

Sentido Común y Derecho

Serie: Conferencia anual sobre la teoría del derecho y los derechos fundamentales No. 2.



Manuel Atienza



Sentido Común y Derecho

Manuel Atienza

Atienza Rodríguez, Manuel.

Sentido Común y Derecho / Manuel Atienza Rodríguez. -- Quito: Corte Constitucional del Ecuador; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2025. (Conferencia anual sobre la teoría del derecho y los derechos fundamentales No. 2).

40 p.

e-ISBN: 978-9942-7268-7-2

1. Derecho -- Aspectos filosóficos. 2. Filosofía del derecho. 3. Derecho – Discursos. 4. Sentido común. I. Título. II. Serie

CDD21: 340.11 CDU: 340.11 LC: K424. A75 2025 Cutter-Sanborn: At47gs

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado", Corte Constitucional del Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador

Juezas y Jueces

Alí Lozada Prado (Presidente)

Carmen Corral Ponce (Vicepresidenta)

Karla Andrade Quevedo

Alejandra Cárdenas Reyes

Jhoel Escudero Soliz

Enrique Herrería Bonnet

Teresa Nuques Martínez

Richard Ortiz Ortiz

Daniela Salazar Marín

Revisor

Daniel Gallegos Herrera

Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC

Byron Villagómez Moncayo

Coordinador Técnico de Investigación

Camilo Larrea Oña

Coordinador Técnico de Difusión del Derecho Constitucional

Diana Briones Puga

Coordinadora de Despacho Institucional

Editor

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC

Diseño y Diagramación

Dirección Nacional de Comunicación CCE

José Tamayo E10-25 y Lizardo García

(+593) - 02 3941800

Quito-Ecuador

<http://www.corteconstitucional.gob.ec>

Febrero 2025

© Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional del Ecuador.
Todos los derechos quedan reservados.



Licencia Creative Commons

Reconocimiento - NoComercial - CompartirIgual - 4.0 Internacional

Attribution - NonCommercial - ShareAlike - 4.0 International

(CC BY-NC-SA 4.0)

Las opiniones y contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores. La reproducción de los contenidos se autoriza citando la fuente.



Manuel Atienza

Catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Director de la Revista Doxa y del Observatorio Doxa de Argumentación Jurídica para el mundo Latinoamericano. Ex vicepresidente de la Asociación mundial de Filosofía Jurídica y Social. Doctor Honoris Causa por diversas Universidades Latinoamericanas. Miembro de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y miembro de la Comisión redactora del Código modelo de Ética Judicial, dentro de la cumbre Judicial Iberoamericana. Entre sus publicaciones destacan: Introducción al Derecho (1985), Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico (1986), Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica" (1991), "Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico (1993), Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos" (con Juan Ruiz Manero, 1996), Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder (con Juan Ruiz Manero, 2000), El sentido del Derecho (2001), La guerra de las falacias (2003), Bioética, Derecho y Argumentación (2004), El Derecho como Argumentación (2006), Para una teoría postpositivista del Derecho (con Juan Ruiz Manero, 2009). Ha sido profesor visitante en Harvard Law School (1989) y en Cornell University (2001). Participa como profesor en diversos cursos de doctorado, maestrías y cursos de capacitación a magistrados tanto en España como en Latinoamérica.

Presentación

Paul Ehrenfest fue un físico teórico al que le tocó vivir la contraposición entre la física clásica (la teoría de la relatividad de Einstein) y la recién nacida mecánica cuántica, teorizada por Planck, Bohr, Heisenberg, Schrödinger, etc. Mientras Einstein sintetizaba su crítica al carácter azaroso de la mecánica cuántica con su célebre frase “Dios no juega a los dados”, los desarrollos teóricos de los otros físicos mencionados daban cuenta de un comportamiento paradójico de las partículas cuánticas: pueden estar en muchos lugares o estados a la vez hasta que las observamos; se encuentran entrelazadas, de manera que lo que le pasa a la una afecta a las otras sin importar la distancia entre ellas; pueden comportarse como objetos sólidos o como ondas según cómo las observemos; de ellas se puede saber dónde están y a qué velocidad van, pero no las dos cosas al mismo tiempo; pueden atravesar barreras físicas que normalmente no podrían... La deriva cuántica que había tomado la física teórica, junto a otras vicisitudes de su vida, hicieron que Ehrenfest viviera una terrible angustia. En las cartas que Ehrenfest enviaba a sus amigos no hacía más que hablar de muerte, destrucción y la desesperación que le generaba el apartamiento de la mecánica cuántica respecto del sentido común. Escribió a Einstein para decirle: “La razón [subyacente a la teoría cuántica] está desvinculada de los aspectos más profundos de nuestra psique, y temo que nos arrastrará hacia delante por el hocico, como a una mula borracha”. Finalmente, el 25 de septiembre de 1933, Ehrenfest le disparó a Vassily, su hijo discapacitado de catorce años, y acto seguido se propinó un tiro en la cabeza.¹

Actualmente, se acepta que vivimos la era del Estado constitucional, y a nivel teórico se ha planteado que nuestra época exige una nueva concepción del Derecho, que se ha llamado constitucionalismo. Desde la vertiente positivista, Ferrajoli ha edificado una teoría “garantista” del Derecho con fidelidad a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral; por otro lado, ha surgido el que suele llamarse postpositivismo, representado por autores como Dworkin, Nino, Alexy, Atienza, Ruiz Manero, el segundo MacCormick, entre otros, para quienes el Derecho constituye una práctica social atravesada

¹ Labatut, Benjamín, (2024), Maniac, Anagrama, pp. 13ss.

por una dimensión argumentativa que en ciertos contextos vincula el razonamiento jurídico basado en razones autoritativas con el razonamiento basado en razones morales, que por dicha conexión devienen también jurídicas; tesis que se ha desarrollado mediante categorías como las de regla, principio, subsunción, ponderación.

La pregunta sería entonces: ¿Debe una teoría jurídica constitucionalista apartarse del sentido común, como acabó haciéndolo la mecánica cuántica? Para propiciar respuestas a esa interrogante, la Corte Constitucional del Ecuador tuvo la fortuna de contar con la contribución generosa del profesor Manuel Atienza, uno de los filósofos del Derecho más relevantes en la actualidad. Gracias al patrocinio de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, el iusfilósofo español impartió en el año 2024 la *II Conferencia Anual sobre Teoría del Derecho y los Derechos titulada "Sentido Común y Derecho"*, en el marco de la ceremonia de premiación de las primeras Olimpiadas de Razonamiento Constitucional organizadas por esta Corte. Y, ahora, para la Corte es motivo de mucha complacencia publicar el texto de aquella conferencia.

A partir de lo que Atienza comprende por sentido común jurídico, me parece que cabe responder a la cuestión antes planteada afirmando que, contrariamente a lo que sucedió con la física del mundo cuántico, la teoría del Derecho del Estado constitucional no puede ir divorciada del sentido común jurídico; más bien, creo que el constitucionalismo debe implicar un encuentro más estrecho con aquel. La idea de proporcionalidad, por ejemplo, es central en la práctica argumentativa y decisoria de nuestros países, al punto que el examen de proporcionalidad ha sido considerado el "criterio universal de constitucionalidad".² Sin embargo, a pesar de la excesiva sofisticación que Alexy ha dado a dicho examen (con la fórmula del peso incluida), se trata de una noción propia del sentido común jurídico, como el propio Atienza³ ha mostrado en otro lado. De hecho, la intuición detrás de la proporcionalidad no es más que una refinación de la idea de equidad explicada por Aristóteles con el célebre ejem-

2 Beatty, David (2004), *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 230.

3 Atienza, Manuel, (2017), *Filosofía del derecho y Transformación social*, Trotta, Madrid, pp. 147ss.

plo de la regla que usaban los arquitectos de Lesbos:⁴ esta no era rígida y podía adaptarse a la forma de la piedra, así también la ley debe poder adaptarse a los casos. Eso implica, como se lee en la conferencia que hoy se publica, que “[u]na teoría de la interpretación anclada férreamente al literalismo chocaría contra el sentido común, puesto que no puede ser compatible con un presupuesto básico de un ordenamiento jurídico: el propósito de ordenar la conducta de la gente con un mínimo de racionalidad”, lo que conduce a otros criterios de interpretación, como el teleológico y el axiológico, que entran precisamente en juego en el examen de proporcionalidad.

