo tal que asumamos que unha amplísima e absolutamente imprevisible panoplia de factores estrictamente extra-xurídicos (e intrapsicolóxicos) poidan condicionar a decisión xudicial. Estaríamos entón (de feito, cremos que esta é unha boa descrición da opinión pública ao respecto na actualidade) ante un *contrato* que perdeu toda a súa función clarificadora e vinculante: simplemente, volveuse incomprendible, e de nada serve para establecer as pontes correctas entre a análise da propia acción e a responsabilidade ante a colectividade. ¿Sería necesario coñecer a *ideoloxía* do xuíz, o seu xénero, a súa idade, as súas fantasmas persoais..., para ter unha mínima capacidade de prognóstico acerca de qué decisións xudiciais recaerán sobre certos asuntos?. Se a resposta a esta pregunta fora total ou parcialmente positiva, a ninguén debería estrañar os fortes sentimentos de desvinculación que moitos cidadáns senten ante o noso sistema de xustiza.

Tal vez, polo menos provisionalmente, puidéramos convir tamén que, admitido que unha certa disparidade é inevitable e ata desexable, a variabilidade inter-decisoros será ou non un problema segundo cal sexa a intensidade cuantitativa do fenómeno. Permítasenos, pois, antes dalgunha concesión á *empíria*, facer un breve recorrido por algúns dos *modelos* que foron deseñando para enmarcar as decisións xudiciais, para analizar despois o proceso *constructivo* de tales decisións (a busca da *verdade xudicial*).

2.2. Algúns modelos que revestiron a decisión xudicial.

Quixéramos encadrar agora a cuestión nos modelos tradicionais sobre a función xudicial que o pensamento acerca do *razoamento xurídico* foi deseñado ao longo do tempo;

veremos sé, como algún ilustre xurista reclama, a intervención das ciencias do comportamento na análise do fenómeno pode iluminalo dalgún modo, narraremos a xénese narrativa da verdade xudicial e, finalmente, faremos algunha suxestión que puidera ser aplicable no intento de gañar homoxeneidade entre *narradores* (xuíces) ante a mesma *historia* (feitos).

Gustaríanos aclarar a extensión do ámbito ao que nos queremos referir; isto é, nada imos dicir sobre aquelas decisións xudiciais que poidan resultar rechamantes por peculiares (*desviadas*), e que correspondan a xuíces con problemas psicopatolóxicos, dos cales o trastorno faría innecesario calquera outra análise explicativa; tampouco ten ningún interese ao noso propósito referirmos a aqueles desgraciados casos de xuíces venais que narran a realidade facéndoa coherente con obxectivos inconfesables; nin sequera entra no campo do noso obxectivo comentar aqueles casos nos que a sentenza desviada (a *narración excéntrica*) sexa nacida da incompetencia técnica. En todas estas circunstancias, as orixes da desviación están claras, e a súa solución só pode vir da inspección e/ou sanción, a terapia e a formación.

Interésanos moito máis abordar o razoamento xudicial dende a consideración da honestidade xeral, saúde mental e cualificación técnica dos seus protagonistas; cando se cumpren estas condicións é cando máis claro queda a dificultade do contrato ao que viñemos aludindo. E dicir, xuíces honestos e capaces difiren nas consecuencias xurídicas dos actos xulgados (e na aceptación da veracidade histórica do acto mesmo) dun xeito notable.

Ao longo da historia fóronselle buscando diferentes traxes ao fenómeno (Calsamiglia, 1984). Dende o **modelo siloxístico** se salienta a subordinación do xuíz á lei; sendo así, o xuíz non ten máis que poñer en marcha unha serie de operacións lóxico-mecánicas para subsumir o caso nunha norma preestablecida; tal é o formalismo desta aproximación que, se tal norma non existise con claridade, o xuíz debería renunciar a decidir sobre a cuestión. Sería unha boa vía para garantir algunhas das condicións que establecemos para o *contrato de autoimposición*: claridade e universalidade de resultados pola aplicación do mesmo sistema lóxico-formal; o xuíz convertido en Sherlock Holmes.

Dende perspectivas moito menos formalistas xurde o **modelo realista**; as decisións xudiciais son froito das preferencias persoais dos xuíces, da súa conciencia subxectiva, facendo bo aquilo suxerido pola etimoloxía: a sentenza na súa concepción latina de *sententia/sentire*, a saber, instrumento a través do cal o xuíz declara aquilo que está *sentindo*. (Quo iudex per eam quid sentiat declaret). E ben sabido é que, como lle gustaba dicir a Pascal, o corazón ten razóns que a razón non comprende. Boas doses, pois de, subxectivismo e irracionalismo. Os xuíces primeiro deciden e logo acoden ao arsenal de normas en busca daquela ou aquelas que lle permiten revestir xuridicamente a opción persoal. Non hai casos difíciles; o xuíz sempre ten resposta, porque se esta non está na lei, o decisor a buscará afastándose incluso daquela. Dende este punto de vista, o xuíz remata por ter poder político, de maneira incongruente cos sistemas de lexitimación democrática e separación de poderes. A busca dun *contrato* viable vólvese inútil.

