

Compliance más allá de la ciencia penal

Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal

Javier Cigüela Sola

Universitat Abat Oliba CEU

Abstract

El presente artículo tiene como objetivo realizar una aproximación a lo que las ciencias no normativas –la sociología de la organización, pero también la criminología y la psicología social– pueden aportar al análisis jurídico-penal del compliance y de la criminalidad corporativa, y ello en relación a dos cuestiones diferenciadas: (i) a la tarea de analizar y sistematizar los factores criminógenos que promueven o facilitan la criminalidad corporativa, como condición de posibilidad para su correcta prevención; (ii) y, en segundo lugar, al análisis normativo de qué es lo que se imputa como delito a la organización y a sus miembros individuales. El objetivo es mostrar que, igual que la teoría de la imputación individual necesitó de las aportaciones de otras ciencias como la filosofía moral, la antropología o la psicología para perfeccionarse, la teoría de la imputación de responsabilidad colectiva/organizativa debe nutrirse, en igual medida, de los conocimientos de la sociología, la psicología y la criminología de las organizaciones, sobre los cuales aquí se ofrece una aproximación.

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, sich zu fragen, was die nicht-normativen Wissenschaften, die Organisationssoziologie sowie auch die Kriminologie und die Sozialpsychologie zu der strafrechtlichen Analyse von Compliance und der Unternehmenskriminalität beitragen können. Konkret wird dies in Bezug auf zwei verschiedene Fragen unternommen: (i) die Aufgabe, die kriminogenen Faktoren, die die Unternehmenskriminalität fördern oder erleichtern, zu analysieren und zu systematisieren, so dass sie angemessen vorbeugt werden können; (ii) und zweitens die normative Analyse dessen, was dem Unternehmen und seinen einzelnen Mitgliedern als Straftatzugerechnet wird. Dabei ist das Ziel zu zeigen, dass, so wie die Lehre der individuellen Zurechnung die Beiträge anderer Wissenschaften wie die Moralphilosophie, die Anthropologie oder die Psychologie gebraucht hat, um sich zu perfektionieren, muss sich die Lehre der kollektiven/organisatorischen Zurechnung gleichermaßen von dem Wissen der Organisationssoziologie, -psychologie und -kriminologie ernähren.

This article focuses on how non-normative sciences –the sociology of organization, but also criminology and social psychology– can contribute to the criminal-legal analysis of compliance and corporate crime, and this in relation to two differentiated issues: (i) to the task of analyzing, systematizing and preventing criminogenic factors that promote or facilitate corporate crime; (ii) and, secondly, to the normative analysis of what is attributed as a crime to the organization itself and its individual members. The objective is to show that, just as the theory of individual crime needed the contributions of other sciences such as moral philosophy, anthropology or psychology, the theory of organizational crime should be supported, in equal measure, by the knowledge provided by sociology, psychology and criminology of organizations, here briefly shown.

Titel: Compliance jenseits der Strafrechtswissenschaft. Beiträge der Organisationssoziologie zu der Analyse der Unternehmenskriminalität und der strafrechtlichen Zurechnung.

Title: Compliance beyond Criminal Law Science. Contributions of the sociology of organizations to the analysis of corporate criminality and responsibility

Palabras clave: Organización, Criminalidad corporativa, Cultura corporativa, Estructura corporativa, sesgos

Stichwörter: Organisation, Unternehmenskriminalität, Unternehmenskultur, Unternehmensstruktur

Keywords: Organization, Corporate criminality, Corporate culture, Corporate Structure, bias and heuristics

Sumario

1. Introducción

2. El factor organizativo o estructural de la criminalidad corporativa: aproximación y rendimientos

2.1. La organización y su entorno: nivel "micro", "meso" y "macro"

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: estrategias preventivas y localización de la responsabilidad

2.2. Zoom en el nivel meso: defectos estructurales y culturales

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: breves apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.3. Una aproximación a los sesgos

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: sobre la prevención de los sesgos y la imputación penal