Por tanto, un Ehrenfest sería prácticamente impensable en el constitucionalismo, dada la diferencia de naturaleza que hay entre la teoría del Derecho del Estado constitucional y la física teórica dedicada al estudio de los niveles atómico y subatómico. La primera debe ajustarse necesariamente a la medida de los seres humanos, al sentido común. Por eso —desde hace años y también en esta conferencia— Atienza ha insistido en que, si bien, “el sentido común lleva a veces a cometer errores de argumentación [jurídica]; la falta de sentido común, casi siempre”.

De ahí que, para teorizar o practicar el Derecho en nuestra comunidad jurídica, podríamos emplear cada una de las cinco nociones de sentido común jurídico distinguidas y correlacionadas por Atienza como guías para la autoevaluación individual y colectiva: ¿se litiga, juzga o legisla con sentido común?, ¿se forma a los futuros juristas desde y para el uso del sentido común?, ¿se teoriza sobre el Derecho sin perder de vista que el objeto de estudio consiste en una práctica social que solo es aprehensible manteniendo el contacto con el sentido común, aunque este no sea —desde luego— suficiente?

Durante estos años, la Corte ha propiciado la mejora de la cultura jurídica ecuatoriana; y la conferencia que aquí se publica suscita reflexiones que apuntan productivamente en esa dirección.

Alí Lozada Prado
Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador.

4 Aristóteles, (1985), *Ética a Nicómaco*, V, 10, 1137b 30.

1

Sentido Común y Derecho

La noción de sentido común es, sin duda, una de las más importantes de nuestra cultura y, probablemente, de cualquier cultura. Por lo menos, si pensamos que la importancia de un concepto está relacionada con la frecuencia con que es usado. Estoy seguro de que muchos de los lectores de este texto habrán recurrido a él en los últimos días o, como mucho, en las últimas semanas. Es también muy probable que la utilización de expresiones como “eso es de sentido común” o “mi sentido común me dice que lo mejor es...” sea más frecuente entre personas de cierta edad, puesto que el sentido común, obviamente, es producto de la experiencia. Y que, en épocas de cambios tan acelerados como la que estamos viviendo, apelar al sentido común vaya unido muchas veces a una actitud de crítica, de rechazo, a lo que se considera precisamente como “un atentado contra el sentido común”. Pero sería, con todo, equivocado pensar que el recurso a argumentos basados en el sentido común tiene necesariamente un significado políticamente conservador. Para poner un ejemplo ilustre de lo contrario, basta con recordar el famoso panfleto de Thomas Paine, de finales del XVIII, titulado precisamente *Common sense*, y que tanto contribuyó a crear un clima favorable a la revolución americana y, luego, a la revolución francesa: el dominio que la corona británica ejercía sobre las colonias americanas pugnaba, según él, con el sentido común de cualquier individuo; sentido común que le llevaba, también, a sostener la entonces revolucionaria tesis de que todos los individuos nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Paine fue uno de los autores que más contribuyó a difundir la ideología -en un sentido neutral de la expresión- de los derechos humanos; y, como seguramente es bien sabido, *Los derechos del hombre* es el título de otra de sus obras.

Pero que usemos con profusión una expresión no significa que tengamos una idea perfectamente clara de la misma. “Sentido común” es una expresión notablemente imprecisa e incluso polémica. En la filosofía occidental, está pre-

sente desde la época de Heráclito o de los sofistas y ha recibido, a lo largo de la historia de esta disciplina, un tratamiento muy desigual. Nicholas Rescher, en el *Prefacio* de uno de los libros, en mi opinión, más interesantes sobre la materia, ha escrito que "la filosofía, por mucho tiempo, ha tenido con el sentido común una relación de amor-odio". Por ejemplo, en el siglo XVIII existió lo que se denomina "la escuela escocesa del sentido común", que luego tuvo, de alguna manera, una continuación en las obras del fundador del pragmatismo, Charles Sanders Peirce, del filósofo del lenguaje ordinario o común, George Moore, o de la filósofa contemporánea de la ciencia (pero también muy interesada en el Derecho), Susan Haack, mientras que Kant mostró el desprecio que sentía por quienes en temas filosóficos apelaban al sentido común, que para él significaba una "apelación al juicio de la muchedumbre", desprecio que tendría una continuación en muchas corrientes filosóficas posteriores y no solo -como cabría, quizás, pensar- en las de inspiración "cientificista". Para poner un ejemplo de un autor próximo a nosotros en el espacio y en el tiempo, Josep Ramoneda (que es ahora un famoso periodista y tertuliano) escribió en 1982 un libro (un libro de filosofía) que tituló *El sentido íntimo. Crítica del sentido común*. Al sentido común lo define como "conocimiento ponderado" (p. 51); se correspondería con nociones como el buen sentido cartesiano (cuyo paradigma sería la ciencia), el bien común utilitarista (como idea rectora de la moral) y la voluntad general rousseauiana (como categoría política); y lo que Ramoneda propone (su inspiración viene de pensadores como Nietzsche, Heidegger o Foucault) es su sustitución por lo que llama "el sentido íntimo": "Es frente al sentido común que me atrevo a enunciar una filosofía del sentido íntimo, soporte de otra forma de verdad que quiere ser individual en sus raíces, y tan solo colectiva a partir de esta subjetividad primera que pretende mantener las diferencias, con radicalidad, y no hipotecarse en la media ponderada" (p. 52-3).

También en el Derecho, las apelaciones al sentido común han sido frecuentes y para nada uniformes. Por ejemplo, Álvaro D'Ors es autor de una obra varias veces editada, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo* (Civitas, 3ª ed. 2001) que, nos dice el autor, no pretende ser un libro de filosofía del Derecho, sino "de simple práctica del sentido común, para uso de juristas" (p. 24), puesto que, según D'Ors, los filósofos del Derecho están siempre "más inclinados a descubrir teorías originales que a enfrentarse con lo que es concretamente de sentido común" (p. 25). Para

este autor, partidario de una concepción del Derecho natural que bien cabría calificar de integrista, el sentido común, que vendría a ser en su planteamiento "la filosofía práctica de los juristas", "no se determina por estadísticas plebiscitarias, sino por una simplicidad de la razón individual de cada uno: no es el sentir de las multitudes, sino el de cada hombre no-demente con el que nos podemos encarar a solas" (p. 29). Y lo que, al parecer, diría el sentido común (a los que estén en posesión de sus facultades mentales), serían cosas como las siguientes: "El reconocimiento de un Dios del que todo depende es de sentido común, y (...) solo por una ofuscación deliberada como la de algunos ideólogos, puede llegarse a perder ese sentido común y espontáneo" (p. 48); "La verdad es precisamente lo que Dios ha revelado a los hombres, y no debe confundirse con la objetividad que puede alcanzar la ciencia" (p. 52); "[l]a diversidad de religiones se debe a un defecto humano que es la ignorancia más o menos grave de la Revelación. Pero, siendo natural este defecto humano, el error religioso debe ser socialmente tolerado" (p. 53); "En principio [está tratando sobre el problema de la emigración], debe decirse que una comunidad puede rechazar las invasiones masivas, aunque sean pacíficas, pero que, una vez aceptadas, quizá por deficiencias demográficas o conveniencias laborales, no es lícito ya proceder mediante expulsiones a una restauración de la homogeneidad perdida" (p. 85); la "pena de trabajos forzados", en consideración a la utilidad pública, es un "tipo de condena" que "puede ser más aceptable que la totalmente inútil y costosa reclusión" (p. 111); "[l]as penas corporales sin injerencia dentro del organismo, como la de azotes (...) son convenientes para castigar la pequeña delincuencia" (p. 112); "[l]a censura de prensa puede, a veces, resultar imprudente en orden comunitario, pero no es, considerada en sí misma, una infracción del derecho natural" (p. 114); "[n]o tiene sentido (...) hablar de 'derechos (subjetivos) humanos' y no de 'preferencia de las personas' que (...) son el reflejo de 'deberes personales' cuyo cumplimiento puede exigirse" (p. 119); "Sin embargo, la equiparación radical [entre los hombres], puede ser *contra naturam*; así, la pretendida igualdad de los dos sexos, que favorece la sodomía" (p. 120); "[e]s contrario al derecho natural el penarlo [la violación sexual] entre cónyuges, ya que el 'débito conyugal' es un efecto esencial del matrimonio" (p. 137); "El sentido común excluye la idea de que algo no material como es la razón, que pueda reflexionar sobre sí misma y sobre su origen, pueda producirse por causas físicas: lo psíquico no puede ser producido por lo físico que viene a animar. Así, pues, en la procreación humana son tres los que intervienen: los hombres de distinto sexo que se unen conforme a su natura-