Si existirían casos difíciles (aqueles para os que non hai norma aplicable) para os partidarios do modelo positivista da **discreción xudicial**. O xuíz escolle discrecionalmente entre unha variedade de posibles respostas. É unha versión máis débil do modelo anterior: o xuíz ten o grado de poder político que lle confire poder elixir entre as alternativas que a lei lle presenta. Na medida en que sexa máis homoxénea a elección dunha ou doutra alternativa, estará menos danada a claridade e universalidade que esixíamos ao noso *contrato*.

Esa discreción e ese poder político non existirían en absoluto dende a perspectiva da **respuesta correcta** de Dworkin: esta sempre se atopará buscando entre o repertorio herdado do dereito preestablecido. O xuíz queda absolutamente vinculado pola lei, a súa función é garantir dereitos e non sinalar obxectivos sociais. Os casos difíciles resólvense acudindo a principios xerais que fundamentan tales dereitos. Suxírese a negación do poder político do xuíz sen reducir a súa actividade a unha mera operación mecánica, tal e como se facía no modelo siloxístico. O xuíz garante dereitos, pero a súa función non é crealos, tal e como lle gustaría a Montesquieu. O *contrato* sempre pode restablecerse: máis pronto ou máis tarde, algunha instancia xudicial atopará a resposta correcta, preservando o mecanismo de vinculación psicosocial.

Vexamos algúns datos que nos permitan elixir entre ese menú de modelos.

2.3 Narratividade e empiria: metarrelatos, verdades xudiciais e Verdade ausente.

A posición axial da lei nas relacións xurídicas deriva de, polo menos, os seguintes postulados: todo está sometido á eventual intervención dun xuíz; e o xuíz guíase unicamente pola Lei e o Dereito. E, nembargantes, hai un fenómeno (*innegable*, en palabras do ilustre administrativista Alejandro Nieto; Nieto, 1998) que parece ameazar os cimentos do sistema e que obra “como pedra de toque da súa autenticidade, a saber, a presenza de sentencias contradictorias. Se o Dereito é o mesmo e os feitos idénticos, a conclusión tería que repetirse. Esta forma de pensar é formalmente impecable, polo que a existencia de resolucións contradictorias obriga a admitir que – a despeito do que digan a Constitución e os libros – o xuíz non decide unicamente pola Lei e o Dereito senón por outras causas que interfieren a liña, aparentemente inflexible, que leva da mesma lei e os mesmos feitos aos mesmos resultados”. (Nieto, 1998; p.96). Di tamén o profesor Nieto que o propio Tribunal Constitucional, cando admite as sentencias contradictorias coa única condición de que os decisores expresen os seus criterios (ou, no seu caso, se é unha autocontradicción, se razoe o cambio de criterio), dá “no cravo: o fundamento da sentenza atópase non tanto na lei como no criterio do xuíz que a aplica, de tal maneira que o decisivo non é o texto da lei senón o que quere facer con ela o xuíz”. (Nieto, 1998; p.97). Aínda que un non quere varrer para a súa casa máis do imprescindible, seguindo a súa análise non tarda o noso laureado profesor en afirmar que a explicación a sentencias notablemente diferentes ante casos idénticos hai que rastrealas fora do Dereito e, máis concretamente, no ámbito da lóxica e as ciencias do comportamento; os razoamentos de Nieto nesa dirección, no seu recente traballo

sobre “O arbitrio xudicial”, son argumentalmente demoleedores (Nieto, 2000). No ben entendido que seguimos a falar de sentencias con coherencia interna, plausibles (defendibles, verosímiles, aceptables) ou non plausibles, máis que de sentencias correctas ou incorrectas. O profesor Nieto defende vehementemente unha aproximación absolutamente coherente cos delineamentos da chamada “racionalización post-decisional”: o xuíz primeiro decide de acordo coas súas predisposicións temperamentais, o seu sentimento de xustiza e o seu instinto) e logo razoa a súa decisión apoiándose nas ferramentas que atope útiles ao efecto dentro do arsenal normativo dispoñible.

2.3.1. *O metarrelato da verdade xudicial.*

Aludimos, aínda que de pasada e tanxencialmente, a cuestións tales como lóxica e racionalidade(es), que inevitablemente nos remiten ao máis amplo campo da teoría do coñecemento. A realidade social é constructiva, dinámica, difícil de atrapar en categorías de análise fixas ou estancas. O “coñecemento” sempre é interpretación, máis que rexistro fiel dunha realidade externa. A vella aspiración *obxectivista* choca unha e outra vez contra a imposibilidade de separar o aparato “coñecedor” de aquilo que está intentando coñecer. Así, desvios, prexuízos, estereotipos, teorías implícitas sobre a natureza humana, ideoloxías, (máis como conxunto de valores que como adscripción partidaria a opcións políticas concretas), etc., de quen xulga son tan inseparables do xulgado como o é o filtro situado ante o obxectivo da cámara e o resultado final da fotografía. E, como cortina de fondo, aparece de novo a vella cuestión dos modelos de racionalidade: diferentes xeitos en que operan os aparatos cognitivos sobre a realidade. Tal como estableceu Jerome Bruner (1984), probablemente hai dous xeitos irreductibles de pensamento: a) o paradigmático ou lóxico – científico, relacionado con aquel coñecemento que se produce sen dependencia do contexto particular e que se relaciona co coñecemento xeral do mundo, e que, ademais, pode someterse a verificación formal e proba empírica. Por mais, é aquel coñecemento que pode ser *falseable*; b) Por contraposición, o xeito do coñecemento *narrativo* ou *discursivo* é un coñecemento sensible ao aquí e agora, dependente do contexto, sen pretensións de universalidade, subsidiario da información particular accesible, suxeito máis á verosimilitude que á proba, e que, lonxe de ser verificado, simplemente é máis ou menos *crído*. Tales xeitos de razoamento/coñecemento non son comparables, non poden ser empregados para contradicirse ou corroborarse reciprocamente e, por último, supoñen en si mesmo dúas versións diferentes do mundo. Por sorte ou desgracia, o razoamento que sustenta as decisións xudiciais é case sempre un exemplo deste segundo xeito. En verbas de Crombag (1989;p.7): “probablemente unha disputa legal é realmente un conflito entre narracións e unha decisión xudicial é, en realidade, un test da credibilidade de dúas versións dunha narración”. Noutro sitio argumentamos de maneira similar, falando do xuízo como unha situación de *deseño* permanente e intencional da verdade (Sobral, 1991).