3. Balance

4. Bibliografía

1. Introducción

La discusión sobre el *compliance* y sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en general ha dado muchos más frutos en el ámbito de las ciencias normativas –la ética y el derecho– que en el de las ciencias más descriptivas o sociológicas. La explicación es que buena parte del estudio tradicional sociológico o criminológico sobre el delito se ha producido o bien por encima de la organización, incidiendo en los factores sociales de la criminalidad –como la pobreza o la desigualdad–, o bien por debajo de ella, poniendo la mirada en el propio individuo que delinque y en su disposición psíquica o incluso biológica a delinquir. Los factores estructurales del delito radicados en la propia organización, justamente aquellos que deberían ser vigilados y neutralizados mediante el *compliance*, han tendido a ser obviados desde aquellas ciencias, al menos hasta los años 70, momento en el que los estudios sobre la organización adquieren un amplio desarrollo, y en el que la criminología rescata las tesis de SUTHERLAND sobre la criminalidad de cuello blanco y las toma como punto de partida hacia nuevos caminos metodológicos.¹

Desde entonces la criminalidad organizativa ha recibido el interés de múltiples ciencias sociales: el derecho, la ética de los negocios, la economía, la psicología social, la sociología y la criminología han tratado de proporcionar conocimiento científico de un fenómeno que es al tiempo complejo y multidimensional. En todo caso, las teorías sobre la criminalidad corporativa tienen dos precedentes claros: los estudios sobre la psicopatología de las masas, muy influidos

¹ Así lo expresa VAUGHAN, «Criminology and the Sociology of Organizations», *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, p. 118, quien destaca que la unidad tradicional de análisis en el ámbito de la criminología era el individuo, y que hasta hace pocas décadas la sociología de la organización tenía en la criminología muy poca visibilidad. Sobre ello, desde el punto de vista del derecho penal económico: BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 20.

por la obra de Gustav LE BON y por el psicoanálisis freudiano²; y los estudios tanto filosóficos como psicológicos sobre la criminalidad burocrático-política, referida especialmente a su manifestación en el siglo XX de la mano de los totalitarismos y los diferentes fascismos,³ aunque no sólo.⁴ Ambas perspectivas partieron de la base de que fenómenos como las revueltas violentas, la macro-criminalidad de Estado no eran explicables tan sólo como el producto de la "maldad individual" de quienes participaban en ellos, y que, al contrario, debían existir condicionantes supra-individuales o estructurales, radicados en las organizaciones políticas o en los movimientos de masas, que explicasen violencias de tal magnitud. Así, los estudios de LE BON, Hannah ARENDT o Stanley MILGRAM, cada uno desde perspectivas diversas aunque explícitamente relacionadas,⁵ pueden leerse como proto-teorías de la dimensión supra-individual de la criminalidad: sesgos que hoy estudian la sociología de las organizaciones y la psicología social, como la obediencia a la autoridad o la desinhibición moral del individuo que actúa en grupo, fueron detectados por aquellos en el seno de las masas y las organizaciones políticas y burocráticas que protagonizaron el siglo XIX y el XX.

Por otra parte, aunque el concepto de "organización" comienza a ser utilizado de modo semejante a la actualidad tan sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX⁶ y en referencia a la organización de la propia sociedad, no ha sido hasta la segunda mitad del XX cuando la sociología de la organización recibe un gran impulso, generándose todo un corpus teórico cuyo objeto ha sido definir qué es y cómo funciona una organización, cómo se relaciona con su entorno y con sus miembros y, lo que es más importante aquí, qué explica su mayor o menor