leza, y Dios, creador de cada alma espiritual en particular" (pp. 139-140); "No es contraria al derecho natural la adopción de hijos ajenos, pero sí lo es cualquier modalidad de fecundación artificial, que el sentido común rechaza como contraria a la naturalidad del sexo fecundo" (p. 142); "[p]or derecho natural, el vínculo matrimonial solo desaparece con la muerte de uno de los cónyuges, y solo a partir de ese momento puede el superviviente contraer un nuevo matrimonio legítimo" (p. 144); si se produjera una equiparación entre "los hijos nacidos fuera del matrimonio con los legítimos", tal equiparación "supondría la convivencia de todos en un mismo hogar" y, de este modo, "llegaría a producirse una promiscuidad doméstica que el sentido común no puede menos que rechazar" (pp. 146-7); etcétera.

La concepción del Derecho de nuestros días, que con mayor razón podríamos situar en las antípodas del iusnaturalismo tradicionalista de un D'Ors, sería lo que suele llamarse la "teoría crítica del Derecho". Y, en el mundo latino, el autor que seguramente mejor representa esa posición (el más influyente también) es Boaventura de Sousa Santos. Pues bien, una de sus obras, en la que ofrece una síntesis (en unas setecientas páginas) de su visión del Derecho y de la sociedad, lleva como título *Sociología jurídica crítica* y como subtítulo *Para un nuevo sentido común en el derecho* (ed. Trotta, Madrid, 2009). En la presentación, Santos explica la razón por la que utiliza esa expresión: "El subtítulo que he elegido para el libro, *Para un sentido común en el derecho*, sugiere la orientación política que sustenta y da coherencia a los análisis teóricos y empíricos. La finalidad es contribuir a un nuevo sentido común jurídico capaz de devolver al derecho su potencial emancipatorio" (p. 20). Lo que quiere decir que la noción de sentido común ahora se pone al servicio de la construcción de un nuevo paradigma: el Derecho de la posmodernidad (interpretada la posmodernidad de una cierta manera). No se trataría ya de completar el programa de la modernidad, esto es, hacer que el Derecho cumpla sus promesas de emancipación social (libertad, igualdad...) en las que se basaban el Derecho y el Estado modernos. Santos nos propone una nueva concepción del Derecho (un nuevo sentido común jurídico) que no puede ser ya el de la modernidad. El Derecho no puede concebirse simplemente como Derecho estatal, sino que nuestro autor defiende un pluralismo jurídico fuerte (en el que el Derecho estatal ha dejado de ser hegemónico) y vincula la construcción de ese nuevo sentido común (la función emancipadora del Derecho) a lo que llama la globalización desde abajo o globalización contrahegemónica. En ese nuevo paradigma,

nociones como las de dignidad humana o derechos humanos adquirirían un sentido distinto al habitual. O sea, nuestro sentido común (el de quien está inserto en lo que Santos llamaría la cultura de la modernidad) vincula esas categorías con la idea de universalidad, mientras que lo que él propone es una reconstrucción en términos interculturales:

Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. Concebidos, como han estado, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento de lo que Samuel Huntington llama el 'choque de civilizaciones', es decir, de la lucha de Occidente contra el resto del mundo, del cosmopolitismo del Occidente imperial contra cualquier concepción alternativa de la dignidad humana que esté socialmente aceptada en otra parte. Concebido de esta manera, el ámbito global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local (p. 513).

Sin embargo, entre los juristas teóricos, la apelación al sentido común no suele hacerse coincidir con ninguno de los dos usos que acabo de señalar. Por lo que he podido indagar, no existe estudio alguno que pueda calificarse de completo o sistemático sobre esa noción, pero sí que se puede encontrar muchas referencias al sentido común (a veces, usando algún otro término más o menos equivalente) para dar cuenta de diversos aspectos del Derecho. Pongo algunos ejemplos.

Paul Vinogradoff publicó, en 1913, un libro que se tituló en inglés *Common-sense in law*, y que se tradujo al castellano como *Introducción al Derecho*. Tuvo varias ediciones (en inglés y en español) y realmente en él no hay ningún tratamiento mínimamente articulado de esa noción, que ni siquiera aparece en el índice de materias. Pero lo (poco) que dice (al menos, explícitamente) sobre el sentido común no deja de tener interés. Al plantearse, en el primer capítulo del libro, cómo exponer los principios más básicos de las instituciones jurídicas, escribe:

Aunque los detalles de las normas jurídicas son complicados y técnicos, las operaciones mentales desarrolladas en el campo del Derecho se basan en el sentido común y pueden comprenderlas sin dificultad

personas de inteligencia y educación corrientes. La Ciencia del Derecho puede compararse a este respecto con la economía política, que también se desarrolla a partir de principios generales sencillos y requiere, sin embargo, buen acopio de conocimientos especiales cuando llega a tratar de las cuestiones particulares (p.10).

Entre esos principios o presupuestos de sentido común, Vinogradoff incluye cosas tales como la capacidad de reflexión de los hombres, en cuanto principal diferencia con el resto de los animales, el hecho de que el hombre es un ser social, que no puede satisfacer sus necesidades de manera aislada y de ahí que, para lograrlo, requiera de ciertas instituciones (familia, vecindad, Estado) y de normas que garanticen una convivencia social regular y duradera; o la imposición de ciertas exigencias a quienes forman parte de la asociación: por ejemplo, los integrantes de la asociación "no deben causar daños, no deben aprovecharse indebidamente de los demás u obrar como si sus deseos o placeres fuesen todo y los placeres de su prójimo, nada" (p. 15). Para conseguir esas finalidades (y otras mucho más específicas) se requiere normas de conducta de diversos tipos: usos consuetudinarios, costumbres, convenciones, preceptos morales o normas jurídicas. La ciencia del Derecho constituiría una sección de las ciencias morales (entendida esta expresión en sentido amplio) y Vinogradoff destaca que, entre las nociones morales y jurídicas, existe una estrecha relación, al igual que entre los dos tipos de fenómenos: "es indudable que el Derecho no puede divorciarse de la moralidad en la medida en que uno de sus elementos componentes es evidentemente la noción de rectitud a que corresponde la calidad moral de justicia" (p. 21). Pero eso no le lleva a identificar las normas de uno y otro tipo: "Una cosa parece clara desde un principio: en el caso de las obligaciones jurídicas, tenemos que ocuparnos de preceptos de naturaleza más estricta y más *coactiva* [*compulsory*] que los deberes morales" (p. 23).

