

LA TEORIA DE LOS DERECHOS ETOLOGICOS Y EL COMPLIANCE



Oscar Germán Vázquez Asenjo

Doctor en Derecho
Registrador de la propiedad

PRESENTACIÓN

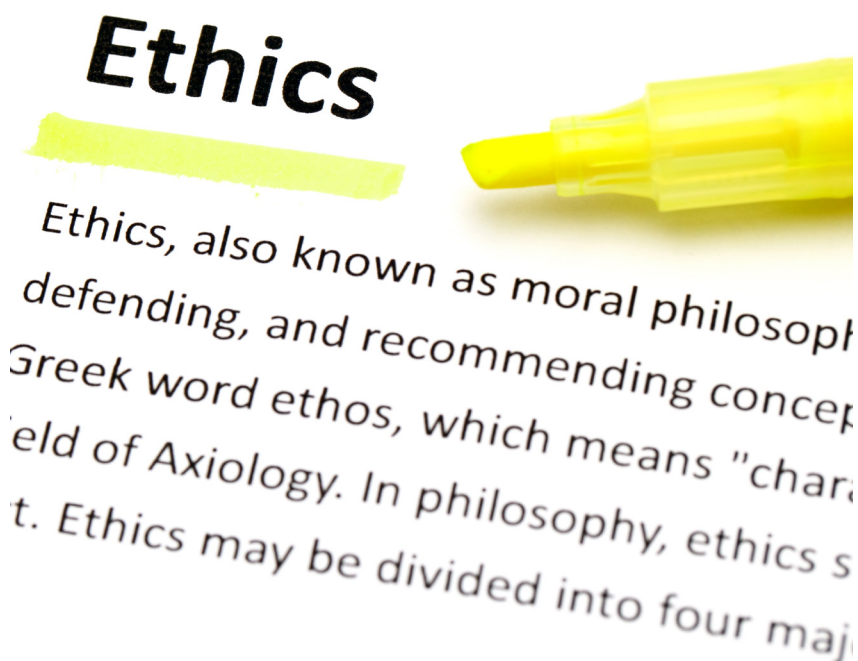
En este artículo, se trata de presentar las posibles utilidades que para la figura del Compliance puede ofrecer su consideración dentro de la novedosa teoría de los derechos etológicos.

El Compliance se define, en términos generales, como la acreditación del cumplimiento normativo a través de la realización de buenas prácticas, y desde un punto de vista etológico como la apreciación de un comportamiento adecuado dentro de una situación jurídica etológica de la que se deriva, como derecho etológico, la inmediata obtención de los beneficios derivados de la normativa que regula dicha situación jurídica.

Con el presente trabajo se pretende realizar un análisis introductorio y general de las posibles afinidades que conceptualmente puedan existir entre la figura del Compliance y la teoría de los derechos etológicos, tal es la razón de la ausencia de referencia alguna en estas páginas a legislación, jurisprudencia o doctrina relacionadas.

El Compliance es una figura que goza de una naturaleza jurídica de origen sajón la cual, para incardinarse dentro de la teoría general de nuestro Derecho, claramente de orden o naturaleza continental, (una troncalidad eminentemente romana, aunque mestizada en numerosos casos y materias con principios jurídicos de raíz germánica) precisa la asignación del lugar concreto que le corresponde dentro del proceso de transformación en que consiste la ciencia del Derecho y la descripción de la función que desempeña.

El Compliance pretende el cumplimiento normativo a partir de la realización de buenas prácticas con la finalidad de



evitar las consecuencias indeseadas que se puedan derivar de un supuesto incumplimiento.

En realidad, el cumplimiento normativo en que consiste el Compliance carece de posible encaje general dentro de la teoría de los derechos subjetivos que ahora analizaremos. Se trata de una más de las múltiples figuras jurídicas surgidas en la actualidad que no encuentran acomodo en la teoría clásica que sistematizara Savigny, allá a mediados del siglo XIX.

