

Y además de todo, para una buena argumentación es mejor estar de buenas, la risa ayuda a tener una mejor salud según los médicos y a nuestro parecer facilita las relaciones humanas y las negociaciones.

V. EL SENTIDO COMÚN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. El sentido de justicia y el sentido común

El sentido común (a partir de ahora también s.c.) tiene dos acepciones más o menos identificables entre el mar de conceptos, ambas nos servirán para el propósito que buscamos sobre argumentar de *otro* modo los derechos humanos.

Por un lado tenemos el concepto que llamaremos clásico donde lo común, le viene al sentido común, en el hecho de constituirse como el unificador de los sentidos externos (vista, tacto, gusto, olfato y oído) cuando él mismo es parte de los sentidos internos (memoria, imaginación, estimativa que se divide en estimativa natural —intuición y estimativa cogitativa—, Tomás de Aquino nos dice que “Los sentidos internos son algo común al hombre y a los animales aunque en los animales el ‘aviso’ interno es meramente instintivo mientras que en el hombre se puede dar también el conocimiento racional. Son sentidos porque se corresponden al nivel de la vida sensitiva y no suponen razón”.¹²⁶ El sentido común sería entonces una facultad intelectual cuya función consiste en segmentar, organizar, clasificar y generar un juicio prelimi-

¹²⁶ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, t. I, q. 78, a. 4, in. c.

nar sobre la realidad, para ponerlo al servicio de la razón. Kant, repetirá de alguna manera esta idea, para el filósofo de Konigsberg, el s.c. es una facultad ligada a los sentimientos codayuvante del juicio racional.

La otra acepción está representada por varios filósofos que con pequeñas variantes, consideran que el sentido común es un juicio espontáneo al cual puede llegar la mayoría de seres humanos después de unas consideraciones sencillas, lo común en este caso, es el que una mayoría de personas compartirían dicho criterio: para Vico es "... la concordancia de las mismas cosas humanas",¹²⁷ para Thomas Reid y la escuela escocesa el s.c. se desarrolla a partir del conocimiento de ciertas creencias tradicionales dentro de una comunidad, Reid nos dice:

... la capacidad de juzgar en proposiciones autoevidentes, que son entendidas claramente, puede compararse a la capacidad de tragar nuestro alimento. Es puramente natural, y entonces común a lo aprendido y lo no aprendido; a lo educado y lo no educado: requiere madurez de entendimiento y libertad de prejuicio, pero nada más.¹²⁸

El impacto del sentido común en la argumentación jurídica, es evidente, y sin embargo, poco estudiado:

... no se ha prestado demasiada atención a la forma en que se influyen recíprocamente el sentido

¹²⁷ *Scienza Nuova*, § 348.

¹²⁸ Cfr: REID, Thomas, *La filosofía del sentido común. Breve antología de textos de Thomas Reid*, México, UAM, Azcapotzalco, 1998.

común y el conocimiento jurídico. Por esa razón, y sin que ello implique aceptar su defensa (sino más que simplemente su presencia inevitable), no deberíamos perder de vista la sugerencia de Moore, como posible tarea, en este caso, para la filosofía jurídica... en la necesidad de llamar la atención sobre la posible presencia de prejuicios y estereotipos que afectan a determinados colectivos tradicionalmente marginados, subordinados o excluidos, con base en ciertas características como raza, género, orientación sexual o clase social... estos estereotipos y prejuicios representan y se expresan, además, según una cultura hegemónica, que basa su hegemonía en la subordinación, marginación o exclusión de esos grupos.¹²⁹

Además de la necesidad del análisis de la función que desempeña el sentido común en el derecho, hay una clara disposición a mediar entre éste y la sociedad. Incluso la teoría de la argumentación jurídica tal y como está planteada hoy en día, más que contribuir a acrecentar el sentido común en su versión de sentido de justicia, podría "... servir de coartada para distorsiones sistemáticas"¹³⁰ como lo apunta Ricoeur respecto de Alexy y Atienza.

Por otro lado resulta que las diferentes corrientes de la filosofía del derecho no logran abandonar el espacio de las formas argumentativas y pasar al sujeto de la argumentación, en cualquiera de los casos se sigue buscando "el parámetro" hermenéutico sin re-

¹²⁹ RUÍZ-RESA, Josefa Dolores, "Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos", Criterio y Conducta. Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, Núm. 13, México, enero-junio 2013, pp.107-156.

¹³⁰ RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós Editores, 1999, p. 166.

parar que mucho depende del hermeneuta, el que este parámetro tenga una vida práctica, todo esto es alimentado por el gran desconocimiento que el jurista tiene del ser humano, un caso de lo anterior está relacionado con el uso de la palabra criterio, la cual refiere a un enunciado o peor aún, a un escrito, más que una facultad humana, es decir, se teme tanto a lo subjetivo que se prefiere hacer referencia a objetos.

Nuevamente la ciencia jurídica llega tarde a la cita, en otras ciencias sociales el descubrimiento del importante papel del elemento subjetivo en el proceso hermenéutico lleva ya algunos años de análisis:

... el sentido en la Hermenéutica no es sólo el objeto de la comprensión o interpretación, sino como mencioné, también lo es el sujeto que comprende o interpreta. De tal suerte que el sentido resulta ser objeto y sujeto de la Hermenéutica porque captamos el objeto (verdad-sentido) a partir del sujeto (razón-sentido).¹³¹

En un contexto formalista como el nuestro, el sentido común se presenta no sólo como una opción lejana o extraña sino incluso como un peligro, y esto ha llevado a resignificar conceptos como el de discrecionalidad o arbitrio, que de ser valores en la argumentación jurídica, relacionados con la toma de decisiones de forma prudente y equitativa, pasaron a identificarse con conceptos como el de decisión autoritaria, injusta, irracional, en fin, un antivvalor.¹³²

¹³¹ LINCE CAMPILLO, Rosa María, *Hermenéutica: arte y ciencia de la interpretación*, México, UNAM, 2009, p. 21.