En definitiva, a lo que parece apelar Vinogradoff con lo de "sentido común en el Derecho" es a un conjunto de presupuestos o de precondiciones que constituyen un saber no especializado, sino al alcance de cualquiera, pero sin el cual no se podría entender los conceptos y las instituciones jurídicas (lo que estudia en la obra: normas jurídicas, derechos y deberes jurídicos, hechos y actos jurídicos, legislación, costumbre, precedentes judiciales, equidad, derecho natural).

En ese mismo año, 1913, el juez Holmes pronunció un discurso, intitulado "El Derecho y el Tribunal" [en *Collected Legal Papers*], en el que abogaba por un tipo de (o una forma de entender el) sentido común, al que llamaba "educación en lo obvio". Recuerdo muy bien que Robert Summers, con quien pasé un inolvidable año sabático en la Universidad de Cornell, se refería a ello una y otra vez cuando discutíamos sobre algún tema jurídico espinoso. En relación con los ataques que entonces (a comienzos del siglo XX) estaba recibiendo el Tribunal Supremo (en un momento de fuerte agitación social, de lucha de clases -aunque no fuera esta última una expresión que usara Holmes- en Estados Unidos), el famoso juez consideraba que lo que estaba en cuestión era nada menos que el Derecho y el orden: "Cuando a los ignorantes se les enseña a dudar, ellos no saben en qué pueden creer con seguridad. Y me parece que en este tiempo necesitamos una educación en lo obvio, más que la investigación de lo oscuro". Y añadía, poco después: "Si se me permite hacer un hueco a una de mis preocupaciones, debo decir que necesitamos pensar en cosas, en lugar de en palabras -dejarse de propiedad, dinero, etc. y pensar en el flujo de los productos; en el trigo y en la ropa y en los viajes en tren" (p. 292-3). Indicaba, luego, que cuando el Derecho incorporaba alguna creencia que había triunfado en la batalla de las ideas, pero no de una manera completa (el frente de combate seguía abierto), se podía decir que "el tiempo para el Derecho no ha llegado; la noción destinada a prevalecer no ha adquirido aún carta de naturaleza". Y, en ese contexto, resultaba una desgracia que un juez mostrara su simpatía por uno u otro de los bandos contendientes, olvidando que "lo que a él le parecen primeros principios son considerados erróneos por la mitad de sus semejantes [fellow men] (...) También nosotros [los jueces] necesitamos una educación en lo obvio -aprender a ir más allá de nuestras convicciones y dejar espacio para mucho que nos gustaría suprimir, sin una revolución y mediante el cambio ordenado del Derecho" (p. 295). Yo diría que esa deferencia hacia las opiniones o creencias comunes de la gente (hacia el legislador democrático) es lo que el propio Holmes había tenido en cuenta, unos cuantos años antes, cuando se había opuesto, en el famoso caso *Lochner*, a la opinión de la mayoría del tribunal, que había considerado inconstitucional (por ir contra el principio de libertad de contratación) una ley de un Estado que limitaba el trabajo en las tahonas a diez horas diarias durante seis días a la semana. Holmes, que no tenía simpatía alguna por el socialismo (la ideología que inspiraba esa ley), entendió, sin embargo, que una mayoría tenía derecho a que sus convicciones (las creencias más comunes) se plasmasen en una ley

"a menos que sea posible demostrar [lo que no era el caso] que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales".

Otro importante jurista que se interesó por la noción de sentido común fue el realista Karl Llewellyn. Pero no exactamente por el sentido común -podríamos decir- ordinario, sino por el sentido común del experto en Derecho, lo que él denominaba *horse sense*, que quizás pudiéramos traducir como "buen sentido jurídico". En el libro que representa la fase de madurez de este autor, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, de 1960, Llewellyn indica que la modificación de una norma por parte de un tribunal (una corte de apelación) para ajustarse al deber conjunto de hacer justicia y de seguir el Derecho no provendría del conocimiento común, "que con tanta frecuencia puede des- enmascararse como superstición común", sino de ese "conocimiento mucho menos común al que yo llamo buen sentido [*horse sense*], la equilibrada sagacidad [*the balanced shrewdness*] del experto en la técnica" (p. 121). Y, más adelante, en la misma obra, precisa algo más esa noción: "*horse sense* no significa para mí ni el sentido de un caballo ni el ordinario sentido común, sino ese extraordinario y nada común tipo de experiencia, sentido e intuición que era característico de un experto y anticuado tratante de caballos en sus tratos, bien con los caballos o bien con otros tratantes de caballos" (p. 201).

Y, en fin, Santi Romano escribió, en 1945, una brevísima nota ("El hombre de la calle. El hombre común") que está contenida en sus *Fragmentos de un Diccionario jurídico* (Comares, Granada, 2002) y que, podríamos decir, alude a uno de los usos del sentido común en el Derecho. Empieza Romano señalando la difusión que esas dos expresiones, más o menos sinónimas, tenían en la vida pública y política italiana de la época (hubo un partido político, entre 1946 y 1949, que se llamó "Fronte dell'Uomo Qualunque", y en italiano existe la expresión "qualunquismo"). Con ellas, se aludiría al ciudadano que "discute, comenta, critica" los actos de la vida política, no en términos técnicos, sino "a la luz de su buen sentido": "de ordinario el razonamiento del 'hombre de la calle' o del 'hombre común' es el tranquilo y sereno, aunque sagaz del hombre del pueblo que se interesa en la vida pública, pero no pretende suplantar a los gobernantes" (p. 143). Pues bien, esa idea de "buen ciudadano", de "ciudadano medio", tendría también su equivalente en el Derecho: "Al jurista, dichas expresiones le recuerdan otro tipo de hombre medio, el del hombre medio privado,

que la sabiduría y el sentido práctico de los romanos designó con el nombre, que se ha perpetuado secularmente, de 'buen padre de familia': tipo de inteligencia media, el 'hombre de la calle' o el 'hombre común'. Y Romano termina expresando su deseo de que ese "hombre popular", en la vida pública y en la privada, nunca transforme en el "hombre vulgar"; que "el tranquilo y buen 'hombre de la calle' no adopte la actitud del bullanguero 'hombre de la plaza', determinando la fácil degeneración de la democracia en olocracia [gobierno de la turba]" (p. 144). No sé si Santi Romano habría leído o no a Dewey y a Ortega y Gasset, pero su noción de "hombre popular" u "hombre de la calle" recuerda, sin duda, a la del hombre común ("common man"), del estadounidense, mientras que el "hombre vulgar" vendría a corresponderse con la de "hombre medio" u "hombre-masa" de Ortega.

2

Todo lo que se ha dicho hasta aquí muestra, yo creo, la necesidad de buscar alguna guía conceptual que pueda servirnos para orientarnos mínimamente en esta verdadera jungla de significados con que se usa la expresión “sentido común” y otros términos más o menos sinónimos. Y, para ello, me parece que un buen punto de partida lo ofrece Nicholas Rescher, en la obra que ya antes he mencionado. Según este autor, bajo la rúbrica de “sentido común” se ha tratado tres tipos de asuntos, distintos pero relacionados entre sí. En primer lugar, tendríamos el sentido común *observacional*, el clásico *sensus communis*, como algo que tiene que ver con la recogida y coordinación de los datos de los sentidos externos y, en particular, con lo que percibimos a través de más de uno de nuestros sentidos, como el tamaño o la forma de los objetos. Luego, estaría el sentido común, entendido como “buen juicio” (*phronesis*), en relación con las cuestiones que son obvias y evidentes para cualquiera dotado de buen entendimiento, sin necesidad de un razonamiento elaborado. Y, finalmente, el sentido común *consensual*, referido a los hechos que todos conocen y respecto de los cuales existe un acuerdo universal o casi universal.