El hecho de que esto sea así, impide la aplicación normal y generalizada del Compliance, es decir, mientras no haga-

mos encaje de su significado y efectos dentro de nuestro ordenamiento general, su utilización habrá de ser reconocida, prácticamente caso a caso, por normas específicas concretas, tantas como supuestos de hecho sean susceptibles de contar con esta particular forma de "cumplimiento normativo".

En cambio, la acreditación de buenas prácticas como forma de evitar las consecuencias negativas derivadas de un posible incumplimiento normativo podría ser una fórmula de general aplicación si lográsemos ubicarla dentro del general esquema jurídico por el cual nos regimos.

Por otro lado, en cuanto a su significado jurídico, el Compliance parece una figura perteneciente más al Derecho público que al privado, puesto que en definitiva se trata de dar cumplimiento a una normativa y no a un negocio o a un contrato. Hay en el fondo de esta figura un cierto aroma a justificar anticipadamente el cumplimiento de una normativa legal de carácter público (deberes laborales, administrativos o fiscales) y evitar así las consecuencias negativas derivadas de un posible incumplimiento (multas o sanciones varias).

Pero, más allá de esta impresión general ¿sería posible aplicar el Compliance a los derechos subjetivos que operan en las relaciones jurídicas? ¿Sería posible realizar buenas prácticas que impliquen el cumplimiento de lo acordado en una compraventa o en una donación, por ejemplo?

Los ejemplos expuestos (venta o donación) nacen de la voluntad humana, son derechos subjetivos cuyo ejercicio o cumplimiento se encuentra legalmente previsto, es concreto y tiene carácter y efectos inmediatos. No se adivina qué función puede desempeñar el Compliance en el entorno de estas figuras clásicas.

En cambio, la demostración del cumplimiento de lo pactado a través de conductas o resultados directos o indirectos que lo abarquen o deductivamente impliquen el resultado perseguido sí que puede ser de aplicación a cierto tipo de derechos que, sin llegar a ser derechos subjetivos por no tener origen estricto en la voluntad del individuo, nacen del comportamiento propio de la personalidad humana.

Son los que vendremos a denominar como derechos etológicos. En ellos, el cumplimiento de los objetivos de la situación jurídica de la que emanan justifica la recepción del beneficio por parte del sujeto que ejercita un comportamiento, sin que este haya de realizar probatura alguna de su merecimiento.

TEORÍA TRADICIONAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA NUEVA TEORÍA ETOLOGICA

El Derecho es una herramienta o instrumento producto de la personalidad humana que cada individuo utiliza para satisfacer necesidades de tipo jurídico (es decir aquellas necesidades que aspiran o pretenden obtener justicia y seguridad).

Esta herramienta consiste en un proceso de transformación compuesto de tres fases:

- **Fase inicial o fase de entrada**, en la que se produce el tratamiento inicial del hecho jurídico exteriorizado por su titular a través de la figura del acto jurídico en el marco de una relación jurídica.
- **Fase central, motor de la transformación**: se subsume el supuesto de hecho en la norma jurídica positiva y se generalizan, a través de esa norma positiva, los efectos que se hayan de producir.
- **Fase final o de salida**: la transformación operada da como resultado un producto de naturaleza plena y exclusivamente jurídica, el derecho subjetivo, que el individuo a quien se le reconozca podrá ejercitar para la satisfacción de la necesidad origen del procedimiento.

Cada una de estas tres fases aparece tradicionalmente estructurada en diferentes figuras doctrinales clásicas, que son las siguientes:

En la fase inicial o de entrada se distinguen varias figuras jurídicas.

- **Hecho natural**: cualquier hecho de la naturaleza ajeno a la participación humana
- **Hecho jurídico**: aquel hecho o acontecimiento dotado de efectos

jurídicos.

- **Acto jurídico (en sentido amplio)**: aquel hecho jurídico producido por la voluntad humana declarada.