² LE BON, *Psychologie des foules*, 1895; FREUD, «Psicología de las masas y análisis del yo», en EL MISMO, *Obras Completas*, Vol. 18 (1920-22), 1979, pp. 69 ss., donde se puede encontrar un buen resumen de la obra de LE BON. En esta perspectiva psicológica, por un lado encontramos ideas que aparecerían más tarde en el contexto de la sociología, la filosofía y la criminología corporativa (como por ej. la cuestión de la obediencia a la autoridad, aquí expuesta en términos de "fascinación por el jefe de la horda" –p. 115 ss.–, o la cuestión de la difusión de la responsabilidad, expuesta en términos de desinhibición del individuo que se diluye en la masa psicológica –pp. 71 ss.–); y, por otro, encontramos una forma muy específica de entender a la masa, como ente irracional, impulsivo o caótico, características desde luego diversas a las que se suelen atribuir actualmente a la organización colectiva contemporánea, a la que se considera un agente racional. Sobre ambos precedentes: SCHUMACHER, «Gruppen dynamik und Straftat», *NJW*, (35), 1980. Claramente, el análisis psicoanalítico y el paradigma de la irracionalidad perdieron recorrido a partir de 1950, mientras que el paradigma racional –que podemos rastrear hasta Max WEBER, aunque luego ha ido mutando– fue el que se impuso como modelo de análisis para la organización contemporánea. Sobre esto último: MAYNTZ, *Sociología de la organización*, 1967, pp. 41 ss.; sobre los diferentes paradigmas, desde el punto de vista penal y político-criminal: NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 68 ss., alertando de que los últimos desarrollos teóricos, por ej. de la mano de la teoría conflictual, están alejados tanto del paradigma irracional como del racional puro.

³ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal*, 2010; MILGRAM, *Obediencia a la autoridad*, 1980, quien, en su prólogo, hace explícita referencia a la obra de ARENDT. Sobre ello, fundamental: PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, 2016.

⁴ En un contexto anterior y más general, el propio WEBER, *Economía y sociedad*, 1964 (or. 1922) había advertido ya que la burocratización y la progresiva tecnificación de las organizaciones modernas capitalistas producía en cierto modo una deshumanización de las relaciones sociales, tema que estaría presente –de un modo u otro– en los análisis posteriores sobre el carácter criminógeno de la organización. En la criminología de principios de siglo, p.ej., en ROSS, *Sin and Society*, 1907, se advierte ya una preocupación por el carácter deshumanizador de las organizaciones.

⁵ MILGRAM, *Obediencia a la autoridad*, 1980,. Un análisis reciente: BILSKY, «Hannah Arendt's Judgement of Bureaucracy», en GOLDONI/MCCORKINDALE (eds.), *Hannah Arendt and the Law*, 2012, pp. 271 ss.

⁶ LUHMANN, *Organización y decisión*, 2010, p. 29 y ss.

conformidad con el derecho y la ética, y qué hace que en una organización se cometan delitos.⁷ La explicación del mayor interés teórico tiene un carácter social: según LUHMANN, "las organizaciones se han hecho tan importantes e indispensables para la sociedad moderna e incluso para la vida moderna" que resulta necesario "poder concebir mejor su 'lógica interna'"⁸. Así, del mismo modo que no nos es posible ya concebir nuestra alimentación, nuestro trabajo o nuestra educación sin la referencia a organizaciones (las empresas en un sentido amplio del término), tampoco es posible concebir ya la criminalidad pasando por alto su influencia: también el modo en que cometemos delitos está profundamente mediado por nuestra incardinación, puntual o permanente, en determinadas organizaciones colectivas, por el modo en que éstas influyen en nuestras creencias, motivaciones y comportamientos. La crisis financiera internacional no ha hecho más que acentuar y confirmar esa sensación, en la medida en que entre sus causas encontraríamos de modo destacado un "sistémico gobierno corporativo defectuoso"⁹ en las principales empresas del mundo pre-crisis.

Queda claro, por tanto, hasta qué punto las organizaciones son actualmente una parte nuclear para el mantenimiento del orden social, y es en ese contexto en el que hay que entender el fenómeno del *compliance*. Este formaría parte de un conjunto más amplio de estrategias, situadas a caballo entre el mundo de la ética, la política y el derecho, encaminadas al *control de los contextos organizativos*,¹⁰ a su adecuación a las exigencias ético-jurídicas de la sociedad. Una sociedad pacífica y jurídicamente ordenada no sólo necesita que sus individuos se organicen correctamente cuando actúan como individuos o en pequeños grupos, sino además –y acaso especialmente– cuando actúan en el seno de organizaciones complejas; por decirlo en términos de SUTHERLAND, una sociedad necesita que las organizaciones lo sean en un sentido desfavorable al crimen. Es así como ha de entenderse el *compliance* penal, como también la discutida responsabilidad penal de las personas jurídicas: en ambos casos estamos ante elementos inspirados por la idea de reforzar la prevención penal incidiendo en el aspecto organizativo de la interacción humana.