Pero también resulta útil, en esta tarea de clarificación previa del concepto, acudir al *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora, donde fundamentalmente es ese primer significado el que se toma en cuenta. Sentir supone experimentar sensaciones, y esa sería una actividad llevada a cabo por los órganos de los sentidos. Ahora bien, los órganos de los sentidos externos (vista, oído, olfato, gusto y tacto) se han distinguido en ocasiones de un llamado sentido interno (como el de los afectos, las sensaciones o las emociones), y también de un sentido común (sentir globalmente), cuyo significado es muy impreciso; incluso lo es dentro de la obra de un mismo autor, como ocurriría con la de Aristóteles.

Según Ferrater, en las diversas formas de entender ese sentido común habría (o, quizás mejor, debería haber) dos elementos comunes: que se trata de una función y no de un órgano (si bien Descartes, por ejemplo, situó el sentido común en la glándula pineal, en el mismo lugar que la imaginación y que el alma); y que esta función opera sobre dos o más sentidos (por ejemplo, en la percepción de la forma o el tamaño de un objeto interviene no solo la vista, sino también el tacto). Pero también Ferrater señala que, además de ese sentido común en sentido más estricto, habría un *sensus communis naturae*, cuyo objeto serían ciertos principios que son "sentidos como evidentes": "el sentido común en cuanto modo propio de sentir los principios". "Estos principios -continúa Ferrater- son los 'principios del sentido común', las 'nociones comunes', las 'verdades evidentes por sí mismas'. Pueden ser de carácter teórico (como el principio según el cual hay un mundo externo; el principio de que hay regularidad o uniformidad en los procesos naturales) o de carácter práctico (como los supremos principios morales)".¹

Pues bien, a partir de lo anterior, me parece que es posible distinguir cinco significados o, si se quiere, cinco contextos en los que puede decirse que el sentido común hace su aparición en el Derecho. No pretendo con ello hacer propiamente una clasificación, sino tan solo señalar cinco usos característicos de la noción que no pueden separarse entre sí (o no siempre) de manera clara.

En primer lugar, estaría el sentido común jurídico referido a ciertos sentimientos, instintos o intuiciones que no son fruto de deliberación alguna. Aparecía en el sentir del hombre no-demente al que se refería D'Ors, y me parece que también cabría incluir aquí la ley impresa "en los corazones" de los hombres de San Pablo, que se conecta con doctrinas ciceronianas y estoicas; en último término, con la noción de conciencia. Digamos que vendría a ser algo así como la interpretación naturalista o biologicista del Derecho natural de la que ha hablado Fassó, y que él distingue de la interpretación racionalista y voluntarista.

Por lo demás, hay un breve texto de Ihering (su origen es una conferencia de 1884) que se titula "Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico", que en

¹ Para lo anterior, he tenido en cuenta las voces "sentido común", "sentidos", "sensibles" y "sensación".

cierto modo es una impugnación de lo anterior, pero es importante subrayar que eso no le lleva a negar la existencia y la importancia de los sentimientos jurídicos. Se pregunta ahí Ihering si la fuente de lo ético (y de lo jurídico) está en la naturaleza o en la historia, y él se inclina por esta segunda postura. Lo que quería decir con ello es que los sentimientos del tipo de "no matarás", "no hurtarás" o "no mentirás" no son innatos, sino que están modelados por la historia:

Desde mi punto de vista, el sentimiento jurídico, el sentimiento ético, en el sentido aquí entendido, es decir, el contenido de las verdades jurídicas y éticas es un producto histórico. Los enunciados jurídicos, las instituciones jurídicas, las normas éticas no están prescritas por medio de ese sentimiento, sino que el poder de la vida y la necesidad práctica han conducido a su establecimiento. Una vez que estas ya existían y habían proyectado su reflejo, entonces el sentimiento del hombre ha ensanchado su contenido en el modo que después expondré (p. 39).

Y como un ejemplo de lo que quería decir con la historicación de los instintos, ponía éste: "En un primer momento [a raíz de la introducción del telégrafo], las aves estrellaban sus cabezas a miles contra los postes y los hilos telegráficos y yacían en el suelo en tropel. Tras algunos años, esto ha cesado: los pájaros han escarmentado y ahora les enseña el instinto a evitar los postes y los hilos telegráficos" (p. 47).

Ahora bien, lo que Ihering se planteaba entonces de manera más o menos precientífica (de acuerdo con el desarrollo en aquella época de la biología), hoy se ha convertido en un campo de la neurociencia, el referido a estudiar la importancia que la emoción y la intuición tienen en nuestros actos y juicios morales (y, por tanto, jurídicos). Por ejemplo, si los bebés tienen el sesgo de la comisión frente a la omisión, esto es, dan más importancia a la comisión de un acto que a su omisión, entonces parecería que está justificado (que el sentido común en esta primera acepción nos lleva a pensar) que los códigos penales castiguen con mayor severidad los actos comisivos -por ejemplo, un homicidio doloso- que los omisivos -un homicidio mediante lo que los penalistas llaman "comisión por omisión". O, en fin, la existencia de algunas pautas morales o de justicia de carácter universal (como la condena de alguna forma de asesinato o de robo, o la llamada "regla de oro" [no hagas a otro lo que no deseas

que te hagan a ti]) llevaría también a configurarlas como parte de ese sentido común, que no habría por qué considerar exactamente como innato (en esto, acertaba Ihering), puesto que si el sentimiento de justicia (lo que normalmente entendemos por tal) está particularmente presente en las sociedades de gran tamaño, eso podría explicarse como “un residuo y extensión de nuestro pasado como cazadores-recolectores y de nuestro pasado primate no humano” (Sapolsky, p. 706). O sea, parece que cabe hablar de algo así como de sentimientos o de emociones jurídicas que configurarían una especie de sentido común jurídico de base biológica y que se habría ido transformando a lo largo de la evolución biológica y de la historia humana.

Finalmente, me parece que esta noción de sentido común se corresponde bien con lo que Kahneman llama pensamiento rápido o sistema 1 de pensamiento. Se trata, como se sabe, de un tipo de pensamiento (frente al otro, al lento o de tipo 2) que realizamos sin esfuerzo, de manera más o menos automática, intuitiva. Y que está presente también en la vida del Derecho. Por ejemplo, cuando un jurista, a la hora de plantearse y de resolver un caso lo cataloga como fácil, esto es, que no requiere de un proceso de deliberación: su sentido común le permite darse cuenta, sin mayor esfuerzo, de que los principios y valores del ordenamiento se alinean en conformidad con lo establecido por las reglas aplicables al caso.

En segundo lugar, se podría hablar de sentido común en el Derecho para referirse a aquellas creencias u opiniones sobre diversos aspectos del fenómeno jurídico que serían el fruto de la experiencia de un individuo cualquiera. O sea, no es el sentido común de un jurista profesional, sino de cualquier ciudadano o del ciudadano medio. Creo que esto es a lo que se refiere el texto de Vinogradoff al que antes hacía referencia, o también el de Santi Romano que, como veíamos, desemboca en la famosa figura del buen padre de familia o del hombre razonable. Esas creencias tendrían aproximadamente las características que Thomas Reid (el fundador de la escuela escocesa del sentido común) atribuía a las creencias de sentido común, o sea, serían: universales, aceptadas por la generalidad de la gente; comunes [*commonality*], pues tendrían un reflejo en todas las lenguas; incuestionables, en cuanto que contradecirlas no sería simplemente falso, sino absurdo; irresistibles, pues incluso quien las cuestiona en la teoría se ve obligado a aceptarlas en la práctica de la vida cotidiana (vid. Rescher, p. 35).