En la fase central no se aprecia figura jurídica específica alguna, ya que esta fase es de transformación pura, convirtiendo las figuras jurídicas de la primera fase o fase de entrada en las figuras jurídicas de la tercera fase o fase de salida.

En la fase final o de salida apreciamos dos grandes figuras jurídicas y una extensa clasificación ulterior derivada de la segunda.

- **Relación jurídica**: entendida en este trabajo bajo la peculiar perspectiva de efecto jurídico producido en otra / otras personas y /o en una cosa como consecuencia de la exteriorización del contenido del acto jurídico.
- **Derecho subjetivo**: conjunto de poderes o facultades jurídicas que el Derecho objetivo reconoce a una persona para la satisfacción (mediante el ejercicio o defensa de acciones o excepciones) de sus necesidades jurídicas.
- **Clasificación posterior**. Se alude a la serie de categorías sucesivas en que se descompone el derecho subjetivo: relaciones personales y reales; actos (en sentido estricto) y negocios jurídicos, contratos o convenios consensuales en el primer caso y derechos reales de uso o disfrute, de garantía u optativos en el segundo.

La construcción técnica jurídica tradicional ha demostrado su éxito y utilidad a lo largo del tiempo en la atención de necesidades jurídicas clásicas y por ello debe ser mantenida y mejorada en muchos de sus aspectos susceptibles de ello.

Sin embargo, la aparición de necesi-

dades jurídicas nacidas directamente de la personalidad humana a través del comportamiento del individuo y no a través de su declaración de voluntad evidencian que el contenido de las figuras clásicas se encuentra en su evolución agotado y resulta insuficiente.

Con la intención de cubrir la carencia apreciada, la teoría de los derechos etológicos pretende añadir, para el supuesto de los comportamientos jurídicos a los que no se extiende la postura clásica, una estructura paralela en sus fases a la tradicional pero diferente en sus contenidos y figuras. Dicha estructura resulta ser la siguiente:

En la fase inicial o de entrada apreciamos.

- **Necesidades jurídicas**: aspiraciones del ser humano a alcanzar la justicia o la seguridad en los hechos jurídicos en los que la misma se materializa para ser percibida.
- **Hecho jurídico**: todo hecho o acontecimiento de la naturaleza donde exista aspiración humana directa o indirecta.
- **Comportamiento jurídico**: actividad o conducta continuada que es susceptible de ser apreciada por la sociedad para que el sujeto pueda aprovechar directamente los beneficios que se produzcan en la situación jurídica en la que quede engranada.

En la parte central la operación de transformación es pura y no se aprecia, como en la estructura tradicional, figura jurídica específica alguna.

Y en la fase final o de salida apreciamos dos figuras jurídicas específicas y una clasificación posterior:

- **Situación etológica**: Escenario interactivo que en cada momento ocupa un comportamiento den-

tro de uno o varios procesos de creación de flujos económicos beneficiosos para el sujeto que se comporta y para la sociedad.

- **Derecho etológico**: El resultado que surge de un proceso de naturaleza jurídica con un sujeto que desarrolla una actividad sobre una materia que conlleve beneficios de los que ha de participar el mismo sujeto.
- **Clasificación posterior**: La principal distinción entre los derechos etológicos es la que los clasifica entre derechos etológicos ambientales y derechos etológicos de carácter personal, según se refiera al comportamiento del hombre en la naturaleza o del hombre en sociedad.

EL "COMPLIANCE" COMO COMPORTAMIENTO JURÍDICO

El Compliance no consiste en la simple acreditación de la realización de buenas prácticas, sino que en realidad es una auténtica estrategia que abarca todo un conjunto de políticas, procedimientos y acciones que personas y organizaciones privadas, normalmente ligadas al ámbito mercantil y, cada vez más, públicas, llevan a cabo para asegurar que sus actividades se ajustan a las leyes, regulaciones, normas o estándares éticos aplicables en el ámbito de su actuación.