Dado dicho contexto, el presente artículo tiene como objetivo realizar una aproximación a lo que las ciencias no normativas –la sociología de la organización, y accesoriamente la criminología y la psicología– pueden aportar al análisis jurídico-penal del *compliance* y de la criminalidad corporativa, tanto en la dimensión preventiva como en la dimensión normativa propia de la teoría de la imputación penal. Si las organizaciones tienen que formar parte del sistema penal, no basta –como ha ocurrido hasta ahora– con que los penalistas tratemos de integrarlas en los dominios de nuestro propio lenguaje (dogmático), sino que además hemos de realizar el esfuerzo de comprender lo que otras ciencias, más habituadas al fenómeno organizativo, tienen que decir acerca de qué es y cómo funciona este sujeto social, tan nuevo y tan extraño para nosotros.

⁷ Un análisis clásico en MAYNTZ, R., *Sociología de la organización*, 1967. Uno más reciente en MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, 1995.

⁸ LUHMANN, *Organización y decisión*, 2010, p. 23.

⁹ DIGMAN, «The future of Shareholders Democracy in the Shadow of the Financial Crisis», *Queen Mary Univ. of London, Legal Studies Res. Paper*, (138), 2013, p. 640. Ampliamente, el libro colectivo SCHERER, A. G./PALAZZO, G. (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, 2008.

¹⁰ Sobre ello TEUBNER/WILLKE, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», *ZRS*, (5), 1984, pp. 4 ss.

La utilización de la sociología de la organización a estos efectos tiene, en todo caso, precedentes en la doctrina española: destacadamente los de GÓMEZ-JARA y NIETO MARTÍN.¹¹ A pesar de que este último aboga por cierto eclecticismo y apertura metodológica en lo que a las diferentes teorías y explicaciones sociológicas respecta, no deja de ser curioso que la teoría que más ha impregnado la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance*, la teoría de sistema de LUHMANN, sea no sólo la más compleja y oscura, sino además la menos útil a la hora de abordar las cuestiones que a continuación nos ocuparán. Precisamente por su carácter sumamente abstracto y abierto puede resultar útil para construir determinados modelos de culpabilidad colectiva, y sin embargo no aporta gran cosa en el plano normativo y práctico¹²; contra lo que muchos creen, tampoco lo pretende¹³. El presente artículo pretende, más allá de la utilización de algún apunte teórico concreto de dicha teoría, abrir el campo de influencia a teorías sociológicas diversas, en cierto modo más conectadas con el fenómeno criminal.

2. El factor organizativo o estructural de la criminalidad corporativa: aproximación y rendimientos

La existencia misma del *compliance* como instrumento de prevención parte de la presunción de que la corporación –como estructura organizativa– juega algún papel en los delitos que se puedan cometer con ocasión de la actividad empresarial: en mi opinión, se pide aquí a las organizaciones que desarrollen una estructura preventiva y no facilitadora de los posibles delitos que se puedan cometer en su seno. Cuando se habla de factores criminógenos, por otra parte, se hace referencia al conjunto de factores estructurales que incentivan o facilitan la comisión de delitos por parte de los individuos. Para la sociología de la organización –también para el derecho penal– dicho componente está presente en el continuum que va desde los grupos sociales más simples (familia, pandilla de amigos, un grupo de estudiantes, etc.), hasta las organizaciones formales (PIMES, pequeños negocios y asociaciones) y, por último, las organizaciones complejas (empresas multinacionales, partidos políticos mayoritarios, etc.).¹⁴ El presupuesto es que todas ellas, en medidas diversas, proporcionan el contexto de actuación e interacción a las personas individuales que las componen, y dicho contexto está muy lejos de ser social o éticamente neutro: los valores, objetivos, procesos y normas que constituyan el "espacio de interacción" influirán de un modo intenso en las decisiones individuales y colectivas de sus miembros.¹⁵ Incluso desde posiciones claramente contrarias a la posibilidad de una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas –entre las cuales se encontraría la mía propia–,¹⁶

¹¹ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, pp. 67 ss., quien se refiere igualmente a la obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ.

¹² En ese sentido, KUHLEN, «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 68.