¹³² Una problematización de lo anterior un discurso de ingreso a la Academia de Legislación y Jurisprudencia, ahora una publicación de: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.

Para no perdernos hablemos un poco más sobre las relaciones entre el sentido de justicia y el sentido común. El sentido de justicia es ese llamado de la conciencia del que participa cada persona, y que le ayudaría a distinguir lo justo de lo injusto, también se le denomina de otras formas como clamor por la justicia o demanda social de justicia; aunque parezca un juego de palabras, el sentido de justicia le es común a la mayoría de personas, pero esto no significa que no pueda ejercitarse, al relacionarlo con el sano juicio, con el buen criterio, con la capacidad para percibir mejor las cosas y ofrecer soluciones para la mejoría personal y/o de la sociedad implica en principio una óptima manera de observar y escuchar.

El juez en principio, como autoridad, debe buscar ejercitarse en el sentido común, pero también puede echar mano de su sentido de justicia, es más, debiera ser una obligación del juez despertar de vez en cuando su sentido de justicia pues eso lo preservaría de problemas como la falta de independencia o la imparcialidad como nos lo sugiere Calamandrei: “También el juez le puede ocurrir como al abogado, a partir de la conclusión para llegar a las premisas; pero mientras el abogado esta conclusión le está impuesta por el cliente, al juez se la impone aquella misteriosa y clarividente virtud de intuición que se llama sentido de la justicia.”¹³³

Entre más inaccesible y codificado resulta el derecho, más desvinculado del sentido de justicia es, por eso parece obvio que algunos operadores del derecho piensen que la justicia es algo metafísico e inalcanzable e incluso llegue a plantearse un divorcio necesario entre el derecho en su forma de ley y la justicia como

¹³³ CALAMADREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, México, Oxford University Press, 2000, p. 76.

una aspiración social válida. Pero seamos honestos, para muchos juristas la justicia no sólo no es un planteamiento práctico — como sí lo era para los clásicos— sino que incluso tiene esencia meta discursiva, en pocas palabras es poesía, aunque sea el título de muchas instituciones democráticas. Ricoeur nos explica en unas líneas cómo se ubica la justicia en esta dinámica de las disciplinas y los saberes técnicos:

Comencemos por las *circunstancias*, y *apariciones*, de la justicia. Todas tienen la forma de un conflicto oponiendo derechos presuntos, intereses reales, o privilegios adquiridos. En todas las subdivisiones del derecho —penal, civil, social, internacional— la *exigencia de justicia* surge en las situaciones de conflicto en las que el derecho da la forma del proceso. Es en este punto, en que las consideraciones tomadas de la concepción teleológica de la justicia retoman, por primera vez, vigor: las exigencias entre las que la justicia es llamada a mediar— o, más exactamente, volveremos a ello, en las que le es exigido hacer un reparto justo— son portadoras de valores, de evaluaciones en términos de bienes. Una teoría puramente procedimental requiere aquí la asistencia ética de los valores, ella misma cargada de dificultades y cuna de cuestiones sin respuesta.¹³⁴

De ese modo el problema de la justicia no es sólo procedimental sino que se relaciona con una sociedad específica en la que exis-

¹³⁴ *Ibid.*, p. 46. Las cursivas son nuestras.

ten estatus y roles sociales complejos, en un tiempo determinado en el que los bienes en litigio tienen valores también complejos, en un contexto en el que se dan prioridades. Por ello la argumentación es tan importante, pero también lo es el consenso, los mecanismos para acceder a la justicia, e incluso el Estado, para garantizar lo procesal, pero como bien aclara Ricoeur no es en esa reducción absurda de los procesalistas (y de algunos argumentistas) como ese tramo final de asignación de lo justo, sino la secuencia general de lo jurídico (leyes-tribunales-sentencia y jueces) lo que podríamos llamar el derecho en acción o simplemente la práctica jurídica. Pero falta aún un elemento más mencionado por Ricoeur el binomio amor y justicia,¹³⁵ una relación a veces conflictiva o dialéctica, a veces frágil y provisional, pero necesaria, el amor necesita la mediación de la justicia para entrar en la esfera práctica y ética; la justicia necesita del amor para evitar convertirse en una simple regla utilitaria. He aquí la gran aportación de Ricoeur, llevar a un grado más alto la justicia, transformarla en reconciliación, hacerla funcionar en el terreno práctico a través de su interacción con otros valores menos jurídicos (como el sentido de justicia, el sentido común y la alteridad) pero no por eso menos importantes.

Antes de pasar al siguiente numeral hay que agregar que si la teoría de la argumentación ha de poner atención al sentido común lo ha de hacer con rigor:

¹³⁵ Un binomio del que por cierto escribió un filósofo del derecho mexicano como lo fue Miguel Villoro Toranzo que ve en ambas virtudes sociales una estrecha relación “En la medida en que el grupo acepte al Derecho como un mínimo de amor, lo acatará de buen grado y tratará que se cumpla. Pero si el grupo ve al Derecho como una mera imposición de la fuerza de autoridad, tratará de esquivar su cumplimiento y, en los casos extremos, hasta se rebelará... Porque un Derecho sin Justicia no es un Derecho, como una Justicia sin amor no es Justicia”. (VILLORO TORANZO, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, p. 35.)