De acordo con todo o anterior, a aplicación da lei na administración de xustiza dificilmente poderá axustarse ao xeito lóxico – científico e devir nunha sorte de procedemento

mecánico. Entón, ¿onde está o problema?. Moitos están de acordo en que temos un problema cando todo isto desemboca nun *caos narrativo*, no que os constructores da narración verdadeira (*a verdade xudicial*) seleccionan entre os materiais históricos dispoñibles (narracións en disputa das partes) uns e non outros compoñentes do seu propio edificio da verdade; así, de entre as verdades en disputa (*en litis*) calquera delas podería chegar ao final do *proceso* convertida en verdade xudicial ou “última palabra”, sen que de nada serviran as regras que, ao rexer e ordenar a disputa (o agón narrativo), supoñense ao servizo de facer maior unha probabilidade: a de que sexa tida por *verdade xudicial* aquela que *verdadeiramente* fóra recomposición fiel do pasado que está sendo contado: a verdade xudicial como verdade *diferida*. Se cada xuíz *narratorio*, cando terminado xa o antagonismo, convertese en narrador, vólvese libérrimo creador “literario” da verdade que deberá ser tida por tal, e si regras, códigos, prescricións normativas e procesuais, non serven á xénese de narracións minimamente consistentes e homoxéneas, entón, coidamos que hai un problema: o vínculo lexitimador do contrato ao que nos referimos máis enriba salta feito anacos, os cidadáns comezan a sentir que os resultados dos procesos xudiciais están sometidos á aleatoriedade duna sorte de ruleta rusa, e a seguridade xurídica así como a igualdade efectiva dos cidadáns ante a lei, se converten en quimeras.

Parágrafos atrás empregamos, falando da labor xudicial, a expresión “dar conta de...”. Tras esas verbas escóndese unha concepción do xuíz como alguén que debe rescatar do “esquezo” unha verdade histórica, unha verdade facticamente desaparecida, e contala de novo á comunidade, agora revestida xa da autoridade de versión final ou, como antes se dixo, de *derradeira palabra*. Trátase, visto deste xeito, dunha excursión cara á “verdade da verdade xudicial” (en afortunada expresión do profesor/maxistrado José Calvo; Calvo, 1998; 1999). O Proceso xudicial é o desafío entre partes *antagónicas* acerca da ocorrencia histórica duns feitos, e en ningún lugar mellor que nel poderíase afirmar aquilo tan socorrido nas orientacións construcionistas (posmodernas, antipositivistas,...) de que os feitos nunca *falan por si mesmos*. O Proceso ocúpase de feitos póstumos, e, por iso, non “reproducibles” no xuízo; e, en tanto que póstumos, voltan “mudos” e, por iso, deben ser *óidos* tal como as partes os “reconstrúen” (na vista *oral*). O antagonismo argumental implica que a propia construción narrativa do relato (*ars inventa disponendi*), o mesmo xeito de narrar os feitos chega a formar parte do narrado. Pero non só existen versións contrapostas; non é infrecuente que se abran tramas *diversificadas* a partir dalgún detalle da trama principal (*versións-diversións*). E enténdase o de trama principal referido a aquela que, en inicio, é “versión oficial”: o contido na Instrucción e sostido polo Ministerio Fiscal, que a miúdo parte dun *status* narrativo superior, dado que se supón imparcial, desinteresado máis aló do propósito de “verdade”. Iso non fai senón minguar o valor do resto das versións, que aparecen pre-xulgadas como “débiles” (véxanse as consecuencias prácticas de tal fenómeno a través da forte ancoraxe das decisións xudiciais ás solicitudes do fiscal, estudias polo profesor Garrido na Universidade de Salamanca).