¹³ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 1995, p. 24: "la desventaja de la teoría de sistemas (...) estriba en la suma complejidad y la abstracción de sus conceptos", lo que tiene como consecuencia la renuncia "a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica (...) y de representar el mundo exterior al sistema".

¹⁴ Cfr. VAUGHAN, *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, p. 120; BERMEJO/PALERMO, «La intervención delictiva del *compliance officer*», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA(eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 174 ss., con referencia a dinámicas grupales de las que más adelante se hablará.

¹⁵ Véase CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 297 ss.; EL MISMO, «Collective Organizations as Meta-subjects», *ZIS*, (4), 2016, pp. 242 ss.

¹⁶ CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015; EL MISMO, «El injusto estructural de la organización», *InDret*, (1), 2016, pp. 1 ss. Destaca aquí el propio SCHÜNEMANN, máximo exponente de quienes se oponen (por diversos motivos) a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y a su vez uno de los autores

se admite dicha premisa: no sólo las acciones individuales pueden ser peligrosas para bienes jurídicos ajenos, también lo pueden ser los contextos de interacción. Una primera cuestión analítica interesante es, por tanto, cómo podemos aprender a localizar los factores criminógenos, y cuáles de ellos son atribuibles específicamente a la organización.

2.1.La organización y su entorno: nivel "micro", "meso" y "macro"

El *compliance* es, en el caso de las organizaciones formales y especialmente en las complejas, una herramienta cuyo presupuesto lógico es la capacidad de control y modificación de ese contexto de interacción, esto es: la posibilidad de diseñar los procesos organizativos de cara a que su relación con la criminalidad sea la prevención y no el fomento.¹⁷ Su correcta implementación depende, sin embargo, de que se disponga de la suficiente capacidad analítica para detectar y establecer las medidas oportunas para prevenir (*ex ante*) y reaccionar (*ex post*) frente a aquellos factores que, situados en ese espacio de interacción, contribuyen a la formación de voluntades criminales, o de formas imprudentes de actuar. Parte de esa capacidad depende de conocimientos de sociología y criminología de la organización, entre los cuales destaca el modo en que se suele distinguir entre tres niveles diferenciados en lo relativo a dichos factores¹⁸. Por utilizar, de nuevo, la terminología de SUTHERLAND, en el ámbito de la criminalidad corporativa las "definiciones favorables al crimen" pueden hallarse en los siguientes niveles:

(i) *Nivel macro* (entorno socio-normativo o "externo"): en él se integran determinados condicionantes estructurales radicados más allá de la organización singular, habitualmente en el sector o mercado específico en el que esta opera, como también en un sentido más genérico en la propia sociedad o economía en su conjunto. Se puede subdividir entre *entorno económico-competitivo*, donde encontramos factores relacionados con la escasez de recursos, la competitividad externa, la inestabilidad o incertidumbre del mercado; y *entorno político-regulatorio*, donde hallaríamos los que tienen que ver con la regulación del mercado, la ineficiencia del derecho, o con la relación perversa que puede existir entre el propio Estado y el sector y la empresa en cuestión, relación fructíferamente explorada por los estudios criminológicos críticos acerca del *State-corporate crime*.¹⁹

(ii) *Nivel meso* (organización): en él se integran aquellos factores criminógenos que radican en la propia organización en cuyo seno se habría cometido el delito, y tienen que ver en su mayoría con déficits en el desarrollo de su *estructura organizativa* o de su *cultura corporativa*, ya sean disfunciones en los sistemas de información y comunicación, déficits en la delimitación de las responsabilidades o la existencia de presiones e incentivos perversos hacia los empleados (la composición más detallada de este nivel será analizada más adelante).

que más ha profundizado en la explicación del carácter criminógeno de la empresa, particularmente a través de la idea de la "actitud criminal de grupo". Al respecto KÖLBEL, «Corporate Crime, Unternehmenssanktion und Kriminelle Verbandsattitüde», *ZIS*,(11), 2014, pp. 552 ss.

¹⁷ En ese sentido DIAMANTIS, «Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment», *Iowa Law Review*,(103), 2017, p. 542.

¹⁸ VAUGHAN, *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, pp. 119, 125 ss.