... en nuestra opinión, un abordaje del problema del sentido común no puede realizarse al margen de una teoría del significado, salvo que se pretenda utilizar el concepto como un comodín o tacho de basura (sinónimo de conocimiento previo, conciencia o creencia) en el que colocamos aquellas cosas que no entendemos cuando las teorías —sintácticas, semánticas o pragmáticas—. resultan insuficientes, y la causa o fundamento cuando vastos sectores de hablantes, pertenecientes a la misma comunidad lingüística, no entienden (o los entienden de modo diferente) conceptos tan elementales como moral, lucha de clases, democracia, justicia, y/o actúan de un modo que el politólogo o sociólogo calificaría de irracional o contrario a sus intereses. Al mismo tiempo, se debe a que pretendemos demostrar que una teoría del significado que no incluya el sentido común resultará incompleta o autocontradictoria.¹³⁶

Por otro lado, la ciencia que más ha trabajado el s.c. es la antropología, y quizá dentro de los antropólogos el que lo ha hecho con mayor contundencia sea Geertz:

Sin embargo, somos reticentes, y los antropólogos lo somos especialmente, a deducir que la ciencia, la ideología, el arte, la religión o la filosofía, o al menos los impulsos a los que sirven, no sean pro-

¹³⁶ RAITER, Alejandro, *Lenguaje y sentido común. Las bases para la formación del discurso dominante*, Biblos, Buenos Aires, 2003, p. 12.

piedad común de toda la humanidad. Y a partir de esa reticencia, se ha desarrollado toda una tradición de **argumentación** diseñada para demostrar que los pueblos “más simples” poseen un sentido de lo divino, un interés desapasionado por el conocimiento, una sensibilidad para el derecho, o una apreciación de la belleza por sí misma, aun cuando esas cosas no se encuentren en ámbitos armoniosos y bien definidos de la cultura que nos son tan familiares. Así, Durkheim halló formas elementales en la vida religiosa entre los aborígenes australianos, Boas un espontáneo sentido del diseño en la costa noroeste, Lévi-Strauss una ciencia “concreta” en el Amazonas, Girault una ontología simbólica en una tribu del África Occidental y Gluckman un *ius commune* implícito en otra del África Oriental. En suma, nada en los suburbios que no estuviera ya en la antigua ciudad.¹³⁷

Sólo hay que mirar un poco más profundamente, más detenidamente y sobre todo, más empáticamente.

2. La suspicacia de Protágoras

En los *Diálogos* de Platón, aparece uno en el que se enfrentan dialécticamente Protágoras y Sócrates, por la forma en la que están escritos los *Diálogos*, es decir, caricaturizando a los sofistas, e incluso metiendo a todos los contendientes de Sócrates en un mis-

¹³⁷ GEERTZ, Clifford, “El sentido común como sistema cultural”, en: *Conocimiento Local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 93-116.

mo recipiente, tendríamos que ser muy cautos pero de cualquier forma lo que Platón atribuye a Protágoras resulta bastante interesante para los efectos del sentido de justicia.

Protágoras arranca su argumentación a partir de la mitología griega que para entonces era considerada una fuente de conocimiento práctico bastante autorizada:

Entonces Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiese en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: “¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes? Pues éstas fueron distribuidas así: Con un solo hombre que posea el arte de la medicina, basta para tratar a muchos, legos en la materia; y lo mismo ocurre con los demás profesionales. ¿Reparto así la justicia y el pudor entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?”. “Entre todos” respondió Zeus “y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas sólo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley: Que todo aquél que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad”.¹³⁸

¹³⁸ Vamos a utilizar la versión: PLATÓN, *Protágoras*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1980, trad. de J. Velarde, versión digital bilingüe: <http://www.filosofia.org/cia/pla/protbil.htm> de 4 de julio de 2011.

Este párrafo que podemos encontrarlo por ejemplo en Hesiodo y que como decíamos constituía parte del patrimonio cultural griego al que cualquier ciudadano podía acceder, dota a los argumentos de Protágoras de mucha autoridad, básicamente con el propósito de comenzar diciendo que la virtud de la justicia es patrimonio de todos pero además que es elemento necesario para la subsistencia de la vida pública. Continuemos con Protágoras:

Ahí tienes, Sócrates, por qué los atenienses, al igual que los demás pueblos, cuando deliberan sobre la virtud en arquitectura o en cualquier otra profesión, sólo a unos pocos les consideran con derecho a dar consejos. Y si alguien que no sea de éstos se pone a dar consejos, no le toleran, como tú dices, y con razón, añado yo. Pero cuando se ponen a deliberar sobre la virtud política, toda la cual deben abordar con justicia y sensatez, entonces escuchan, y con razón, a todo el mundo, como suponiendo que todos deben participar de esta virtud o, de lo contrario, no habría ciudades. Esta es, Sócrates, la causa de tal comportamiento.

Y para que no creas que te engaño, he aquí una prueba de cómo todos los hombres, en realidad, piensan que cada particular participa de la justicia y del resto de la virtud política: En las demás virtudes, como tú dices, si alguien, por ejemplo, dice que es un buen flautista o que sobresale en cualquier otro arte, sin ser verdad, entonces o se burlan o se indignan con él, y sus parientes, yendo por

él, le recriminan como si se hubiera vuelto loco. Cuando, por el contrario, se trata de la justicia o del resto de la virtud política, si alguien, de quien saben que es injusto, se pone a decir en público la verdad sobre su persona, esto, el decir la verdad, que en el caso anterior se consideraba como sensato, en éste, se toma como una locura; pues sostienen que todo el mundo debe decir que es justo, lo sea o no; y que, quien no simula la justicia, está loco, puesto que no hay nadie que, en alguna manera, no participe necesariamente de la justicia, a menos que deje de ser hombre.