Hasta tal punto que se llega a elaborar el concepto "Corporate Compliance" que se define como el conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y para establecer mecanismos internos de prevención, gestión y reacción frente a los mismos.

Los riesgos a prevenir han dejado de ser los estrictamente previstos en cada normativa aplicable, se amplía el ámbito de su consideración hasta abarcar todos aquellos que llevan consecuencias como

el daño reputacional, la imposición de importantes multas, las pérdidas de negocio por contratos no ejecutables o la exclusión de licitaciones o subvenciones públicas, entre otras.

Como podemos comprobar, los límites entre lo jurídico, lo social, lo empresarial incluso entre lo ético o moral resultan muy difusos en la figura del Compliance y con el paso del tiempo tienden a difuminarse aún más.

Si a pesar de esta tendencia pretendemos concretar el significado del Compliance a los efectos del presente trabajo podríamos decir que se trata de la realización de buenas prácticas acreditativas del cumplimiento de una normativa. Una forma de cumplir las leyes sin riesgo alguno de que no pueda ser así y por lo tanto una figura jurídica creadora de una situación ausente de cualquier consecuencia negativa que de tal incumplimiento pudiera derivarse. Es decir, un comportamiento que persigue la seguridad de que con el mismo se haga justicia, es decir, un comportamiento jurídico.

DIFERENCIAS DEL COMPORTAMIENTO EN QUE CONSISTE EL COMPLIANCE Y LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD BASE DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El Compliance se muestra como un proceso de difícil encaje dentro de la teoría general de los derechos subjetivos. Ya en la primera fase del proceso de transformación jurídica hay circunstancias esenciales que impiden su armonización.

El Compliance, no consiste en un acto jurídico, sino claramente consiste en un comportamiento jurídico. Es decir, no procede de hechos jurídicos en sentido clásico (aquellos hechos creados por la voluntad del sujeto que producen consecuencias jurídicas) sino que emana de la personalidad jurídica del ser humano directamente, sin necesidad de acudir al artificio de tener que ser elaborado y



manifestado por la conciencia y voluntad humanas.

El hecho de que los efectos del Compliance se deriven del comportamiento y no de la voluntad produce las siguientes consecuencias, todas ellas en conflicto con la teoría clásica de los derechos subjetivos:

- Las buenas prácticas en que consiste el Compliance han de materializarse. Es intrascendente para esta figura que exista o no previa declaración de voluntad para reconocer su existencia (cuestión esta imprescindible en la creación de los derechos subjetivos).
- Al tratarse de un comportamiento, el Compliance no precisa ser exteriorizado o manifestado ya que en sí es una figura necesariamente externa y manifiesta antes incluso del inicio de cualquier tratamiento jurídico.
- En cuanto al análisis a realizar en la fase central o de transformación jurídica, en la figura del Compliance no existe verdadera subsunción de supuesto alguno bajo cuyo amparo pretenda situarse, porque en realidad el supuesto de hecho previsto por la norma es sustituido por una serie de buenas prácticas necesariamente diferentes al supuesto de hecho previsto por la norma.
- La aparición de un derecho subjetivo, tampoco se da en el Compliance ya que los beneficios de quien ejercita tal comportamiento se producen antes de la fase central de transformación jurídica.

El Compliance pasará de ser una pretensión o una aspiración a aparecer como una realidad jurídica cuando las buenas prácticas produzcan su efecto liberador apoyadas en criterios de justicia y cuando sean reconocidos sus efectos de manera completamente segura y fiable.

Esta transformación no se produce en el Compliance por reconocimiento normativo (por la subsunción del supuesto de hecho en la norma) sino por la necesaria adecuación de las buenas prácticas empleadas a los efectos de la misma (llevada a cabo dicha adecuación por la simple ponderación de los principios generales que le correspondan).