Esta cuestión non é allea a certos riscos para a presunción de inocencia, principio que debería “nivelar e enrasar a postulación entre as versións de acordo tamén co principio de

igualdade procesual segundo o cal a *verdade xudicial en proceso*, como dialóxica verdade aínda non concluída, amparará toda e calquera *verdade* dos feitos, sexa cal sexa o suxeito que a postule, sen discriminar polo *suxeito que conta* senón, en último termo, polo *que conta o suxeito*” (Calvo, 1999; p.31). O xuíz (e os xurados), pois, enfrontase a un espectro narrativo (mentres é *narratario*) de intrincadas *conversion*s, *inversion*s, *reversion*s... E ante ese panorama resulta imposible que a *verdade xudicial* adopte a índole dun *relata refero* (mera retransmisión, como mo contaron cho refiro) coma un notario tomador de actas. Rematado o seu rol de *narratario* de destino, deberá mudarse en *narrador*, pero *narrador* que (por moi independente que sexa) é necesariamente dependente do que se lle *contou*; e é deste xeito como o xuíz debe proceder a un “axuste narrativo” resultando un novo relato (non necesariamente en *correlato* aos feitos contados, senón á *verosimilitude* das narracións antagónicas). Mais é que, entón, o relato xudicial convertese en *verdade histórica* que, tras sentenza firme, conduce dende a proliferación de voces en pugna ao *silencio*: nada máis pode ser dito, o *contado* non poderá voltar a ser xulgado (*non bis in idem*). Trátase dun relato que non totaliza, non agrega, non compón puzzles con pezas soltas, senón que é un relato propio (*secundum conscientiam*) no que o *narrador/decisor* revisa, compara, intersaca, rexeita, prefire, enlaza, asocia, categoriza, harmoniza..., debe facelo, ademais, movéndose nunha “estratexia da verdade” (isto é, con coherencia narrativa, consistencia interpartes do relato, aceptabilidade, racionalidade e consensualidade; McCormick, 1978; Roermund, 1997). Trátase, finalmente, do “vere (verdade) dictus (dita)”, mais dita pola voz do poder; un poder que, máis aló do mencionado ao inicio deste traballo, é o poder de facer verdade histórica aquilo que naceu como pugna entre relatos: o poder da *última palabra* (Ricoeur, 1985) nada menos; algo parecido ás verdades da *historia sagrada* que estudiamos cando nenos: *a santidade da cousa xulgada* (Calvo, 1999). Máis, en sociedades tan secularizadas como a nosa, a xente acostumouse a desconfiar das *santidades* do Dereito e de calquera tipo, e non é doado que esqueza, como recorda Sabater (1993), o carácter simulado, finxido, inventado, ideal, dos conceptos máis sagrados. O psicólogo (xurídico ou non) non debería absterse na adquisición de instrumentos de *mergullo* nas ferramentas hermenéuticas, alí onde múltiples arqueólogos reedifican o pasado para presentárnolo *agora* como Verdade.

Este é un *xeito* de ver o contexto da xénese da decisión xudicial; veredictos e sentencias son *necesariamente* debedores do ata aquí relatado. Tal vez agora podamos “enmarcar” mellor algúns datos empíricos a cerca das disparidades xudiciais; porque non só é certo que as cousas ocorren así, senón que ese proceso, como non podía ser doutra maneira, está sometido a multitude de diferencias individuais.

2.3.2. Algúns datos: ¿un contrato violado?

Certamente, a consideración a partir de onde esa diverxencia comeza a ser *excesiva*, é tamén un xuízo de valor; non hai receitas nin instrumental de medida para aquilatar a disparidade, enfrontándoa a un nivel ideal que ninguén pode definir. Agora ben, un pouco de sentido común pode servirmos de moita axuda para poñernos de acordo sobre os aspectos cuantitativos do *problema*.

Moitos estiveron de acordo con Palays e Divorski (1984) cando cualificaron de inaceptable a disparidade existente entre dous conxuntos de xuíces canadenses: segundo o xuíz que lle caera en sorte, o cidadán Ray R., podía ser deixado en liberdade cunha leve multa ou ser condenado a 5 anos de prisión. ¿Disparidade excesiva? Parece razoable concluír que si. Nótese que non estaríamos aquí nin sequera ante un conflito de historias; non se cuestiona o ocorrido; os feitos danse por probados: “só” hai que valorar a pena máis axeitada asociada a ocasionar lesións graves a outro individuo nunha pelexa comezada de maneira ocasional. Fai xa un tempo que outros dous investigadores estadounidenses, Partridge e Eldridge (1974), crearon un certo escándalo cando presentaron os mesmos 20 casos a unha serie de xuíces co fin de que estes recomendaran a sentenza que lles parecera máis oportuna en razón da legalidade aplicable. Resumamos: en 16 dos 20 casos houbo desacordo entre os xuíces sobre unha cuestión tan básica como se o delincuente debía ser encadeado ou non. Tampouco este parece un exemplo de claridade contractual.

Tamén en USA, Diamond e Zeisel (1975) atoparon que un 30% das recomendacións de sentenza nos “sentencing council” (órganos de discusión creados precisamente para combater a disparidade) discrepaban respecto á conveniencia da pena de prisión. Foi o mesmo Diamond (1981) quen realizou un dos máis reputados estudos sobre a cuestión, para concluír que un amplo conxunto de xuíces de Nova York e Chicago que diferían de maneira moi ampla nas súas sentencias sobre casos idénticos facíanlo sobre todo por: a) percepcións selectivas diferenciais sobre factores agravantes e atenuantes; b) o xénero do acusado/a; o desacordo incrementábase notablemente nos casos en que se trataba de varóns acusados; existiu un notable acordo ao respecto de emitir sentencias de non encarceramento tratándose de acusadas. (¿Vai en prestixio do *contrato* o que pareza haber *un* para eles e outro para elas?); c) tanta máis era a discrepancia canto menos severo era o delicto; d) cando o acusado presenta unha boa educación, ten relacións persoais estables e unha idade relativamente elevada, é moito máis probable a forte disparidade. Os xuíces discreparon notoriamente tamén ao valorar o tempo transcorrido dende o derradeiro arresto, a cooperación do delincuente e o seu estado de saúde. Noutras verbas: apreciáronse notables discrepancias entre os xuíces respecto ao peso que se ten que outorgar a case todas aquelas variables que o noso sentido común fai relevantes ao caso. Pouco bo se pode concluír ao respecto do fío argumental que aquí vimos desenvolvendo.