Lo que Protágoras está sugiriendo es bastante interesante, si todos los hombres participan del sentido de justicia ¿por qué entonces deben existir jueces y tribunales para decidir sobre la vida de otros? ¿para qué tanta parafernalia procesal? ¿son necesarias tantas teorías de la argumentación?¹³⁹

Protágoras va a concluir:

En resumen, he aquí mi respuesta: Que, efectivamente, cuando se trata de esta virtud, los atenienses admiten, con razón, el consejo de todo el mundo, porque piensan que todo el mundo tiene parte en ella.

¹³⁹ En su momento, algunos filósofos del derecho como Larenz opinaron que las teorías de la argumentación eran en realidad una fragmentación del método del derecho o la propia idea de jurisprudencia: Cfr. García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación” en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 3, Madrid, 1986, pp. 151-182.

Que, por otra parte, en su opinión esta virtud no es por naturaleza ni se desarrolla por sí misma, sino que es enseñable y que, si en alguien se desarrolla, se debe a su aplicación, es lo que a continuación voy a intentar demostrarte.

Pues con respecto a los defectos que los hombres consideran unos de otros, debidos a la naturaleza o a la casualidad, nadie se irrita ni reprende ni enseña ni castiga a quienes los poseen para que no sean así, sino que les compadecen. ¿Quién iba a ser tan necio como para intentar hacer algo de eso, por ejemplo, con los feos o los pequeños o los débiles? Pues se sabe, creo, que todos estos defectos, como sus contrarios, les sobrevienen a los hombres por naturaleza y por azar. Cuando se trata, en cambio, de aquellas virtudes que se piensa son fruto de la aplicación, de la práctica y de la enseñanza, si alguien posee, no éstas, sino los defectos contrarios, entonces sobre ese tal recaen iras, castigos y reproches.

Por lo que hemos dicho en el primer numeral de este trabajo, es claro que es necesario el proceso, incluso aquél patrocinado por el Estado, así como es necesaria la argumentación, la ética judicial, etc., pero no debemos olvidar que al menos en el imaginario colectivo cuando se trata de la justicia “todos piensan que forman parte de ella” y por eso es necesario no perder de vista esta necesidad social que permite la vida en comunidad, de este modo sobre toda decisión judicial pesa una responsabilidad social, o dicho de otro modo, en todo proceso judicial está comprometida la justicia distributiva como lo expresa Ricoeur:

La justicia no puede ser más que distributiva y exige un modo de razonamiento altamente refinado como Aristóteles comenzó a hacer distinguiendo entre igualdad aritmética y proporcional. Para concluir, con la expresión: “convicciones bien fundadas”, el epíteto “bien fundadas” tiene tanto peso como el sustantivo “convicciones”. En este contexto, bien fundado significa abierto a la crítica del otro, sometido a la regla de la argumentación.¹⁴⁰

Esto nos lleva a plantear la responsabilidad hermenéutica del operador del derecho, todo operador del derecho debería ser responsable de lo que dice porque eso contribuye o va en detrimento del sentido de justicia colectivo el cual permite una vida armónica pública, la institución del jurado con todos los defectos que pudiera tener es un esfuerzo por conservar dentro del juicio un portavoz del sentido de justicia, en sociedades donde no existe esta institución, donde la opinión pública está mal informada o manipulada por medios de comunicación que lo único que pretenden son ganancia económica, es difícil encontrar parámetros para conocer el sentido de justicia pero de ningún modo podemos pretextar esto para descartarlo, al contrario el esfuerzo es mayor pero debe hacerse; las manifestaciones de la cultura pueden darnos idea de ese clamor por la justicia que a veces es sofocado por decisiones más argumentadas, maquilladas con un lenguaje técnico, confuso y opaco que se justifica diciendo que es la sociedad la que no entiende y no tiene la educación suficiente para entender dichas decisiones, lo que contribuye a la simulación y al distanciamientos entre los operadores del derecho y los destinatarios del mismo.

¹⁴⁰ RICOEUR, Paul, *Lo justo...*, op. cit., p. 98.

3. Cervantes y el juicio de Sancho Panza

En el capítulo XLV titulado “De cómo el gran Sancho Panza tomó la posesión de su ínsula, y del modo que comenzó a gobernar”,¹⁴¹ vemos al fiel escudero de don Quijote administrar justicia en 3 casos particulares:

1. Las caperuzas
2. La vara y las diez monedas
3. La bolsa del ganadero

Sancho Panza es el emblema del sentido común en la literatura, así que concederemos unas líneas a desbrozar los interesantes argumentos que Cervantes pone en boca del regordete e inculto Sancho Panza.

... entraron en el juzgado dos hombres, el uno vestido de labrador y el otro de sastre, porque traía unas tijeras en la mano, y el sastre dijo:

— Señor gobernador, yo y este hombre labrador venimos ante vuestra merced en razón que este buen hombre llegó a mi tienda ayer (que yo, con perdón de los presentes, soy sastre examinado, que Dios sea bendito), y poniéndome un pedazo de paño en las manos, me preguntó: «Señor, ¿habría en esto paño harto para hacerme una caperuza?» Yo, tanteando el paño, le respondí que sí; él debióse de imaginar, a lo que yo imagino, e imaginé bien, que sin duda

¹⁴¹ Utilizaremos la versión: CERVANTES, Miguel, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999, edición hecha a partir de la publicada en Madrid por Ediciones de La Lectura, pp. 1911-1913.

yo le quería hurtar alguna parte del paño, fundándose en su malicia y en la mala opinión de los sastres, y replicóme que mirase si habría para dos; adivinéle el pensamiento y díjele que sí; y él, caballero en su dañada y primera intención, fue añadiendo caperuzas, y yo añadiendo síes, hasta que llegamos a cinco caperuzas; y ahora en este punto acaba de venir por ellas; yo se las doy, y no me quiere pagar la hechura; antes me pide que le pague o (de)vuelva su paño.

— ¿Es todo esto así, hermano? —preguntó Sancho.