No precisa el Compliance de la parte

central del proceso de transformación jurídica porque el resultado de la conducta en que consiste se produce por sí solo y resulta lógico e inevitable: Por eso, la realización de buenas prácticas no requiere la concurrencia ni el ejercicio de derecho subjetivo alguno para recoger los beneficios que de su realización se derivan, sino simplemente acreditar su concurrencia o realización dentro de una situación jurídica determinada. De la simple constatación de tal existencia nacerán derechos de tipo etológico que implicarán la percepción inmediata e informal de los beneficios correspondientes.

Podemos afirmar grandes diferencias entre los actos jurídicos en su sentido tradicional y el Compliance como comportamiento jurídico.

• Voluntad versus comportamiento

En los actos jurídicos entendidos en sentido amplio es precisa la concurrencia activa de la voluntad humana en el momento de su creación. En el Compliance, en cambio, basta la existencia de buenas prácticas para que produzca sus efectos.

• Declaración de voluntad versus manifestaciones de conducta

Un acto jurídico en sentido amplio siempre es creado por la manifestación o declaración de la voluntad de un sujeto. En cambio, el sujeto puede no tener conciencia o voluntad, no ya de la creación, sino ni tan siquiera de la existencia de la situación jurídica en la que se encuentra directa o indirectamente involucrado actuando de manera natural a través de su comportamiento. En materia Compliance esto significa que las buenas prácticas realizadas por el individuo no tienen que ser expresamente declaradas por el mismo para que se produzcan los efectos liberatorios del cumplimiento de la norma.

• El establecimiento de relaciones versus el reconocimiento de situaciones

La consecuencia lógica de una declaración de voluntad por parte del individuo que la realiza, es la creación de una relación con otra u otras personas, aquellas a quienes va dirigida. En cambio, la consecuencia lógica del comportamiento jurídico en que consiste el Compliance no es la creación de relaciones jurídicas sino, el reconocimiento de hallarse encajado dicho comportamiento en el engranaje de una situación jurídica preexistente.

La situación jurídica, en su estructura etológica (dentro de la cual funciona el Compliance), hemos dicho que se corresponde en la clasificación clásica con la figura de la relación jurídica; sin embargo, las diferencias entre ambas figuras jurídicas son numerosas. Esencialmente se trata de conceptos distintos. Así, mientras que la relación jurídica se limita a las cuestiones de comunicación entre el sujeto activo y pasivo de esa relación, la situación jurídica abarca muchas más funciones que la relación jurídica, de tal manera que el Compliance no solo es resultado de un comportamiento o actividad, sino que es el resultado de un comportamiento entendido como parte de una situación o entorno jurídico.

• La contraposición entre los conceptos de acción versus actividad

En el acto jurídico el sujeto no solo ha de exteriorizar su voluntad, sino que ha de ejercitar tantas veces como sea necesario su derecho subjetivo para que los beneficios derivados del mismo puedan hacerse efectivos. En cambio, el comportamiento jurídico de una persona en el Compliance solo precisa de la existencia de una actividad, positiva o negativa por parte de esta; no existe una actuación o acción individualizada ni concreta, sino la simple actividad que se espera del comportamiento activo o pasivo de cualquier persona.

• Derechos subjetivos versus derechos etológicos

El Derecho transforma una relación aún no materializada en una realidad de carácter verdaderamente jurídico, es decir, transforma la manifestación de voluntad de quien ejerce un acto jurídico en una respuesta de contenido técnico-jurídico. Esto no ocurre del mismo modo con las situaciones jurídicas de las que participa el comportamiento Compliance. En estas, el resultado no podrá ser un derecho subjetivo sino más bien una figura correlativa respecto a la cual se marcan las diferencias necesarias, esto es, un derecho etológico o del comportamiento.



NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL COMPORTAMIENTO COMPLIANCE

• Ha de tratarse de actuaciones y no de actos

El comportamiento Compliance al que nos referimos no puede perseguir la actuación puntual o aislada; ha de consistir en una actividad, es decir, en una reiteración periódica de actuaciones. Una de las más importantes diferencias entre los derechos subjetivos y el Compliance consiste en que los primeros se ejercitan a través de acciones/excepciones, mientras que los segundos son propios de una actividad continuada.