¹⁹ Sobre este nivel, VAUGHAN, «The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct and Disaster», *Annual Review of Sociology*, (25), 1999, pp. 275 ss. Sobre la complicidad Estado-corporación, MICHALOWSKI/KRAMER, *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, 2006.

(iii) *Nivel micro* (individuos de la organización o entorno "interno"): más centrado en el aspecto individual, en este nivel encontramos todos aquellos factores que afectan más directamente a cómo piensan, eligen y actúan los miembros de la organización, tales como el narcisismo o la inmoralidad de los directivos, el exceso de codicia de determinados empleados, o cualquier otro motivo individualizable que explique la tendencia a delinquir entre quienes trabajan en la empresa.

Así las cosas, como ha destacado Carole L. JURKIEVITZ, "la existencia y mantenimiento de una organización perversa (*evil organization*) se debe a una compleja interacción entre individuos, organizaciones y factores ambientales"²⁰. La interacción entre esos tres niveles interesa no sólo en términos de prevención de riesgos penales, sino también en términos de imputación, como a continuación se verá.

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: estrategias preventivas y localización de la responsabilidad

La anterior distinción puede ser un buen punto de partida para el mapa de riesgos que constituye la base del *compliance penal*, en la medida en que nos sirve "para organizar los análisis de datos y para ayudar al investigador a buscar en los tres niveles de explicación y a la vez identificar los principales elementos causales radicados en los entramados sociales en los que el delito y la desviación tienen lugar"²¹. Como es lógico, el nivel más directamente conectado al *compliance* es el "meso", en la medida en que se trata de un mecanismo de prevención dirigido precisamente a modificar la esfera de organización de la propia empresa: tanto el "nivel macro" como el "micro" forman parte de aquello que la empresa no puede modificar directamente, pues depende de otros agentes sociales (estatales, sectoriales o individuales) sobre los que la empresa no tiene poder de disposición (la empresa no puede modificar las normas estatales, ni manipular directamente el carácter de sus miembros). Según ha explicado la teoría de sistemas,²² ambos niveles serían

²⁰ JURKIEVITZ, «Introduction», en EL MISMO (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, 2012, p. X. Entre nosotros, NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 29 s., haciendo referencia a la criminología como "la ciencia que más debe implicarse en la confección de los sistemas de cumplimiento".

²¹ VAUGHAN, *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, p. 124. También, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 375: "la elaboración del mapa de riesgos presupone cierta formación criminológica". Sobre el mapa de riesgos, en profundidad: GARCÍA ALBERO, «La medición del riesgo penal corporativo: principales problemas», *LH-Quintero Olivares*, 2018, pp. 559 ss.

²² GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, (8-5), 2006, pp. 12 ss.; LUHMANN, *Organización y decisión*, 2010, pp. 107 ss. Como desarrollé en otro lugar, la caracterización de los miembros de la empresa como entorno de la misma tiene aquí rendimiento explicativo, y sin embargo casa mal con los intentos de construir –desde la propia teoría de sistemas– modelos de culpabilidad propia de la persona jurídica: la razón es que para ello habría que asumir que las personas (físicas) que necesariamente originan el injusto empresarial (sea el delito base, o el defecto de organización), lo tienen que hacer desde el entorno de la organización, lo cual sería un contrasentido. Tal consideración, en el plano normativo, es incompatible con el hecho de que al mundo jurídico la organización ha de acceder necesariamente a través de otros, sus representantes. Sobre ello CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, pp. 168 ss. En ese mismo sentido, LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW*, (106), 1994, p. 703, afirma, en relación a los miembros de la empresa: "como funcionarios, sus miembros introducen el entorno en el sistema, por un lado, y, por otro, llevan al entorno el mundo interno del sistema". Desde la perspectiva de la sociología de la organización, VAUGHAN, *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, p. 127: "Individual actors are the initiators of organizational acts".