— Sí, señor —respondió el hombre—; pero hágale vuestra merced que muestre las cinco caperuzas que me ha hecho.

— De buena gana —respondió el sastre.

— Y sacando encontinente la mano debajo del herreruelo, mostró en ella cinco caperuzas puestas en las cinco cabezas de los dedos de la mano, y dijo:

— He aquí las cinco caperuzas que este buen hombre me pide, y en Dios y en mi conciencia que no me ha quedado nada del paño, y yo daré la obra a vista de veedores del oficio.

— Todos los presentes se rieron de la multitud de las caperuzas y del nuevo pleito. Sancho se puso a considerar un poco, y dijo:

- Paréceme que en este pleito no ha de haber largas dilaciones, sino juzgar luego a juicio de buen varón; y así, yo doy por sentencia que el sastre pierda las hechuras, y el labrador el paño, y las caperuzas se lleven a los presos de la cárcel, y no haya más.

Cervantes presenta un asunto en el que los malos entendidos llevan a un conflicto a dos personas, curiosamente ambos pierden los bienes controvertidos pero reciben una buena lección, uno por desconfiado ha creído obtener más de lo que le alcanzaba su tela, el otro le ha tomado el pelo a su contraparte porque intuyéndose fácilmente lo que pretendía ha echado a perder un paño y no ha satisfecho a su cliente, Sancho resuelve “nada para nadie” ambas partes parten del supuesto de cierto engaño y mala fe, pareciera incluso que quieren burlarse del juez *nemo auditur turpitudinem alegans* dice el adagio jurídico medieval, que se traduce como a nadie se le escuchará alegar su propia torpeza, pierden por *pluris petitio* pedir desmedidamente.

Veamos otro caso que también trata de engaños y doble sentidos:

- ... se presentaron dos hombres ancianos; el uno traía una cañaheja por báculo, y el sin báculo dijo:
- Señor, a este buen hombre le presté días ha diez escudos de oro en oro, por hacerle placer y buena obra, con condición que me los volviese cuando se los pidiese; pasáronse muchos días sin pedírselos, por no ponerle en mayor

necesidad, de volvérmelos, que la que él tenía cuando yo se los presté; pero, por parecerme que se descuidaba en la paga, se los he pedido una y muchas veces, y no solamente no me los vuelve, pero me los niega y dice que nunca tales diez escudos le presté, y que si se los presté, que ya me los ha vuelto. Yo no tengo testigos ni del prestado, ni de la vuelta, porque no me los ha vuelto; querría que vuestra merced le tomase juramento, y si jurare que me los ha vuelto, yo se los perdono para aquí y para delante de Dios.

- ¿Qué decís vos a esto, buen viejo del báculo? dijo Sancho.
- A lo que dijo el viejo:
- Yo, señor, confieso que me los prestó, y baje vuestra merced esa vara; y, pues él lo deja en mi juramento, yo juraré cómo se los he vuelto y pagado real y verdaderamente.
- Bajó el gobernador la vara, y en tanto, el viejo del báculo dio el báculo al otro viejo, que se le tuviese en tanto que juraba, como si le embarazara mucho, y luego puso la mano en la cruz de la vara, diciendo que era verdad que se le habían prestado aquellos diez escudos que se le pedían; pero que él se los había vuelto de su mano a la suya, y que por no caer en ello se los volvía a pedir por momentos. Viendo lo cual

el gran gobernador, preguntó al acreedor qué respondía a lo que decía su contrario, y dijo que sin duda alguna su deudor debía de decir verdad, porque le tenía por hombre de bien y buen cristiano, y que a él se le debía de haber olvidado el cómo y cuándo se los había vuelto, y que desde allí en adelante jamás le pediría nada. Tornó a tomar su báculo el deudor, y, bajando la cabeza, se salió del juzgado; visto lo cual Sancho, y que sin más ni más se iba, y viendo también la paciencia del demandante, inclinó la cabeza sobre el pecho, y poniéndose el índice de la mano derecha sobre las cejas y las narices, estuvo como pensativo un pequeño espacio, y luego alzó la cabeza y mandó que le llamasen al viejo del báculo, que ya se había ido. Trujéronsele, y en viéndole Sancho, le dijo:

- Dadme, buen hombre, ese báculo, que le he menester.
- De muy buena gana —respondió el viejo—: hele aquí, señor.
- Y púsosele en la mano. Tomóle Sancho, y dándosele al otro viejo, le dijo:
- Andad con Dios, que ya vais pagado.
- ¿Yo, señor? —respondió el viejo—. Pues ¿vale esta cañaheja diez escudos de oro?

- Sí —dijo el gobernador—; o si no, yo soy el mayor porro del mundo. Y ahora se verá si tengo yo caletre para gobernar todo un reino.
- Y mandó que allí, delante de todos, se rompiese y abriese la caña. Hízose así, y en el corazón della hallaron diez escudos en oro; quedaron todos admirados, y tuvieron a su gobernador por un nuevo Salomón.

Preguntáronle de dónde había colegido que en aquella cañaheja estaban aquellos diez escudos, y respondió que de haberle visto dar el viejo que juraba, a su contrario, aquel báculo, en tanto que hacía el juramento, y jurar que se los había dado real y verdaderamente, y que en acabando de jurar le tornó a pedir el báculo, le vino a la imaginación que dentro dél estaba la paga de lo que pedían. De donde se podía colegir que los que gobiernan, aunque sean unos tontos, tal vez los encamina Dios en sus juicios; y más que él había oído contar otro caso como aquél al cura de su lugar, y que él tenía tan gran memoria, que a no olvidársele todo aquello de que quería acordarse, no hubiera tal memoria en toda la ínsula. Finalmente, el un viejo corrido y el otro pagado, se fueron, y los presentes quedaron admirados, y el que escribía las palabras, hechos y movimientos de Sancho no acababa de determinarse si le tendría y pondría por tonto o por discreto.