Esta noción de sentido común tiene, obviamente, mucha más importancia en el Derecho que, por ejemplo, en las ciencias (o, en algunas ciencias), por razones obvias. Así, no nos extrañamos (o terminamos por no extrañarnos, cuando se nos informa de ello) de que ciertas "verdades" de la física cuántica choquen directamente contra nuestro sentido común, entre otras cosas porque no podemos tener ninguna experiencia de cómo funciona la materia en el nivel cuántico.² Pero cualquiera consideraría que las medidas jurídicas a adoptar para resolver tal problema o la decisión de un juez frente a un determinado caso no pueden chocar contra nuestro sentido común, el de un ciudadano normal. Es posible que a alguien sin formación jurídica o sin un conocimiento especializado en tal campo del Derecho se le escapen los detalles, pero, por ejemplo, se consideraría absurdo (contrario al sentido común) que un asesinato se castigara con una pena mayor que una agresión sin resultado de muerte, o que un juez condene a tal persona a la pena P sin pruebas suficientes para ello (esto es, basándose en indicios que nuestro sentido común nos dice que son muy débiles). Ciertamente, esos juicios basados en el sentido común pueden estar equivocados (y, en ocasiones, lo estarán), pero su fuerza deriva, obviamente, de que el Derecho es un sistema de control social que trata de dirigir la conducta de la gente (lo que no ocurre -o, al menos, no ocurre de esa manera-, con la ciencia, en cuanto empresa dirigida fundamentalmente al conocimiento), lo que requiere tomar en consideración de alguna manera las opiniones de la gente, el sentido común.

Esa es también la razón de que la moral social (lo que la gente cree que es correcto o incorrecto) deba jugar un papel en la motivación de una decisión judicial (aunque no necesariamente opere como la razón última). Y explica también que, desde siempre (piénsese en la tradición retórica, en Cicerón o en los fundadores del Derecho natural o de gentes), se haya concedido una extraordinaria importancia al consenso. En muchos aspectos, el consenso es

2 Copio algunas frases de un reciente (y excelente) libro de divulgación científica sobre la física (Jim Al-Khalili, *El mundo según la física* (Alianza Editorial, Madrid, 2021): "Por ejemplo, a una escala subatómica, las partículas individuales se comunican entre sí de manera instantánea a pesar de estar muy alejadas, lo que supone un desafío para el sentido común" (p. 12); "Tal vez le sorprenda descubrir lo distinta que es la concepción en física del espacio y el tiempo de la noción cotidiana que adquirimos sobre ellos a partir del sentido común, porque la primera se basa en la teoría de la relatividad de Einstein, la cual describe la naturaleza del espacio y el tiempo, y define cómo nos planteamos la estructura del cosmos" (p. 31); "Este es el mundo cuántico, el segundo pilar de la física moderna [el primero era el de la relatividad], donde la materia se comporta de una forma muy distinta a la experiencia que tenemos de ella en la vida cotidiana, y donde se comprueba que lo real se desdibuja cada vez más" (p. 31-32).

(o funciona) en el Derecho como un criterio de verdad. Y a esas opiniones consensuadas es a lo que se puede llamar, en una de sus acepciones (la tercera en la tipología de Rescher), sentido común o conocimiento común.

En tercer lugar, tendríamos el sentido común de los expertos, de los expertos en Derecho. Me parece que a eso es a lo que se refería Llewellyn cuando hablaba del *horse sense*, o sea, la inteligencia práctica de quien domina una técnica o el desarrollo de una cierta actividad, y ello le lleva a concebir ideas o a formular propuestas de acción que no tienen por qué ser coincidentes con las de los no-expertos, con las del hombre común.³ Y creo que la educación en lo obvio de Holmes (en cuanto refiere a los jueces y, en general, a los juristas) también podría interpretarse de esa manera. Si los jueces han de mostrar deferencia al legislador, eso es porque, a pesar de que parecería que con ello renuncian a tomar la decisión que en principio considerarían como más justa (el sentido común ordinario diría que uno debe actuar -en el sentido fuerte de "debe"- de acuerdo con lo que considere más justo), sin embargo, su experiencia y buen juicio les lleva a pensar que, a la larga, los valores jurídicos (en una sociedad democrática) se satisfacen de mejor manera, evitando que la judicatura aparezca como una fuerza opuesta al criterio de la mayoría traducido en leyes. Al igual que una expresión de ese buen sentido jurídico podría verse en muchos de los *dicta* del juez Holmes, del tipo de "los casos difíciles hacen mal Derecho", "la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia" o "la función creadora de los jueces debe limitarse a los intersticios del Derecho."

También parece ser este tercer significado de sentido común el que se tiene en cuenta cuando, en la valoración de la prueba, se le pide al juez que lo haga utilizando los criterios de la "sana crítica". Me parece que a lo que se apela aquí no es al sentido común ordinario, sino a algo más: al de la persona experimentada que, precisamente por eso, sabe evitar sesgos cognitivos, es capaz de tener una visión global de todos los elementos de prueba concurrentes, de usar inteligente y prudentemente su intuición, etcétera.

3 Aunque sí tendría que haber algo así como una continuidad. Esa continuidad, en la obra de Llewellyn, podría estar representada por la distinción que él hacía entre "la Jurisprudencia para los cien", "la Jurisprudencia para los cien mil" (los juristas y los legos en Derecho inteligentes) y "la Jurisprudencia para los cien millones". Vid. Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, p. 173.

Naturalmente, la posesión de ese "extraordinario y nada común tipo de experiencia, sentido e intuición", al que hacía referencia Llewellyn para caracterizar la noción de *horse sense*, no es privativa del Derecho. Se puede encontrar también en las ciencias,⁴ cuyos contenidos pueden considerarse como los más antagónicos con respecto al sentido común. De uno de los físicos más relevantes del siglo XX, Richard Feynman, se cuenta la siguiente anécdota, para explicar lo que éste entendía por "sentido común", una noción a la que, al parecer, acudía con cierta frecuencia en sus cursos y conferencias:

En cierta ocasión, durante una conferencia pública, él estaba tratando de explicar por qué uno no debe verificar una idea utilizando los mismos datos que sugirieron dicha idea por primera vez. Alejándose en apariencia del tema, Feynman empezó a hablar sobre las placas de matrícula. "Fíjense ustedes, esta noche me ha sucedido la cosa más sorprendente. Me dirigía hacia aquí, a dar la conferencia, y entré en el aparcamiento. ¡Y no van a creer lo que sucedió! Vi un automóvil con la matrícula ARW 357. ¿Se lo pueden imaginar? De todos los millones de matrículas que hay en el Estado, ¿cuál era la probabilidad de que yo viera esa matrícula concreta esta noche? ¡Sorprendente!". Un punto que incluso muchos científicos no pueden captar fue hecho evidente mediante el notable "sentido común" de Feynman.⁵

Si Susan Haack (inspirándose en la noción de sentido común crítico de Peirce) ha podido escribir que existe una continuidad entre la investigación en la vida ordinaria y en la ciencia, esa idea resulta todavía mucho más plausible en el caso del Derecho. Es decir, no creo que sea exagerado afirmar que la teoría del Derecho y la(s) dogmática(s) jurídica(s), en muy buena medida, pueden considerarse como sentido común refinado, o sea, el resultado de someter las nociones del sentido común ordinario a un proceso de equilibrio reflexivo en relación con ciertos principios de filosofía moral y política y ciertos conocimientos técnicos referidos al lenguaje y al comportamiento humano. Estoy convencido de que tomarse en serio esta noción de sentido común evitaría

4 Llewellyn, por cierto, lo utilizó también para dar cuenta de la *Jurisprudence* y mostrar sus diferencias con los saberes científicos.

5 David Goodstein y Gerry Neugebauer, Prefacio a *Seis piezas fáciles. La física explicada por un genio*, Planeta, 2019, p. 21.

un montón de discusiones más bien inútiles y haría avanzar enormemente la investigación jurídica. Al tiempo que debería ser un objetivo básico de la educación profesional de un jurista. Pondré un ejemplo de lo que quiero decir.

