

Sentido común y Derecho

Manuel Atienza

E D I T O R I A L T R O T T A

CONTENIDO

<i>Presentación</i>	9
---------------------------	---

Primera parte CONSIDERACIONES TEÓRICAS

Capítulo 1. Sobre el sentido común en general	17
Capítulo 2. Filosofía y sentido común	35
Capítulo 3. Sentido común y teoría del Derecho	77
Capítulo 4. El concepto de sentido común y su utilización en el Derecho	105

Segunda parte EL SENTIDO COMÚN PUESTO A PRUEBA

Capítulo 5. Formalismo, activismo y sentido común	131
Capítulo 6. Sentido común y legislación: ¿sólo sí es sí?	141
Capítulo 7. Sentido común y carga de la prueba	149
Capítulo 8. Sentido común y perspectiva de género en la valoración de la prueba	155
Capítulo 9. Sentido común y derechos de la naturaleza	167
Capítulo 10. Sentido común, Derecho y libre albedrío	181
Capítulo 11. Inteligencia artificial, sentido común y Derecho	207
<i>Bibliografía</i>	217
<i>Índice analítico</i>	225
<i>Índice onomástico</i>	229
<i>Índice general</i>	233

PRESENTACIÓN

Desde hace bastante tiempo he coqueteado con la idea de que tanto el Derecho como la teoría del Derecho (la reflexión general sobre el Derecho y la que llevan a cabo los cultivadores de las diversas dogmáticas jurídicas) deberían verse (y construirse) fundamentalmente en términos de sentido común refinado. Sin duda, el ejercicio de cualquier actividad jurídica, práctica o teórica, exige una buena dosis de conocimiento técnico, pero la resolución de cualquier problema jurídico —eso es lo que mi intuición me indicaba— no podía alejarse mucho del sentido común, no podía contradecir lo que una persona razonable, sensata, pudiera opinar sobre el asunto, una vez que fuera informada de todos los detalles pertinentes y que no tendrían por qué resultar de difícil comprensión para cualquiera medianamente instruido.

Si no fuera así, resultaría difícil entender cómo es posible que el Derecho opere como un sistema de control social, o sea, un sistema que guía de manera eficaz (o con un grado mínimo de eficacia) el comportamiento de la gente, y satisface de ese modo una serie de fines y de valores. Dicho de otra manera, la ciencia puede cumplir sus objetivos y desarrollarse, aunque sean muy pocos quienes entiendan el lenguaje científico, la naturaleza de los problemas que ocupan a los científicos y las soluciones alcanzadas por ellos; pero esto no podría ocurrir con el Derecho. Cierta grado de comprensión y de aceptación por parte de la gente, de quienes viven bajo un sistema jurídico, es una condición necesaria para poder hablar de Derecho. El Derecho no puede vivir alejado del sentido común, y los juristas deberían asumir que su función característica no debería ser otra que la de prolongar el sentido común mediante una serie de mecanismos —refinamientos— técnicos que faciliten el logro de los fines y valores típicamente jurídicos.

Algo así es lo que me bullía en la cabeza cuando, hace tres o cuatro años, recibí una invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo para impartir una conferencia con motivo de una festividad académica, y dirigida a un público variado de estudiantes y profesores de Derecho. Se me ocurrió, en consecuencia, que era una ocasión propicia para desarrollar aquella idea: el Derecho como sentido común refinado. Escribí para ello un texto corto que presenté también en otros foros y que he ido desarrollando siguiendo más o menos el procedimiento de escritura que, en una ocasión, escuché en la radio que utilizaba una autora de novela negra: cuando se le ocurría la trama de lo que sería su próxima obra, la escribía rápidamente en unas pocas páginas, y luego ocupaba los meses siguientes en ir añadiendo los detalles correspondientes hasta que la obra alcanzaba la extensión requerida.

Como digo, yo he hecho algo parecido con este libro sobre sentido común y Derecho. Una vez que tuve elaborado el texto de la conferencia a la que acabo de referirme, me he dedicado a desarrollar el esquema que la vertebraba y que contenía una parte que cabría calificar de teórica, pues se trataba de elaborar algunos conceptos y clasificaciones, y de efectuar indagaciones históricas y comparativas que permitieran esclarecer las relaciones entre el sentido común y el Derecho; y otra de carácter aplicativo, en la que mostraba el rendimiento que podía tener lo anterior cuando se usaba para analizar —crítico— algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia y de la actividad legislativa y doctrinal que, me parecía, atentaban contra el sentido común jurídico. De alguna forma, podría decirse que he seguido la regla *Trust, but verify*: confía (en la teoría), pero comprueba (que la teoría funciona), en la medida en que esto es posible hacerlo en el campo del Derecho.

El libro consta de dos partes tituladas, respectivamente: «Consideraciones teóricas» y «El sentido común puesto a prueba», divididas a su vez, la primera, en cuatro capítulos, y la segunda, en siete. En ellos trato, dicho de manera muy sintética, de lo siguiente.