Admiración causaban los juicios de Sancho Panza y aunque él se consideraba tonto, estaba consciente de una ayuda “sobrenatural” que le aclaraba los casos y le proponía soluciones, el sentido común, el criterio jurídico, en el Quijote aparecen como una característica no de una persona letrada e instruida en la materia sino de un *buen* hombre con una *buena* disposición para juzgar, se trata de figura del juez natural que nos recuerda la suspicacia de Protágoras, en muchas comunidades hay personas que destacan por su prudencia, por su capacidad para desarrollar el sentido común y adquirir un saber práctico; la vida contemporánea prescinde de estos valores metaformales pero la literatura que funciona como un catalizador de los imaginarios sociales nos muestra cuán trascendente e importante puede ser este convencimiento y confianza de la comunidad hacia sus jueces.

Vamos al caso más complicado que tuvo que resolver Sancho:

- ... entró en el juzgado una mujer asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico, la cual venía dando grandes voces, diciendo:
- ¡Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y ¡desdichada de mí! me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros, y yo, siem-

pre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

- Aun eso está por averiguar: si tiene limpias o no las manos este galán —dijo Sancho.
- Y volviéndose al hombre, le dijo que qué decía y respondía a la querrela de aquella mujer. El cual, todo turbado, respondió:
- Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socaliñas poco menos de lo que ellos valían: volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos juntos; paguéle lo suficiente, y ella, mal contenta, asió de mí, y no me ha dejado hasta traerme a este puesto. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago, o pienso hacer; y ésta es toda la verdad, sin faltar meaja.
- Entonces el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero en plata; él dijo que hasta veinte ducados tenía en el seno, en una bolsa de cuero. Mandó que la sacase y se la entregase, así como estaba, a la querellante; él

lo hizo temblando; tomóla la mujer, y haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud del señor gobernador, que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas, con esto se salió del juzgado, llevando la bolsa asida con entrambas manos; aunque primero miró si era de plata la moneda que llevaba dentro. Apenas salió, cuando Sancho dijo al ganadero, que ya se le saltaban las lágrimas, y los ojos y el corazón se iban tras su bolsa:

- Buen hombre, id tras aquella mujer, y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volved aquí con ella.

- Y no lo dijo a tonto ni a sordo; porque luego partió como un rayo y fue a lo que se le mandaba. Todos los presentes estaban suspensos, esperando el hombre y la mujer, más asidos y aferrados que la vez primera, ella la saya levantada y en el regazo puesta la bolsa, y el hombre pugnando por quitársela; mas no era posible, según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo:

- ¡Justicia de Dios y del mundo! Mire vuesa merced, señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor deste desalmado, que en mitad de poblado y en mitad de la calle me ha querido quitar la bolsa que vuesa merced mandó darme.

- Y ¿háosla quitado? —preguntó el gobernador.
- ¿Cómo quitar? —respondió la mujer—. Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa. ¡Bonita es la niña! ¡Otros gatos me han de echar a las barbas, que no esté desventurado y asqueroso! ¡Tenazas y martillos, mazos y escoplos no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aún garras de leones: antes el ánima de en mitad en mitad de las carnes!
- Ella tiene razón —dijo el hombre—, y yo me doy por rendido y sin fuerzas, y confieso que las mías no son bastantes para quitársela, y déjola.
- Entonces el gobernador dijo a la mujer:
- Mostrad, honrada y valiente, esa bolsa.
- Ella se la dio luego, y el gobernador se la volvió al hombre, y dijo a la esforzada, y no forzada:
- Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrárades, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta ínsula, ni en seis leguas a la redonda, so pena de docientos azotes. ¡Andad luego digo, churrillera, desvergonzada y embaidora!

- Espantóse la mujer, y fuese cabizbaja y mal contenta, y el gobernador dijo al hombre:
- Buen hombre, andad con Dios a vuestro lugar con vuestro dinero, y de aquí adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie.
- El hombre le dio las gracias lo peor que supo, y fuese, y los circunstantes quedaron admirados de nuevo de los juicios y sentencias de su nuevo gobernador. Todo lo cual, notado de su coronista, fue luego escrito al Duque, que con gran deseo lo estaba esperando.

Obviamente no podemos descontextualizar el pasaje, aunque en cierto sentido también los jueces de hoy en día en un caso así intentarían identificar si se trató de un acto de violencia o un acto consentido como lo demostró Sancho a la vista de todos. Llama la atención además que la mujer entra al tribunal convencida de que obtendrá justicia aun cuando sabe (por los datos que conocemos) que no es justa su pretensión, esto demuestra que existía un cierto acceso a los tribunales por parte de las mujeres, de hecho Cervantes no hace ninguna mención sexista, al contrario, intenta considerar a ambos litigantes en igualdad de circunstancias tratando de ser imparcial. Superando entonces esta problemática, es claro que Sancho Panza apela nuevamente a su sentido común.

4. El sentido común en “Ahí está el Detalle”

Ahí está el detalle (1940), de Juan Bustillo Oro, tal vez sea la comedia más emblemática de nuestra cinematografía mexicana, considerada dentro de las 10 mejores películas mexicanas de todos los tiempos, un filme muy apreciado en Iberoamérica y que dio a Mario Moreno Reyes “Cantinflas” una fama mundial. Inscrita en la época de oro del cine mexicano esta película desarrolla varios temas jurídicos, más allá de algunos lugares comunes, como aquella escena en donde la prensa judicial devela sus prejuicios a través de un grupo de reporteros que sentencian a Cantinflas antes de iniciar el juicio:

- Ya viste que cara tiene.
- Ya lo creo.
- En mi carrera de periodista nunca he visto uno igual.
- Es el típico criminal lombrosiano.
- El criminal nato.
- Y hay que ver que cinismo.
- Verdaderamente merece el paredón.