"entorno" para la organización (externo en el caso "macro" e interno en cuanto a los miembros), y en esa medida la actitud de la organización frente a ellos debería ser más reactiva y adaptativa que intervencionista. Ahora bien, el diseño del programa de cumplimiento tiene que tener en cuenta los riesgos que provienen de esos entornos: tanto el funcionamiento del mercado o la competitividad externa como la personalidad propia de los directivos son datos relevantes a la hora de identificar los delitos a los que una organización está expuesta, y en ese sentido el análisis deberá abarcar los tres niveles, y los mecanismos de prevención deberán considerar la relación entre ellos. Así se entienden, por ejemplo, las regulaciones en ámbitos específicos de riesgo que obligan a las empresas a controlar los perfiles individuales de aquellos que ocuparán determinados puestos (control de antecedentes, capacitación y formación, etc.), e incluso de los accionistas mayoritarios²³.

Así, por ejemplo, en los delitos que tienen que ver con la corrupción política podemos encontrar factores criminógenos en cada uno de los niveles: la corrupción suele estar favorecida, en el nivel "macro", por una cierta insuficiencia regulatoria en relación a la financiación de los partidos políticos, como también por insuficiencias persecutorias relacionadas con la falta de separación de poderes o con la ineficacia de la administración de justicia en relación con los delitos complejos; en el nivel "meso", suele estar favorecida por una fuerte jerarquización en la organización política, como también por hábitos criminógenos adquiridos por los miembros como condición para su ascenso en dicha jerarquía; en el nivel "micro", suele estar favorecida por la sensación de impunidad de quienes llevan mucho tiempo en altas instituciones del Estado, o por la expectativa de lealtad que los líderes dirigen a quienes buscan ostentar cargos en el partido o la administración.

Mientras la existencia de factores "macro" se suele manifestar en que la corrupción se vuelve transversal a las distintas organizaciones, la existencia de factores "meso" o "micro" suelen explicar que cada organización desarrolle a su manera dicha actividad delictiva, dependiendo de cómo estén estructuradas y de qué actitudes adopten sus miembros. Los defectos en los distintos niveles se retroalimentan: defectos políticos o jurídicos estatales suelen facilitar el surgimiento de factores criminógenos en las empresas o partidos políticos, y éstos suelen facilitar que sean las personalidades más arriesgadas y desinhibidas las que tomen el control de la organización: por ej., la inexistencia de controles efectivos sobre la contratación pública facilita el surgimiento de patrones de contratación informales (sobornos, intercambio de favores, etc.), que a su vez fomenta que quienes vayan controlando el mercado sean precisamente quienes carecen de inhibición a la hora de asumir riesgos.

La anterior clasificación no sólo tiene relevancia en términos analíticos y a la hora de desarrollar los programas de cumplimiento. También la tiene en lo que respecta a la imputación penal por delitos cometidos en el seno de la organización. La exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica, en la medida en que quiera huir de responsabilidades vicariales puras y automáticas –lo que parece ser el caso en España, dadas las posiciones doctrinales mayoritarias, como también las de la Fiscalía y el Tribunal Supremo²⁴–, debe exigir un alto grado de conexión

²³ Así, la reciente regulación de las entidades de crédito, a través de la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, establece un control sobre la idoneidad de los accionistas, que desarrolla en el *Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero*. Sobre ello, NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 63

²⁴ Cfr. AYALA GONZÁLEZ, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret*, (1), 2019, p. 1 ss., argumentando que incluso el modelo explícitamente vicarial que defiende la

del delito con el nivel "meso": cuanto más conectado esté el origen del delito con la organización misma más fácil será argumentar que la persona jurídica es corresponsable del mismo. Si el delito ha tenido conexión con factores criminógenos situados en el nivel "micro" la responsabilidad tenderá a ser individual, a no ser que dichos factores sean del tipo que sea exigible su control y prevención por parte de la propia organización, o que dichos factores, emergiendo del nivel "micro", se hayan consolidado ya como prácticas institucionalizadas en el nivel "meso" y hayan pasado, por tanto, a formar parte del objeto mismo de prevención respecto del cual la organización (esto es: sus integrantes conjuntamente) es competente. Es necesario tener en cuenta, no obstante, que a la organización no le competen todos los factores radicados en el nivel "micro", pues ello conduciría a una especie de distopía del control corporativo, y a que los derechos de los trabajadores se vieran permanentemente vulnerados en aras a una mayor seguridad organizativa.²⁵ En pocas palabras: hay riesgos cuya prevención se confía a los propios individuos –a su auto-disciplinamiento, y bajo su propia responsabilidad– como condición para evitar un clima opresivo en la corporación (se trataría de un *riesgo residual permitido*).