El capítulo 1 tiene un carácter introductorio. Lo dedico a explorar la noción de sentido común desde una perspectiva general y de manera no sistemática. Efectué así algunas observaciones sobre el papel que juega no sólo en la vida cotidiana, sino también en la ciencia, en la filosofía o en el discurso político. Y pongo el acento en lo que se ha llamado el «sentido común crítico», como forma de oponerse a la tendencia, bastante generalizada, a asociar el recurso al sentido común con una orientación —sobre todo, en el ámbito político— de tipo conservador.

El capítulo 2 está dedicado a estudiar las relaciones entre el sentido común y la filosofía. No pretende ser, ni mucho menos, un examen ex-

haustivo, sino una especie de preparación para el objetivo central del libro: cómo se conectan el sentido común y el Derecho. Comienzo así examinando la noción de sentido común en Aristóteles y en la filosofía estoica. Paso luego a ocuparme de la escuela escocesa del sentido común; de su continuidad en el pragmatismo americano; en la filosofía del lenguaje común u ordinario (George Moore); así como del papel que juega en el racionalismo crítico de Karl Popper; y en la filosofía de Hannah Arendt. Examino a continuación el llamado «constructivismo social», como ejemplo de visión del mundo que contradice en aspectos fundamentales el sentido común. Y termino dando cuenta de dos recientes aproximaciones a la filosofía del sentido común: la de Nicholas Rescher y la de Javier Vilanova.

En la reflexión teórica sobre el Derecho (estoy en el capítulo 3: «Sentido común y teoría del Derecho») no puede encontrarse —a diferencia de lo que ocurre en la filosofía— ninguna dirección de pensamiento que se haya articulado en torno a alguna noción más o menos sistemática de sentido común; lo que, entre otras cosas, muestra que la práctica jurídica y la filosófica difieren entre sí en cuanto a los fines y valores que caracterizan a cada una de ellas. Pero eso no quiere decir que el sentido común no haya jugado ningún papel relevante en el pensamiento jurídico. Hago así algunas consideraciones sobre las referencias al sentido común que pueden encontrarse en autores e instituciones jurídicas hasta la época contemporánea. Y presto una atención más específica a algunos juristas, sobre todo angloamericanos e italianos, que, en los últimos tiempos, se han interesado por el papel desempeñado por el sentido común en el Derecho y en la teoría del Derecho, aunque sin llegar a ofrecer un análisis sistemático de esa noción.

Y se llega así al capítulo 4: «El concepto de sentido común y su utilización en el Derecho». Las peculiaridades de ese concepto (o de esos conceptos) me llevan a, en lugar de tratar de encontrar algunas características compartidas en todos los usos de la expresión, distinguir una serie de contextos en los que el sentido común hace su aparición en el Derecho. El primero es el sentido común jurídico referido a ciertos sentimientos, instintos o intuiciones que no son fruto de ninguna deliberación y que de manera imprecisa cabe calificar de «natural». Lo sigue el conjunto de supuestos en los que adquieren importancia las creencias u opiniones sobre diversos aspectos del fenómeno jurídico que pueden considerarse como fruto de la experiencia de un individuo cualquiera. Luego estaría el sentido común de los expertos, que vendría a ser una especificación o desarrollo de la prudencia, de la *frónesis*, en el campo jurídico. En un plano de mayor abstracción, el recurso al sentido común entendido como

el conjunto de presupuestos, de nociones fundamentales, sin los que no se podría operar con «sentido» en el Derecho y en la teoría del Derecho. Y, finalmente, hago referencia a la relevancia del recurso al sentido común en contextos jurídicos argumentativos: para construir las premisas, los puntos de acuerdo, sin los que no se podría iniciar una argumentación; o para la utilización del argumento de reducción al absurdo.

En los capítulos siguientes (estamos ya en la segunda parte del libro; recuérdese: el sentido común puesto a prueba), trato de mostrar el rendimiento de todo lo anterior en relación con algunas cuestiones jurídicas que me han interesado en los últimos años.

Así, en el capítulo 5 analizo una serie de resoluciones judiciales tomadas en la época de la pandemia y que, en mi opinión, atentan contra el sentido común por incurrir en formalismo, en activismo o en un tipo de comportamiento judicial desviado que combina tanto elementos de formalismo como de activismo.

Muestro luego (en el capítulo 6) que lo que iría en contra del sentido común, en la polémica ley del «sólo sí es sí», es, fundamentalmente, considerar que el concepto de consentimiento es de tipo todo o nada en lugar de verlo como un concepto vago y que genera una inevitable zona de penumbra.

Me ocupo a continuación (capítulo 7) de un trabajo doctrinal que propugna la supresión de la institución procesal de la carga de la prueba. Lo que, en mi opinión, es incompatible con el sentido común: la dificultad que muchas veces existe para probar los hechos de los que depende la decisión de un juez requiere de un mecanismo de simplificación, la carga de la prueba, que, por lo demás, constituye también una de las reglas del llamado discurso racional.