Sé cambiamos de continente atopámonos cunha paisaxe parecida; Homel e Lawrence (1992) atopan escandalosas diferencias entre xuíces da mesma cidade australiana á hora de sentenciar os autores de roubos en establecementos comerciais, de pequenos delitos de tráfico de drogas e de conducción baixo os efectos do alcol, segundo os autores tiveran unha ou outra idade, foran varos ou mulleres, tiveran un status máis ou menos elevado, etc. ¿Deberían coexistir tantos contratos diferentes? Se así fóra, ¿podo coñecer o que a min me afecta e *saber o que me espera*, podo saber a estratexia de verdade narrativa/valorativa que se me aplicará?

No mesmo contexto de variabilidade debido a factores idiosincrásicos do acusado, é inescusable referirse aos resultados obtidos nun traballo do Departamento de Investigación

do Home Office británico. Formulouse a seguinte pregunta: ¿Hasta que punto inflúe na modalidade e severidade da pena elixida polos xuíces británicos que se este axuizando a varóns ou mulleres?. Ofrecéronse algunhas respostas contundentes (Hedderman e Geltshorpe, 1997), a partir da análise de 13.000 asuntos penais con control previo de similitude das probas presentadas: a) Ante delictos similares de roubos en tendas, a probabilidade de sentencia de prisión foi moito máis elevada para os varóns; as mulleres eran prioritariamente condenadas a penas de servio á comunidade ou, simplemente, absolutas; b) No caso de reincidencia en delictos violentos, era tamén moito máis probable que foran encadeados os varóns que as mulleres; c) Ante delictos de tráfico de drogas, sobre todo si se trataba da primeira vez, foi moito menos probable que as mulleres foran encadeadas; d) Ademais, atopouse que, con independencia de que se tratase de debutantes ou reincidentes, foi moito máis probable que as mulleres foran postas en liberdade antes do final da súa condena. Ou sexa, as diferencias non só afectan ao tipo e contía das penas, senón tamén ao asunto fundamental do posterior control da execución das mesmas. ¿Debemos asumir como inevitable, ou incluso como adecuado, que existan *contratos* implícitos de natureza radicalmente diferente en función do xénero do cidadán? ¿Estaremos ante unha *xustiza cromosómica*? Cando as autoras deste traballo presentaron estes resultados da súa investigación de *archivo* a un bo número de xuíces e instaron a estes a discutir en grupos acerca dos factores causais de tal fenómeno, os maxistrados británicos foron moi transparentes: os motivos dos comportamentos antixurídicos das mulleres son menos perigosos que os dos varóns; a delincuencia feminina encádrase no molde do estereotipo do *delincuente vítima* (da situación, da pobreza, do abandono dos seus maridos, etc.), o cal autoriza a supoñer que, por contraste, a delincuencia masculina relacionase con un libre e autónomo, non socialmente condicionado, desexo de producir perturbación para dar *gusto* a algunha desgraciada predisposición. Os maxistrados afirmaron que debían recoñecer que ante as acusadas os seus razoamentos xurídicos estaban habitualmente moi influídos por “gut feelings” (¿sentimentos viscerais?), o “sentido común”, a linguaxe corporal e outros aspectos da conduta non verbal, aparecendo como variables moi relevantes os constructos de *conducta apropiada na Sala* e *no porte* da acusada. Se nos trasladáramos a Brasil, encontrariámonos cos impresionantes resultados obtidos por De Jesus Souza (1996) na investigación doutoral que realizou coa nosa supervisión: as decisións xudiciais sobre casos de presunta violación son enormemente dispares e parecen claramente subsidiarias de determinados procesos de razoamento, inclinacións ideolóxicas e tendencias atribucionais.

Pero veñámonos un pouco máis cerca, por se aínda alguén atesoura a ilusión de que o ata aquí comentado non son máis que extravagancias típicas do afastado exotismo de outros sistemas xudiciais, insertos en outras tradicións xurídicas. No noso continente, aínda que existen poucos estudos empíricos, os indicios dispoñibles apuntan a que as cousas non son moi diferentes. O traballo de Shüneman e Bandilla (1989) con xuíces alemáns é proba contundente do que poderíamos denominar o peso da *protodecisión*, a saber, todo un conxunto de elementos suxeridores de que unha parte da decisión está xa tomada antes da análise e balanceo dos elementos de proba dispoñibles. Máis rechamantes incluso foron os resul-

