

ABSTRACT:

¿Hemos intentado alguna vez definir lo que es el derecho? No el derecho positivo que enseñan en la facultad, sino el concepto del derecho relacionado con la sociedad, con la moral, con la resolución de conflictos, con la evolución biológica. Aquí se hará un breve análisis desde esta perspectiva, aclarando la verdadera función del jurista.

PALABRAS CLAVE:

- Derecho
- Institución evolutiva
- Pautas de conducta
- Usos y costumbres

Comentaba el otro día [Alberto F. Bonet](#) en este impecable artículo a propósito del [‘Top Manta’](#) lo siguiente:

“no puede olvidarse que el poder judicial tiene encomendada la tarea de juzgar y ejecutar lo juzgado y no de concretar las conductas que han de ser consideradas o no constitutivas de delito, función que está constitucionalmente asignada al legislador”.

El artículo llegaba a ciertas conclusiones que no suscribo en su totalidad. Y en mi opinión, es esa la idea que lo cambia todo. El entender que el estudioso del derecho tiene encomendada una pequeña y determinada parcelita del saber de la que no debe salir.

Mi intención en este artículo es indagar precisamente sobre este punto. Qué es el Derecho y cuáles son los límites a la función del jurista.

Empecemos por el principio.

Todo el mundo conoce lo que es la evolución biológica. Pero no mucha gente se ha planteado que esa misma evolución se da en al menos 2 ámbitos más si cabe más importantes. Digo más importantes por su rapidez. Si la evolución biológica permite adaptarse a los cambios en el entorno hablando de periodos de millones de años; los otros 2 niveles de evolución nos permiten adaptarnos en un periodo de tiempo mucho menor.

La primera de ellas, y la más lenta de las dos, es la moral o psicológica. ¿O hay alguien que piense que sentimientos como la envidia, la solidaridad, la empatía o el amor no cumplen una función?

La otra es la memética o la de las ideas. Podríamos meter aquí la cultura, las costumbres, la religión, el derecho... pero clarifiquemos.

El término derecho puede hacer referencia a múltiples conceptos. Me gustaría emplear en este artículo el concepto de derecho como institución evolutiva. Pero ¿qué es una institución evolutiva?

Una institución evolutiva no es más que un ‘meme’ compartido con un poderoso efecto de retroalimentación positiva o efecto red (más útil cuanto más compartido) que resuelve algún problema. Es decir, es una idea o concepto que varios individuos comparten y que contribuye a resolver algún problema y a hacer más predecible su comportamiento para con los demás. Ejemplos típicos que se ponen de instituciones son el dinero, el lenguaje o el Derecho.

Todo el mundo puede ver qué problema ayuda a resolver el dinero o el lenguaje. Pero quizás no se ve tan claro con el derecho...

Estas instituciones viven en una tensión constante. Son ‘memes’, ideas que se reproducen en la mente de los individuos según produzcan para estos beneficios o pérdidas. Este tema podría llevarnos directamente a la memética y a la evolución de grupos. Pero no me desvío.

Estas ideas están vivas y sometidas a constante cambio en función de si los agentes que las portan resultan más o menos exitosos o de si consideran actuar de forma distinta. Normalmente son cambios pequeños y otras veces son cambios más abruptos.

En un momento dado, una institución recoge un conjunto de ideas que no ha diseñado nadie concretamente ni deliberadamente y en las que a la vez ha participado toda la humanidad en su construcción. El racionalista (así como el conservador) extremo, en este sentido, parece bastante arrogante. No hay duda de que uno probablemente está en una situación histórica privilegiada para juzgar la institución e intentar aportar su mejora, pero no debe caer en la tentación de creerse más listo que toda la sabiduría que ya acumula dicha institución gracias a todos nuestros antepasados.

Así entendido, el derecho son unas pautas de conducta encaminadas a modular la libertad del individuo. Son usos y costumbres que resolvieron problemas de coordinación, costes de negociación y nos hicieron más predecibles para los demás. Obviamente estos usos son dinámicos, cambian con el paso del tiempo adaptándose.

Pensemos en el típico ‘dilema del prisionero’. Ambos individuos mueren. ¡Cuan útil habría sido haber acordado un patrón de conducta previamente a ser apresados!

El mundo está plagado de dilemas del prisionero en mayor o menor medida. Por ejemplo, en cualquier conflicto violento en el que ambas partes pierden (aunque una de ellas pueda ganar más de lo perdido) podría llegarse a una solución que minimice la violencia. O la típica ‘tragedia de los comunes’ (bien común que termina destruyéndose porque a nadie le interesa asumir los costes de conservación debido a que no puede apropiarse de sus beneficios) se puede resolver o minimizar simplemente internalizando los beneficios y las pérdidas del objeto, es decir, con derechos de propiedad.

Por tanto, el derecho así entendido no son más que los usos y costumbres con los que se han ido resolviendo estos conflictos. ¿O quizás es algo más (o algo menos)?

La evolución biológica restringe el campo de evolución moral. Y la evolución moral determina el campo de evolución memética. No cabe imaginar un derecho contrario a nuestras intuiciones morales. Podríamos decir que a medida que bajamos niveles nos podemos adaptar a los cambios de forma más rápida pero también la flexibilidad, la

amplitud de esos cambios, es menor. Si me pellizcas diría que, dentro de la memética, el derecho restringe el campo de actuación de la cultura o de las costumbres. El derecho es de nivel superior. Determina los límites fuera de los cuales no hay negociación posible y dentro de los cuales puede operar cultura o costumbres.

A la luz de lo anterior y en un contexto de especialización, se me ocurren 3 funciones relacionadas con el derecho que pueden aportar un valor a la sociedad:

1. Recopilación, explicitación, formalización, unificación.
2. Explicación, divulgación, aplicación, ejercicio.
3. Creación.

La primera, es una labor principalmente histórica y formalista consistente en estudiar esas pautas de conducta pasadas y formalizarlas en lenguaje escrito. Es ver únicamente el derecho que ya existe ahí afuera y tratar de explicitarlo.

La segunda, es una tarea más propiamente del jurista consistente en trabajar con esos textos, explicarlos y aplicarlos a los conflictos actuales.

La última, es una función que pertenece a todos los individuos (o a los políticos si se cree en la representación y se ignoran los problemas que señala la Escuela de la Elección Pública) en sus actos cotidianos. Es la función que dota a la institución de su dinamismo y responde a la pregunta ¿cómo están resolviendo los individuos sus conflictos actuales?

Me da la impresión de que, de las facultades de derecho, por mucho que en filosofía del derecho se explique la diferencia entre Derecho con mayúsculas y derecho positivo (una perversa apropiación de los políticos), los juristas salen pensando que ‘derecho’ es lo que emana del legislador y que su misión es, como mucho, dotar de algo de coherencia vía interpretación a esas reglas arbitrarias.

Pero más grave aún, es que ni siquiera se sientan legitimados para contrastarlas con el verdadero Derecho, y en su caso para criticarlas por contrarias o por haber perdido su utilidad en la resolución del conflicto por el que históricamente surgieron. Y es que, ¿si ellos no lo están, quién lo está?

Madrid, 30 de julio de 2018



Autor: Diego Costa García

Formación: Master en Value Investing de OMMA

Cargo profesional: Middle Officer en azValor Asset Management