El capítulo 8 se adentra en una cuestión compleja y espinosa: el papel de la llamada «perspectiva de género» en materia probatoria. Lo que defiende ahí, fundamentalmente, es la imposibilidad de sostener la tesis de que se debe otorgar algo así como una presunción de veracidad al testimonio de una mujer que afirma haber sido víctima de un delito de violencia de género, cuando ese —el de la presunta víctima, como ocurre con cierta frecuencia— es el único material probatorio disponible. Es una vía —yo creo— vedada al jurista, contraria al sentido común crítico incorporado en el Derecho penal de la modernidad, porque supone inevitablemente convertir la presunción de inocencia en presunción de culpabilidad.

En el capítulo 9, lo que estimo contrario al sentido común es la atribución de personalidad jurídica y de derechos subjetivos fundamentales a la naturaleza. Algo que, obviamente, sólo puede tener un efecto simbólico, pero que supone, en mi opinión, todo un retroceso civilizatorio: la

vuelta a un pensamiento de tipo mágico, mitológico. Así es como, a mi juicio, debe interpretarse la ley española de reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor, cuya constitucionalidad ha sido avalada recientemente por el Tribunal Constitucional.

El capítulo 10 es el más largo de esta segunda parte y está dedicado a una cuestión tan básica (tan vital para el Derecho) como es la de si existe o no el libre albedrío. La tesis que defiende es que, puesto que no parece que se hayan dado (quizás, que puedan darse) argumentos concluyentes ni en favor ni en contra del libre albedrío, lo que sugiere el sentido común es que debemos presumir (y una presunción no es una ficción) que somos libres porque esa es la manera de dar sentido a instituciones sociales básicas (que se corresponden con nuestras intuiciones) que permiten la atribución de responsabilidad por ciertas acciones, el establecimiento de deberes y de sanciones y, en términos generales, el funcionamiento del Derecho. Sugiero también que un argumento semejante puede usarse para rechazar la tesis de la indeterminación radical del Derecho y para defender un objetivismo moral mínimo.

Finalmente, en el último, el capítulo 11, me ocupo del límite que muchos autores creen ver en el desarrollo de la inteligencia artificial: la incapacidad, al menos de los sistemas existentes, para dar cuenta del sentido común. Y lo ejemplifico mostrando cómo esa limitación afecta en el Derecho tanto a los problemas probatorios como a los de tipo interpretativo.

No quiero terminar esta Presentación sin expresar una máxima y una preocupación. La máxima, que contendría la principal conclusión que, me parece, puede extraerse de este libro, sería esta: el sentido común casi nunca permite por sí solo resolver un problema jurídico de alguna complejidad, pero suele jugar un papel relevante en esa tarea, sobre todo en sentido negativo, a la hora de detectar y evitar errores. Y la preocupación es que dejar a un lado el sentido común, y no sólo en el terreno jurídico, sino en todo el espacio de lo que solemos entender como razón práctica (lo que afecta al orden social), no es sólo peligroso y equivocado, sino también, estúpido, porque supone no darse cuenta de que existe un gran mal que nos amenaza a todos y del que sólo podríamos librarnos si fuéramos capaces de ponernos de acuerdo en algunas cuestiones que no dudo en calificar de puro sentido común. No creo que se necesite otra cosa que eso, un sentido común muy básico y al alcance de cualquier persona razonable para rechazar las desigualdades obscenas (sobre todo) en materia económica y que no cesan de aumentar a nivel planetario (el 10% más rico de la población mundial posee el 75% de la riqueza, y la mitad más pobre, el 2%), para apoyar medidas de lucha contra el calentamiento global, para estar en contra del sectarismo, de la renuncia a la objetividad

y al diálogo racional en el discurso público, de la proliferación armamentística, de la violencia ejercida por los detentadores de poderes públicos o privados para perseguir sus intereses prescindiendo de normas que hasta hace poco gozaban de un consenso prácticamente universal, de los genocidios (los cometa quien los cometa), de la tendencia a sustituir la razón por la fuerza y la persuasión racional por la propaganda basada en mentiras o en medias verdades... Y si esto es así (y no alcanzo a ver algún argumento que lo ponga en cuestión), las preguntas que inevitablemente hay que hacerse no pueden dejar de sumirnos en la mayor perplejidad: ¿cómo es posible, entonces, que el mundo vaya exactamente en la dirección opuesta?, ¿qué consecuencias va a tener para nosotros y para las generaciones futuras ese apartamiento del sentido común?, ¿se trata de un proceso irreversible?

Pero me queda todavía el grato deber de agradecer a una serie de colegas y amigos que han contribuido de diversas maneras a mejorar este libro. Por orden alfabético: Josep Aguiló, Horacio Alonso Vidal, Perfecto Andrés Ibáñez, Fernando Bañuls, Rafael Buzón, Daniel González Lagier, Isabel Lifante, Víctor Méndez, Lucas Misseri, Victoria Roca, Pablo Scotto, Daniel Serrano y Carlos Toledo. La inteligencia y generosidad de sus aportaciones suponen sin duda una matización a la melancólica reflexión con que concluía el anterior párrafo.

Alicante, diciembre de 2025