En los últimos tiempos, ha habido una profusa discusión en torno a la ponderación en el Derecho. Hay enemigos y partidarios de la ponderación, y en torno a esa cuestión se han configurado concepciones distintas -antagónicas- del Derecho. Pero cuando se identifican con un mínimo de cuidado cuáles son las cuestiones que se discuten en relación con la ponderación, y se toma en consideración la experiencia de casi cualquier jurista, me parece que no es nada difícil llegar a algunos consensos básicos que permitirían "pacificar" el tema. O sea, yo creo que el (buen) sentido común jurídico permite llegar a la conclusión de que lo que se entiende por ponderar (en el ámbito judicial) es un procedimiento que tiene una estructura lógica perfectamente reconocible; que cuando no hay pautas específicas que resuelvan un caso (o si lo resuelven de forma manifiestamente contraria a los principios y valores del ordenamiento), el juez tiene que ponderar, crear una regla, una pauta específica, que antes no existía; y que hay ciertos criterios que los juristas utilizan para evaluar la validez de esa práctica.

El acuerdo en lo anterior no significa que todos los juristas vayan a coincidir en si en tal o cual circunstancia está justificado ponderar, en cómo interpretar en concreto los criterios que mencionaba... Pero eso, yo creo, no le quita valor al sentido común. Quiero decir, la apelación al sentido común profesional no es una panacea, pero sí un procedimiento útil para la resolución (o para ayudar a la resolución) de problemas jurídicos. Y quizás más útil cuando no se ve en términos positivos (lo que es de sentido común), sino en términos negativos (lo que atenta contra el sentido común); de ahí, la plausibilidad de una máxima como la siguiente: "el sentido común [en este significado y en el anterior] lleva a veces a cometer errores de argumentación; la falta de sentido común, casi siempre" (en Atienza 2019).

El cuarto significado de sentido común al que quiero referirme viene a ser, de alguna manera, el resultado de ver lo anterior (o algo de lo anterior) desde un superior nivel de abstracción. Sería el sentido común jurídico como el conjunto de presupuestos, de nociones fundamentales, de los que necesariamente tenemos que partir para operar (con sentido) tanto en la práctica como en la

teoría del Derecho. Es por ello el significado que tenía en cuenta Boaventura Santos: el nuevo sentido común jurídico significaba la sustitución de los viejos postulados por los nuevos que él proponía. O también Vinogradoff: para establecer qué cabe entender por "derecho" o por "deber", o por qué, en su opinión, había una estrecha relación entre las nociones morales y jurídicas, se remontaba a ciertos datos básicos: el carácter social del hombre, la necesidad de un orden normativo estable... Y enlaza claramente con los "principios del sentido común", las "verdades evidentes por sí mismas", que veíamos en Ferrater y que vienen a constituir el centro de interés de Thomas Reid y la escuela escocesa del sentido común y otras corrientes filosóficas que han seguido esa trayectoria.

De nuevo, y como parece obvio, esa noción de sentido común no es relevante únicamente en el Derecho y en la filosofía, sino también en las ciencias. Por lo que hace a la psicología, un autor, al tratar de las relaciones entre el sentido común y la psicología, se ha referido al sentido común como "conjunto de supuestos fundamentales compartidos" (que distingue de otras dos formas de entender el sentido común también relevantes en esa disciplina) en estos términos:

El tipo de supuestos que tengo en mente aquí son aquellas creencias que son necesarias para sostener una visión del mundo inteligible y explicable. Entre estos, podemos incluir el supuesto de que el mundo existe independientemente de nuestra percepción de él, que las relaciones causales que han tenido lugar en el pasado continuarán operando en el futuro, que otra gente posee estados de conciencia de los que es consciente, que somos la misma persona un día y otro y que las gentes son criaturas sentientes, autoconscientes, capaces de autocontrol (a diferencia de las rocas y otros objetos inanimados (p. 204).

Y concluye, resumiendo así su posición: "Creo que hay una fuerte presunción de que las teorías psicológicas deben incorporar [*embrace*] ese tipo de supuestos fundamentales de sentido común. Normalmente, desde luego, lo hacen, aunque con frecuencia sin un reconocimiento explícito de ese hecho" (p. 206).⁶

6 Garth J. O. Fletcher, *Psychology and Common Sense*.

Pero eso, me temo, era antes. Quiero decir, antes de la irrupción de lo que suele llamarse "constructivismo social", y que vendría a caracterizarse, en cierto modo, por la negación de esas verdades (o de algunas de esas verdades) que venían considerándose de sentido común. Por lo que hace a las ciencias sociales, esa ideología ha llevado a rechazar la noción de objetividad (no hay nada que esté ahí afuera y que deba ser descubierto, puesto que somos nosotros -el investigador, quien se ocupa de esas cosas- quien crea la realidad) con resultados más bien preocupantes. Mario Bunge escribió en alguna ocasión que esa ideología había contribuido en buena medida a destruir los departamentos de humanidades de las universidades del mundo occidental. Y quizás no le faltó razón. ¿Qué historia puede hacerse cuando el historiador piensa que no existen hechos históricos -objetivos- que haya que descubrir y que explicar, sino simplemente "narraciones" que contar y que, obviamente, diferirán de acuerdo con la situación geográfica, cultural, etc. del narrador? ¿Y qué pasa cuando la enfermedad -o la discapacidad- pasa a ser vista no esencialmente como un proceso biológico, sino -fundamental o exclusivamente- como algo creado por los propios profesionales de la medicina o por la sociedad? ¿O cuando se considera que el delito no es otra cosa que la "etiqueta" puesta para designar ciertos comportamientos por parte de quienes detentan el poder y desarrollan ciertos roles sociales? Y si no hay una realidad objetiva, si no hay hechos en sentido estricto, ¿en qué puede consistir la práctica de la prueba en el contexto de un proceso, si no es en ofrecer una "narración" que pueda resultar persuasiva para el juez o para el jurado?

Bueno. En el plano de la teoría del Derecho, se me ocurren dos ejemplos que muestran, yo creo, con nitidez, la importancia de que una teoría jurídica no se aparte de esos supuestos de sentido común. Uno, nos lo ofrece la tesis de Kelsen de que el Derecho puede tener cualquier contenido. Aunque Hart no utilizara para rechazarla -por lo que creo recordar- la expresión "sentido común", me parece que su famosa teoría del contenido mínimo del Derecho natural no es ni más ni menos que una apelación al sentido común jurídico, entendido como el conjunto de presupuestos básicos, de creencias fundamentales, sobre cómo es la sociedad y cómo son los hombres (lo que constituye el contexto, la base, que da sentido a la existencia de un ordenamiento jurídico). Para decirlo de la manera más sintética posible -y con las palabras de Hart-, como la sociedad no es un club de suicidas, la existencia de un orden

jurídico perdurable requiere de normas con ciertos contenidos mínimos. Al menos en ese aspecto, la teoría pura del Derecho no resulta compatible con el sentido común.

Y otro ejemplo, ahora referido a la elaboración de una teoría de la interpretación jurídica, nos lo ofrece Fuller, en el famoso texto sobre los exploradores de cavernas. Una teoría de la interpretación anclada férreamente al literalismo chocaría contra el sentido común, puesto que no puede ser compatible con un presupuesto básico de un ordenamiento jurídico: el propósito de ordenar la conducta de la gente con un mínimo de racionalidad. Y, en este caso, por cierto, Fuller sí que apela explícitamente al sentido común, cuando reproduce la argumentación del juez Foster (que, supuestamente, representa la opinión del propio Fuller):

Creo que en este caso está en juicio algo más que el destino de estos infortunados exploradores; está en juicio el derecho de nuestra Commonwealth. Si esta Corte llega a declarar que de acuerdo con nuestro derecho estos hombres han cometido un crimen, entonces nuestro derecho mismo resultará condenado ante el tribunal del sentido común, cualquiera que sea la suerte final de los individuos implicados en este recurso de apelación. Pues nuestra afirmación de que el derecho que como jueces sostenemos y enunciamos nos arrastra a una conclusión que nos avergüenza y de la que solo podemos librarnos apelando a excepciones diferidas al capricho del Poder Ejecutivo, equivale, pienso, a la admisión de que el orden jurídico de esta Commonwealth no pretende ya realizar la justicia.