tados dos traballos da alemana Margit Oswald (Oswald, 1992), cando amosa con toda claridade que, na explicación final das sentencias dun amplo grupo de xuíces alemáns, prevalecen factores estrictamente extralegais, tales como os *estilos atribucionais*, sobre os xenuinamente xurídicos; (enténdase o de estilo atribucional como unha sorte de característica de personalidade que diferencia a uns individuos doutros na tendencia a situar o *control* dos sucesos baixo a responsabilidade do individuo (versión psicolóxica do discurso liberal acerca da responsabilidade individual) ou, polo contrario, a situar tal centro de control en instancias alleas á vontade individual (a estrutura económica, o poder doutros, o tipo de familia que a un lle tocara en sorte, etc., é dicir, a versión máis socialdemócrata acerca da responsabilidade social na configuración de cada biografía particular). Isto é: a sentencia parecía depender dos xeitos de explicación causal (a *orixe* do narrado) dos comportamentos (estilos atribucionais), dependendo estes a súa vez de factores ideolóxicos de fondo sobre o poder de configurar a nosa conducta segundo o noso libre albedrío. No parágrafo anterior concluíamos que parecía haber no Reino Unido diferentes *contratos* (ou interpretacións substancialmente diferentes do mesmo *contrato*) a partir dunha característica do acusado: o seu xénero. Acabamos de referirnos agora a outra fonte ven diferente de influencia sobre os resultados finais do contrato: unha característica ideolóxica/atribucional do xuíz. Non é difícil imaxinar os niveis de aleatoriedade nos que nos moveríamos se combinásemos aínda que só fóra eses dous factores: xuíces con estilo atribucional *liberal* xulgando a varóns, xuíces con estilo atribucional *socialdemócrata* xulgando a mulleres... ¿É se engadíramos o xénero do xuíz, a súa idade, a súa filosofía penal...? Tal vez chegásemos á conclusión de que algunhas das condicións que máis arriba esixíramos ao contrato psicossocialmente vinculante (a autopenalización) son imposibles. Máis adiante voltaremos sobre iso, pero antes de dedicar algún esforzo a delinear certas propostas prácticas, comentaremos algúns resultados obtidos polo noso propio grupo de investigación.

Non é nada estraño escoitar a xuristas españois en discusións sobre este tipo de asuntos (sobre todo a certos académicos que non soen frecuentar os nosos xulgados) a argumentación seguinte: este tipo de fenómeno sería de moito máis difícil ocorrencia en sistemas xurídicos como o noso, dotado de “tipos” penais encadrados nun particular *contrato de contingencias* (o Código Penal), máis ou menos preciso no deseño das expectativas penais asociadas a certos comportamentos. ¿Hasta qué punto isto sería así? Esta foi, basicamente, a pregunta que motivou algunhas das nosas investigacións ao respecto.

Así, quixemos ver cal sería o nivel de disparidade entre 32 xuíces do penal españois á hora de emitir sentencia sobre 5 casos reais que se lles presentaban resumido e asumindo que os feitos quedaran convenientemente probados na fase oral do xuízo. Os resultados (Sobral, 1993; Sobral e Prieto, 1994) non deixaron lugar a moitas dúbidas, nin polo que se refire ao quantum do fenómeno, nin no que fai a cal sexa a explicación máis razoable do mesmo. Aínda que non coa mesma intensidade segundo o suposto de que se tratase (agresión con danos, atraco levado a cabo por un heroinómano ou por unha muller ludópata, roubo continuado por caixeira de grandes almacéns, abusos sexuais baixo ameaza), a dis-

paridade foi enormemente rechamante. A utilización de cuestionarios posteriores permitiunos analizar estatisticamente as fontes da disparidade atopada. Sinteticamente, aqueles xuíces que se amosaban favorables á utilización das súas sentencias como medios instrumentais para a consecución de obxectivos sociolegais de reinserción e rehabilitación (orientación ao delincente) amosáronse espectacularmente menos severos que aqueles dos seus colegas con crenzas máis orientadas a defender unha visión punitiva/disuasoria/retributiva da pena. En definitiva, as nosas ecuacións de regresión seleccionaron aqueles factores que máis reflicten as representacións subxacentes dos xuíces respecto ao papel do castigo, os niveles de risco a asumir en aras dos ideais rehabilitadores, o papel da cárcere en todo ese proceso, respecto á “xustiza” como instrumento “conservador” do orden social e dos valores que a impregnan, respecto á “exemplaridade” da pena, etc. E todo iso modulado, ademais, moi intensamente por factores como a idade e o xénero do xuíz (Sobral e Prieto, 1994; Marzoa, 1996; Sobral e García, en preparación) que, á súa vez, entran en interacción co tipo de delito e de delincente.

Quixemos analizar tamén o fenómeno na súa vertente post-sentencia. ¿Produciríase un panorama de aleatoriedade parecida polo que se refire ao control da execución da pena? Indagamos entón nos niveis de homoxeneidade existentes entre os diferentes Xuíces de Vixilancia Penitenciaria (XVP) españois á hora de autorizar/denegar permisos de saída solicitados polos internos nas cárceres. Algúns resultados resultan ben rechamantes: por unha parte, é relativamente frecuente que os XVP autoricen permisos denegados en primeira instancia polos técnicos dos equipos profesionais dos centros penais, e que, ademais, fagan tal cousa cun esforzo mínimo o inexistente de motivación das súas solucións. Tal cousa aconteceu en 4184 ocasións en 1996 (sen incluír Cataluña); por outra parte, non é ese dato o que máis nos debe facer reflexionar ao obxecto da argumentación que aquí vimos desenvolvendo: segundo estatísticas da propia Dirección Xeneral de Institucións Penitenciarias, algúns XVP procedían de tal modo (resolvendo en contra dos criterios dos profesionais do centro) ata nun 59,52% das ocasións, mentres que outros non fixeron tal cousa nin nunha sola ocasión (véxase Sacau, 1998; Sacau e Sobral, 1998). Con independencia de que tales resultados poidan ser interpretados en clave de salvagardar a preeminencia do poder xudicial fronte á administración ou dende outros puntos de vista, o certo é que a posibilidade dos internos en cárceres españois de gozar de certos permisos máis parece cuestión de fortuna na lotería que de aplicación rigorosa dalgúns criterios máis ou menos fundamentados. Outra parte do *contrato* fai auga. Poderíamos poñer algúns exemplos máis; pero parecen suficientes se o que se quere é argumentar sobre a existencia dun estado de cousas que a algúns lles parece un problema.