Los derechos humanos sólo existen en la mente calenturienta de un jurista adormecido, en un juicio real, los derechos connaturales al debido proceso pasan de largo porque todos en la sala han enjuiciado al presunto responsable, el juicio consistirá en ir acomodando los prejuicios a través de falacias.

La parte más celebrada de la película es el juicio, en el que Cantinflas y Bustillo Oro muestran sus genialidades, hasta ese momento la comedia mexicana era muy pobre porque debía hacerse dentro del contexto de un cine silente bajo la sombra de grandes figuras del cine norteamericano, pues “la comicidad mexicana estaba en la carpa, en donde los cómicos hacían gala de gran ingenio y agudeza verbal”. Y justo aquí nos conectamos con el tema, la argumentación propia de un proceso judicial, pocos saben que para la elaboración del guion, Bustillo Oro, emprendió una investigación concienzuda inspirándose en hechos reales sucedidos en el caso criminal “Álvaro Chapa” de 1925 y a partir de las peculiares declaraciones del inculpado.

Es muy evidente que en *Ahí está el detalle* se da una dialéctica propia del proceso judicial, donde los hechos son distorsionados, el espectador ríe de la confusión que se origina en los elementos de valoración, pero en el fondo asistimos a una tragedia, aquella propia del proceso judicial, una cosa son los hechos y otra distinta la verdad procesal. Tanto el fiscal como el defensor inventan historias paralelas a lo que realmente sucedió, en aras de satisfacer su argumentación jurídica se olvidan del más elemental sentido común representado de forma irónica e incluso dramática por el acusado, quien en términos llanos y chuscos trata de justificar una conducta que a él no le parece tan grave como para un juicio de tal magnitud. Se generan dos discursos paralelos que el espectador va percibiendo, el primero ajustado a la técnica jurídica, el segundo al sentido común, esta comedia que podría ser calificada en algunos puntos como humor negro, tiene un drama detrás, todo el esfuerzo intelectual, económico y humano que comporta la justicia del que a veces se podría prescindir, simplemente si se ape-

lara al sentido común, si se vieran las cosas menos formalmente y más contextualizadas en su sentido humano y social. Cuestión que llamaba Rawls¹⁴² la justicia del sentido común.

El problema incluso podría ser definido dentro de lo que Hart denominaba “palabras con textura abierta”¹⁴³ toda la confusión gira en torno a la idea de perro, que podría ser tan sencilla, pero que en el contexto lleva a suponer que el acusado es un hombre despiadado que “trata como animal a su víctima”. De ahí la importancia del lenguaje que puede ser la causa de una decisión justa o injusta.

A propósito del problema lingüístico que se da en *Ahí está el detalle* leamos un poco el maravilloso guion:

- El Juez al Secretario —Tómele la protesta de una vez.
- El Secretario —Sí señor juez.
- El Secretario a Cantinflas. —¿protesta usted?
- Cantinflas. —Claro que protesto, tanto estar que traí y que llévale a uno, ¿no más por haber matado a un perro?
- Agente del Ministerio Público: Aja, ja, ja pido al jurado tome nota de que el acusado insiste en tratar a su víctima de perro.

¹⁴² Como veremos más adelante *vid infra* numeral 5.

¹⁴³ HART, Herbert Laionel Adolfus, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2a. ed., 1994, pp. 126-128. “In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide” (p. 126).

- Cantinflas. —A Dios ¿y cómo quiere usted que lo trato, no era un perro?
- (Voces entre el jurado)
- Juez —¡Silencio! Proteste, bueno (no lo haga). El Agente del Ministerio Público tiene la palabra para interrogar al acusado.
- Agente del Ministerio Público: Pasaré a demostrar lo del nombre falso. Vamos a ver amiguito ¿cuál es su gracia?
- Cantinflas. —La facilidad de palabra.
- (risas)
- Juez. —¡Silencio! El cinismo de este señor no tiene nada de risible y si mucho de indignante ¡Silencio!
- Agente del Ministerio Público. —Es usted un estúpido.
- Cantinflas. —No insulte... señor juez yo protesto... salte pa' fuera (al Agente) da coraje señor juez que no insulte, y usted que aquí es el mero sabroso que tenga la bondad de portarse correctamente con un individuo que... pa que no te sales hombre (al Agente)... déjenme salir...
- Juez. —Desgraciadamente el acusado tiene razón, excútese usted señor Agente.

- Agente del Ministerio Público.- Esta bien señor juez. Excúseme usted (a Cantinflas)
- Cantinflas. —Es usted excusado.
- (risas)
- Agente del Ministerio Público.- Conteste usted a lo que se le pregunta.
- Cantinflas.— ¿Pues qué no ya le contesté?
- Agente del Ministerio Público. —¿Qué cuál es su nombre?
- Cantinflas. —Pos hable claro hombre.
- Agente del Ministerio Público.— ¿Cuál es su nombre?
- Cantinflas. —Así, no me grite ¿Cuál quiere el de primero o el de después?
- Agente del Ministerio Público. —¡Ahí está la cosa!
- Cantinflas. —y ¡Ahí está el detalle! Sí señor.

El sentido común del justiciable (Cantinflas) se topa con la formalidad argumentativa de abogados y juez, se hablan dos idiomas distintos, uno nacido de la inmediatez de las palabras, el otro fruto de una experiencia procesal con su propia lógica e incluso sus propios preconceptos.