• Ha de tratarse de conductas adecuadas

El comportamiento Compliance ha de ser en todos los sentidos, adecuado; ha de engranarse de forma armónica dentro del mecanismo de una actividad general que ha de perseguir una finalidad inmaterial que resulte adecuada al ámbito de actuación al que va dirigida. El comportamiento Compliance será aquel que encaja como una pieza dentro del engranaje del entorno personal, social y ambiental en el que se encuentra.

• Se trata de una actitud exterior por su propia naturaleza

El comportamiento Compliance en general y la realización de buenas prácticas en particular no exigen exteriorización alguna para producir sus efectos, son externos en sí mismos, lo son hasta el punto de la imposibilidad de su interiorización o ignorancia. Esto significa que los problemas de prueba a la hora de constatar las buenas prácticas en el Compliance no deberían producirse. Independientemente de las dificultades que surjan en cuanto a la posible medición de su cuantía o calidad, deben resultar evidentes.

• Actitudes de carácter activo.

El comportamiento Compliance no admite pasividad o latencia alguna en su existencia. El comportamiento Compliance es activo por definición, aunque consista en un no hacer, ya que la actividad se traduce en positividad, en colaboración con la actividad general del colectivo, y no existirá esa actitud activa o positiva cuando la actuación resulte obstativa del proceso o contraria al beneficio pretendido. En el comportamiento etológico y por lo tanto también en el comportamiento Compliance no hay posibilidad de mantener actitudes pasivas, no es posible abstraerse de las circunstancias del mundo exterior. En este sentido, las consecuencias jurídicas no nacen de una relación querida y preestablecida con los demás, sino que lo hacen desde la pura acción que implica el comportamiento.

• No existe relación con los demás en sentido clásico. Solo funciona como pieza dentro de un engranaje.

No existe relación de persona a persona (o de persona con el colectivo). En el comportamiento Compliance, la actividad humana es un hecho cuyas consecuencias arrancan directamente de una situación consumada, relativa a la conducta como tal, desde que aparece la actividad en que se manifiesta (sin necesidad de voluntad, sin necesidad de exteriorización, sin necesidad de relación y sin necesidad de ejercicio o acción).

• No existe criterio de reciprocidad alguno

En el esquema clásico, las prestaciones que realiza un sujeto pueden ser llevadas a cabo por dos motivos, o bien por ánimo de liberalidad, o bien por tratar de obtener una contraprestación a cambio de la que ha consentido. Esto no es predicable del comportamiento Compliance. No se trata de que, a cambio de una actividad determinada, la sociedad o sus individuos premien por los beneficios que les supone evitar los gastos de control e inspección. Cuando las buenas prácticas encajan, pasan a formar parte de un engranaje cuyo solo funcionamiento repercute de manera general.

• Neutralidad en su apropiación patrimonial por parte del sujeto

La participación en el engranaje (siempre adecuada al mismo) debe constituir en sí misma un beneficio patrimonial para el sujeto que realiza el Compliance. La realización de buenas prácticas por parte del sujeto debe repercutir no solo en la liberación de un control o inspección de cumplimiento a posteriori sino en todo aquello de lo que se pueda beneficiar (ahorro añadido, prestigio reputacional, marketing, etc.).

• El Compliance es patrimonializable

El contenido de esta figura se puede patrimonializar, ser objeto de mercado y transacción, lo que en realidad se transmite es el valor económico que tiene el fomento de las buenas prácticas. Por eso, la patrimonialización como concepto al que nos referimos, no puede confundirse con la materialización, como cuestión que permite transformar estos valores en materiales susceptibles de cualquier tipo de transacción económica.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: blockchain y protección de datos" (PID2020-113995CB-100), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033).