Cando contrastamos as decisións xudiciais coa bibliográfica psicolóxica acerca da toma de decisións en xeral, temos a impresión de que poucos campos de análise se axustarían tan perfectamente á perspectiva que estudia a decisión entre alternativas como unha *categoría humana de acción*, isto é: lonxe da aplicación de modo lóxico/científico de razoar que avaliarían as forzas favorables a cada alternativa segundo os modelos bayesianos (“bottom-

up”), segundo os cales procederíase de modo analiticamente rigoroso dende as máis simples pezas de información ata as conclusións máis complexas e xerais, sustentándose firmemente cada paso no anterior, a evidencia suxire que os procedementos reais máis se asemellan aos modelos narrativo/discursivos, tamén chamados de historia (“top-down”). O procesamento de información diríxese dende estruturas de coñecemento superiores, apriorísticas, fundamentadas na particular análise que cada decisor fai da súa experiencia e a de outros, está guiado por valores e, en último termo, responde a unha determinada concepción do mundo. Neste contexto, a decisión penal é un problema de “trade-off”, de comercio, de intercambio e negociación entre os valores esperados de cada alternativa posible. ¿Qué risco se prefire asumir en relación co uso da prisión preventiva: meter no cárcere a alguén que posteriormente pode resultar inocente ou, polo contrario, deixar en liberdade á espera de xuízo a alguén que pode fuxir ou volver a delinquir? A resposta a estes dilemas non virá da man das calidades lóxico-formais do razoamento estilo Sherlock, senón máis ben das opcións idoleolóxico-valorativas que cada un asuma como cidadán: as dúas alternativas implican un risco, *ergo*, ¿qué risco elixir? Estas son as respostas que non se aprenden nas facultades de dereito e á corrección das cales a técnica xurídica, nunca desprezable, malamente pode contribuír. (Aínda que para algúns sexa a única esperanza; Tomás-Ramón Fernández, 1998). Agora ben, ¿significa isto que nada se pode facer, que o canto de Stein á individualidade do xuíz sustentada nas dende el famosas *máximas da experiencia* (Erfahrungssätze) ou, o que é o mesmo, nas *reglas do criterio humano*, só pode ser cantado dando por perdida toda posibilidade de *contrato* como o antes deseñado? ¿Habería que renunciar aos seus benéficos efectos a partir da demoleadora crítica que o propio Stein (no seu libro “O coñecemento privado do xuíz”) realiza ás perspectivas “xuridicistas” da función xudicial? Non creemos que debamos limitarnos a dar carta de natureza e recoñecemento ao extra-xurídico como fonte de influencia.

2.4. Algunhas suxestións prácticas en termos organizacionais.

Si se estivera de acordo respecto a que o antes comentado representa un problema, esterase de acordo tamén en que algo habería que facer. Na tensión entre uniformidade e individualización, entre a aplicación mecánica da norma e un libre arbitrio sen restriccións, debe haber certos puntos de equilibrio.

Con toda a modestia de quen coñece sobradamente aquilo do fácil que é predicar e o non tanto que resulta dar trigo, atrevémonos a formular algunhas suxestións que o propio Consello Xeral do Poder Xudicial nos solicitou (Sobral, 1999) e que pasamos a resumir:

1. Creemos que o CXPX debería crear unha comisión estable encargada do seguimento desta cuestión e, no seu caso, do estudio e posta en práctica das medidas a tomar

2. Unha parte importante da política formativa implantada polo CXPX debería ter como obxectivo a reflexión permanente e colectiva (a través de grupos de discusión ou *training groups*) sobre os criterios penais aplicables a amplos conxuntos de casos.

3. O Poder Xudicial debe reclamar dos representantes da soberanía popular, ata onde poida e sexa lexítimo, unha mellor técnica legislativa, de modo que quede claro o que se quere perseguir, ata qué punto modulan a idea central a presenza de determinadas circunstancias concomitantes (agravantes, atenuantes), etc.