Al parecer el sentido común era uno de los elementos de la argumentación clásica, Faustino Martínez refiriéndose a los dos métodos propios de la jurisprudencia nos dice “El antiguo es una herencia del clasicismo grecorromano transmitido desde Cicerón y se basa en el sentido común que se intercambia con lo verosímil, operando por medio de silogismos. En cambio, el método nuevo (que es denominado cartesianismo) es un método esencialmente crítico que toma como punto de arranque una primera verdad indubitable, cuyo desarrollo se efectúa por medio de criterios geométricos y con largas deducciones en cadena. Sus ventajas son claras (la agudeza, la precisión), pero presenta inconvenientes como la pobreza de su lenguaje o la inmadurez del juicio dado.”¹⁴⁴

La jurisprudencia mexicana destaca que “los dictados del sentido común o de la lógica natural” sirven para dar mayor certeza a ciertas prácticas jurídicas y procesales, de este modo en notificaciones, acreditación de documentos, valoración de pruebas, etc., por sentido común se da por hecho que estos momentos son válidos jurídicamente.

Ante la porosidad de la ley, el decisor cuenta con el “arbitrio judicial” el cual no es “subjetividad inmanente” sino por el contrario la suma de las reglas de la lógica, pero también hay el ingrediente que la propia experiencia proporciona a quien decide a través de la acumulación de “conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano” podríamos decir “sentido común”, pues es justo esta parte humana la que

¹⁴⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de 3 autores” en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 8, 2004/2005, Madrid, pp. 273-296.

permite presumir un sentido de justicia común a todos los seres humanos y esto en ningún modo puede descalificarse por considerarse incierto o inseguro, pues no es arbitrariedad sino simplemente una consideración desde la humanidad de quien toma las decisiones en el derecho.

5. El Sentido de justicia en John Rawls

John Rawls dedica un capítulo de su libro al sentido de justicia¹⁴⁵ partiendo del presupuesto de una justicia colectiva que mantiene una idea de lo que debe ser el orden social. Toda comunidad se establece en torno a un bien común que implica la posibilidad de que cada uno de los miembros de la misma pueda conseguir su propio bienestar. Lo anterior sólo es posible en la medida en que cada miembro de la sociedad acepte y obedezca los principios establecidos colectivamente.

Sin embargo Rawls se cuida de no mencionar si se trata o no de un acuerdo común, se entiende que en cualquier caso existe una consideración de reciprocidad entre los miembros de una comunidad que ayuda a mantener los estándares de justicia necesarios para conservar a la propia comunidad, el sentido de justicia nace de esta consideración (plasmada en disposiciones que son propiamente el derecho), de este modo los miembros de la sociedad forman “... parte de estas disposiciones [y] adquieren el sentido de la justicia”¹⁴⁶ que debe al menos generar la convicción de un compromiso permanente.

¹⁴⁵ Vid. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 411.

Lo interesante es que el sentido de justicia en Rawls es de alguna manera adaptable, pues al haber variaciones en las disposiciones que permiten seguir conservando o no esa convicción de seguir viviendo en una sociedad justa, el sentido de justicia debe sufrir pruebas de subsistencia y seguir conservando un cierto estándar así "... por mucho que cambien las instituciones, siguen siendo exacta o aproximadamente las mismas, a medida que se van haciendo ajustes de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales"¹⁴⁷ por eso es necesario conservar cierta base "moral" que permita la pervivencia de la convicción social, que para Rawls se encuentra anclada en ciertos sentimientos, que a nuestro entender podrían ser patrióticos, cívicos o de solidaridad, pero necesariamente apelando a una ética, tal vez por eso es que Rawls cita a Lawrence Kohlberg quien escribiera sobre dilemas morales.

Rawls va hablar entonces de diferentes estadios de evolución del sentido de justicia, la primera escala la denomina "*la moral de la autoridad*", la reciprocidad más sencilla se da en los niños respecto de los padres que representan la autoridad primaria, te respeto porque me respetas, soy justo porque eres justo conmigo; en este contexto el núcleo familiar sería importantísimo como lo había señalado en su momento Aristóteles, pero ¿qué sucedería en sociedades como la nuestra donde la institución familiar ha cambiado tanto?¹⁴⁸

El segundo estadio lo llama "*la moral de la asociación*", ya no se trata sólo del sentido recíproco entre dos personas sino que ya está presenta la idea de más personas, en fin, de una comunidad,

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 414.

¹⁴⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 419.

y también como siguiendo a Aristóteles, la comunidad va a decidir las pautas del respeto entre sus miembros, lo miembros deben buscar armonizar sus necesidades y el modo de satisfacerlas con las demás opciones, debe darse un equilibrio de perspectivas que genere “... sentimientos de lealtad y confianza”¹⁴⁹ incluso de amistad, entre los miembros de una colectividad.

En el tercer escalón nos encontramos “*la moral de los principios*”, se trata de un parámetro superior, de hombres que desean ser justos: “... una vez que las actitudes de amor y de confianza y de sentimiento amistosos y de mutua fidelidad han sido generadas de acuerdo con las dos leyes psicológicas precedentes, entonces el reconocimiento de que nosotros y aquellos a quienes estimamos son los beneficiarios de una institución justa (...) tiende a generar en nosotros el sentimiento de justicia”¹⁵⁰ la presunción de unos principios superiores tiene un efecto performativo, los principios servirían como recordatorio de los estándares de justicia colectivos, en este sentido, la teoría de Rawls podría ser demasiado ingenua respecto de problemas como la deliberación, el consenso, las discrepancias, la participación política, etc., lo cierto es que el sentido de justicia sigue conservando en esta teoría como en las anteriores que hemos visto, características que superan un análisis formalista y que requieren de conocimientos sociales de los que a veces el jurista carece pero que es necesario que empecemos a incorporar a nuestra teoría de la argumentación si es que en realidad buscamos tener una mínima retroalimentación entre lo que los jueces consideran justo y lo que por su parte considera justo la sociedad.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 424.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 428.