Ya sé que la objeción obvia que puede dirigirse a lo anterior es que esas nociones de sentido común son discutibles y que prueba de ello es que no hay un acuerdo al respecto. Es así, o puede ser así. Pero lo que me interesaba mostrar aquí es, en primer lugar, la necesidad de plantearse esos supuestos fundamentales (de sentido común) en que se basa, necesariamente, cualquier teoría jurídica: aislada de ellos, no tendrían sentido. Y, en segundo lugar, que apelar a esos presupuestos, hacerlos explícitos, puede ser un recurso sumamente útil, precisamente, porque no es nada fácil argumentar en su contra; quiero decir, en contra, por ejemplo, de los que sustentan las posiciones de un Hart o de un Fuller.

Y, con ello, pasamos al último -el quinto- contexto en el que el sentido común juega un papel relevante en el Derecho: el de la argumentación jurídica. De igual modo, en este caso, no es que nos encontremos con un significado de sentido común distinto a los anteriores, sino con un característico contexto de uso de esa noción.

A mí se me ocurren, fundamentalmente, dos aspectos del razonamiento jurídico en el que el sentido común adquiere una especial relevancia. Uno es el del establecimiento de las premisas, la fase de la invención, en el sentido que en la tradición de la retórica y de la tópica se ha dado a esta expresión, invención, y que viene a significar algo así como encontrar los puntos de acuerdo a partir de los cuales se puede desarrollar un discurso o entablar un debate. El razonamiento jurídico se distancia en esto del propiamente científico y se aproxima al de la ética o la política. Esos puntos de acuerdo, esos tópicos o lugares comunes vienen a ser, en realidad, una forma de referirse al sentido común. Para expresarlo en los términos clásicos de Aristóteles, al comienzo de *Tópicos*:

Un razonamiento es un discurso (*lógos*) en el que, sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay *demostración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es *dialéctico* el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son *verdaderas y primordiales* las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el porqué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito por sí mismo); en cambio, son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados" (100a- 100b).

No voy a entrar aquí en ningún pormenor sobre la tópica jurídica y sobre las indudables dificultades existentes para caracterizar lo que sea un tópico (un tópico jurídico) con alguna precisión. Pero lo que sí me parece que está fuera de duda es la necesidad que existe en el razonamiento jurídico de operar con premisas que reflejen el sentido común ordinario y/o el de los juristas profe-

sionales. Si fallara ese consenso, o sea, si no fuera posible apelar a un sentido común compartido, al menos en ciertos aspectos muy básicos, se haría difícil poder argumentar en el Derecho y, en realidad, la propia práctica jurídica estaría en peligro. Naturalmente, la existencia de disensos, la contraposición de puntos de vista y de argumentos para defenderlos es lo que caracteriza en buena medida a procedimientos de resolución de conflictos como la jurisdicción. Pero no podríamos dar sentido a esos disensos, hacer una interpretación racional de esa práctica, si prescindieramos de ciertos acuerdos básicos. En definitiva, el sentido común (poder apelar a lo que parece bien a todos o a la mayoría o a los más sabios) viene a ser una condición de posibilidad, al menos, para la existencia de muchos de los procesos de argumentación jurídica.

Una consecuencia de esto último (paso con ello al segundo aspecto del razonamiento jurídico al que antes me refería, y que necesariamente apela al sentido común) sería la imposibilidad (o la grave dificultad) de llevar a cabo un tipo de argumento tan básico como la reducción al absurdo. Como es bien sabido, se trata de una manera indirecta de argumentar: si aceptáramos X, entonces tendríamos que aceptar también Y; pero Y es absurdo; por lo tanto, no podemos aceptar X. Pues bien, la noción de absurdo que, por lo general, opera en el contexto de un razonamiento jurídico, no coincide exactamente con la de contradicción lógica, sino que absurdo es lo que no podemos aceptar porque iría en contra del sentido común⁷. Para poner un ejemplo de lo que quiero decir, voy a recurrir a una anécdota personal. En una ocasión, para tratar de mostrar que el lenguaje legislativo no podía seguir las directrices del llamado "lenguaje inclusivo", recordé al auditorio (ya sé que no soy el primero en hacerlo) un artículo de la Constitución venezolana vigente, el 41, que reza así:

Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República,

⁷ La expresión que utilizaba Perelman era la de ridículo, pero me parece que con ello no quería referirse a nada distinto al sentido común: lo que resulta ridículo (inaceptable) es lo que choca contra nuestro sentido común.

Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios fronterizos y de aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional. Para ejercer los cargos de diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, Ministros o Ministras; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de Estados y Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley. Pues bien, ante mi asombro, me encontré con que una parte del auditorio no consideraba que esa manera de expresarse fuera irrazonable, que atentara contra algún principio de sentido común en cuanto al manejo del lenguaje, con lo que mi argumento no logró el efecto que perseguía; o sea, para ellos, el principio de economía lingüística no jugaba un papel de alguna relevancia en la redacción de textos legislativos. Lo mismo, por cierto, que tuvo que parecerles a los redactores de esa norma, y también a quienes la aprobaron en su momento en referéndum.

Como no se trata de algo que afecte a valores básicos, a derechos fundamentales, tampoco hay por qué pensar que artículos así redactados hayan de suponer un serio obstáculo para el desarrollo de la práctica constitucional. Pero no creo que se pudiera decir lo mismo si, por ejemplo, a la hora de interpretar términos que aparecen en todas las constituciones, como dignidad, libertad o igualdad, no hubiera ningún consenso al que apelar, o sea, si el auditorio estuviera compuesto por diversas comunidades con concepciones incompatibles entre sí en relación con a lo que establece el sentido común a ese respecto. Sin duda, muchas de las discusiones más ásperas que se están desarrollando en el ámbito del Derecho, y también en el de la moral y en el de la política, tienen que ver con eso, con la falta de un sentido común compartido en cuestiones fundamentales. Y me temo que eso está también conectado con el proceso de deterioro del discurso racional en nuestras sociedades, al que estamos asistiendo.

Bibliografía

- Al-Khalili, Jim: *El mundo según la física*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.
- Aristóteles: *Tópicos*, en *Tratados de lógica (Organon)*, Gredos, Madrid, 1982.
- Atienza, Manuel: *La guerra de las falacias. Cómo hacer frente a los malos argumentos en la esfera pública*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2019.
- D'Ors, Álvaro: *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite al derecho positivo*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- Ferrater Mora, José: *Diccionario de filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Fletcher, Garth J. O., *Psychology and common sense*, IEE Engineering Management Review, 14, 1987.
- Fuller, Lon L: *El caso de los exploradores de cavernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Gooldstein, Davil y Neugebauer, Gerry: *Prefacio a Feinman, Richard, Seis piezas fáciles. La física explicada por un genio*, Planeta, 2019.
- Holmes, Oliver W.: *Collected Legal Papers*, Harcourt, New York, 1920.
- Ihering, Rudolf von: *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2008.

- Khaneman, Daniel: *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Madrid, 2013.
- Llewellyn, Karl: *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1960.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989
- Ramonedá, Josep: *El sentido íntimo. Crítica del sentido común*, Muchnik, Barcelona, 1982.
- Rescher, Nicholas: *Common sense: A New Look at an Old Philosophical Tradition*, Marquette University Press, 2005.
- Romano, Santi: *Fragmentos de un Diccionario jurídico*, Comares, Granada, 2002.
- Santos, Boaventura de Sousa: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta, Madrid, 2009.
- Sapolsky, Robert: *Compórtate. La biología que hay detrás de nuestros mejores y peores comportamientos*, Capitán Swing, 2020.
- Twining, William L.: *Karl Llewellyn and the Realist Movement (Law in Context)*, Cambridge University Press, 1973.
- Vinogradoff, Paul: *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

ISBN: 978-9942-7268-7-2



9 789942 726872