O CXPX, a través da mencionada comisión, debería poñer a disposición de todos e cada un dos xuíces un sistema de información que permitira o seguinte: acceso inmediato a unha base de datos na que aparecesen clasificados un gran número de asuntos penais, atendendo a: tipo de delito, un conxunto de circunstancias concomitantes a definir, idade e xénero do/s delinquentes, previsións normativas ao respecto e, sobre todo, índices de severidade media dos seus colegas ao sentenciar tales asuntos. Cada xuíz localizaría de maneira rápida a categoría correspondente ao asunto en cuestión e coñecería inmediatamente as penas mais frecuentes en tales supostos. Non fai falla dicir que tal información tería para o xuíz un carácter orientativo, nunca restrictivo da súa independencia. Agora ben: o xuíz X, tralo análise do caso, cree que o mais axeitado é impoñer unha sentenza de severidade Y; consulta a base de datos, encadra categoricamente o asunto, e atopa que, por termo medio e para casos similares, os seus colegas impoñen penas ben diferentes. Pode entón suceder varias cousas, todas positivas desde o noso punto de vista: a) o xuíz faise consciente dalgún erro (xurídico ou de apreciación) na súa toma de decisión e revisa o seu proceder; b) o xuíz X decátase da notoria diferenza entre a súa sentenza e a da maioría dos seus colegas: deberá entón esforzarse mais na argumentación motivada da súa decisión, resaltando as peculiaridades do asunto que lle ocupa; c) o xuíz X nin se inmuta e procede tal e como pensaba previamente: o CXPX terá elementos suficientes para detectar sentencias suficientemente desviadas e exercer a súa potestade inspectora. En calquera dos casos, a información contida ao respecto nesa base de datos será enormemente útil para fundamentar, no seu caso, un eventual recurso.

4. A sentenza do xuíz X, sexa cal sexa finalmente a súa severidade, será inmediatamente introducida nesa base de datos, de modo tal que nos garantimos que, á vez que cada xuíz é influído polos demais, inflúe en todos eles. Poñeríamos en marcha así un deses mecanismos coñecidos como “feed-back de axuste progresivo”: cada decisión é modulada polas pasadas, ao tempo que modula as que se podan producir no futuro sobre asuntos similares.

Aínda no ben entendido de que non existen receitas máxicas, estamos seguros que isto conduciría a uns niveis de homoxeneidade mais elevados, de *relatos mais representativos*, sen perxuízo da necesaria individualización nin menoscabo da independencia xurisdiccional. E, finalmente, o que mais importa: que o sistema xudicial penal (e non só este) sería percibido polos cidadáns como un contrato vinculante, pleno de lexitimidade e ao servizo da solución de conflitos que a propia interacción social inevitablemente xera.

E é que, si nunca debeu de deixarse a xustiza en mans dos *deuses*, menos aconsellable parece cando os deuses nin sequera están de acordo entre eles.

3. 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. Rivista internazionale di filosofia del diritto, IV Serie – LXXVI – Fasc. 1.

CROMBAG, H.M. (1989): When Law and Psychology meet. En H. Wegene; F. Lösel; e J. Haisch (Eds.). Criminal Behavior and Justice System. Nova York: Springer.

DAHL, R. (1999): La democracia. Una guía para los ciudadanos, Madrid: Taurus.

DE JESUS SOUZA, F. (1996): Juices e Jurados: Raciocínio, Ideología e Processos de atribuição em tomada de decisão em um caso de violação. Tesis doctoral. Universidade de Santiago de Compostela.

DE PAUL, P. (1997): Ponencia sobre a Psicología Jurídica Española. Actas do Congreso Nacional de Psicología Social. San Sebastian.

DIAMOND, S.S. (1981): "Exploring the sources of sentence disparity". En B.D. Sales (Ed.). The trial process. Nova York: Plenum Press.

DIAMOND, S.S. e ZEISEL, H. (1975): "Sentencing councils: a study of sentence disparity and its reduction". University of Chicago Law Review, 43: 109-149.

FERNANDEZ, T.-R. (1998): En A. Nieto e T.R. Fernández: El Derecho y el revés. Barcelona: Ariel.

HEDDERMAN, C. e GELSTHORPE, L. (1997): Understanding the sentencing of women. London: Home Office.

HOMEL, R.J. e 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. Universidade de Santiago de Compostela.

NIETO, A. (1998): En A. Nieto e T.-R. Fernández: El Derecho y el revés, Barcelona: Ariel.

NIETO, A. (2000): El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel.

OSWALD, M. E. (1992): "Justification and goals of punishment and the attribution of responsibility in judges". En F. Losel e otros (Eds.). Psychology and Law: International Perspectives. Berlin: Walter De Gruyter.

PALYS, T. S. e DIVORSKI, S. (1984): "Judicial decision making: un examination of sentencing disparity among Canadian Provincial Court Judges". En D.J. Muller; D.E. Blackman; e A.J. Chapman (Eds.). Psychology and Law . Nova York: Wiley.

PARTRIDGE, A. e ELDRIDGE, W.B. (1974): The second circuit sentencing study. Nueva York: Federal Judicial Center.

PEREZ ROYO,F. (1998): Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Madrid: Civitas.

RICOEUR, P. (1985): Tiempo y narración. México: Siglo XXI.

RODRIGUEZ BEREIJO, A (1999): Problemas en torno al diseño del rol del Tribunal Constitucional. Conferencia pronunciada no marco do 5º Centenario da Universidade 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. Universidade de Santiago de Compostela.

SACAU, A. e 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 de la felicidad. Madrid: El País-Aguilar.

SCHUNEMANN, B. e BANDILLA, W. (1989): " Perseverance in Courtroom Decisions". En H. Wegener; F. Losel; e J. Haisch (Eds.). Criminal Behavior and Justice System. Nova York: Sringer.

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. e GARCIA, L. (en preparación): Variaciones sociodemográficas de las sentencias judiciales. Universidad de Santiago de Compostela.

SOBRAL, J. e 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).