Por otra parte, los delitos conectados con factores criminógenos situados en el nivel "macro" pueden abrir escenarios de "estado de necesidad" o de "inexigibilidad". Así, podemos encontrarnos con un "estado de necesidad" corporativo allá donde la empresa no tiene otra elección que cerrar o participar en actividades delictivas (sobornos, por ej.) como condición para acceder al mercado o para sobrevivir²⁶: esto podría darse allá donde la licitación a obras públicas está controlada por determinadas empresas en modo de complicidad corrupta con el Estado. En este escenario también se puede plantear la existencia de una "inexigibilidad", en este caso por razón de la instancia de imputación: el Estado que tolera o genera él mismo un mercado corrupto, al que sólo se puede acceder sobornando a funcionarios, habría perdido la legitimidad moral o política para exigir a las empresas lo que en otras circunstancias (en un entorno no corrupto) sería perfectamente exigible.²⁷ En definitiva, cuando el nivel macro está muy contaminado de prácticas y hábitos criminógenos, la responsabilidad de la propia organización *puede* desplazarse hacia arriba –principalmente hacia el Estado y sus funcionarios, o hacia las empresas monopolísticas que contribuyen al deterioro de dicho nivel– y por tanto a repercutir en una menor responsabilidad penal en el nivel "meso", ya sea por la vía de la excusa como de la

fiscalía sería uno atenuado y matizado por la existencia de elementos "propios" (principalmente el defecto de organización) que fundamentarían la responsabilidad de la persona jurídica.

²⁵ Alertando de dicho riesgo, ENGELHART, «Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer „Neuen Strafrechtswissenschaft“?», *RW*, 2013, p. 211. También, NIETO MARTÍN, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 33.

²⁶ Abriendo esa posibilidad, ZUGALDÍA ESPINAR, «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *CPC*, (121), 2017, p. 28.

²⁷ Sobre ese tipo de inexigibilidad, planteada en otro contexto de discusión, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la legitimidad política de la pena*, 2019, pp. 329 ss. El Estado mantendría esa legitimidad en la medida en que pueda distanciarse de la eventual práctica corrupta, demostrando por ejemplo que estaba circunscrita a una serie de funcionarios y que difícilmente podía ser detectada. En otras palabras: argumentando que, en relación a la organización estatal, la conducta pertenecía al nivel "micro" y no al nivel "meso". Sobre estas cuestiones, en relación al problema del agente estatal provocador, CASTELLVI, *El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, tesis doctoral, UB, 2019.

inexigibilidad.²⁸

2.2. Zoom sobre el nivel "meso": defectos estructurales y culturales

Focalizando la atención en el "nivel meso" de las organizaciones, este se puede desplegar, a su vez, en dos dimensiones: la que tiene que ver con la *estructura organizativa* de la empresa, por un lado, y la que tienen que ver con su *cultura corporativa*, por otro:

(i) por defectos en la *estructura organizativa* se entienden aquellos relacionados con la distribución de funciones y de roles en la empresa, con los sistemas de comunicación e información, con los sistemas de control y prevención de riesgos, y todo aquello que podríamos identificar con su realidad más tangible. Conforman dicha realidad los sistemas, los procesos y los programas ya sea de información, de decisión, de revisión, de control o de cualquier otro tipo, teniendo en cuenta que una cosa es la estructura tal y como está inicialmente diseñada o como aparece en los "documentos organizativos", y otra la estructura tal y como opera en realidad y evoluciona a lo largo del tiempo.²⁹ En relación a la forma típica que vienen adoptando, en las últimas décadas estaríamos apreciando un tránsito desde estructuras típicamente jerárquicas, rígidas, centralizadas y burocratizadas a otras con forma de red, dinámicas, descentralizadas y flexibles, todo lo cual, según algunos autores,³⁰ las haría mucho más inasibles al derecho y difíciles de regular.³¹

(ii) por defectos en su *cultura/s corporativa/s* se entiende todo lo que tiene que ver con las políticas, los valores, creencias y hábitos criminógenos, con las actitudes y creencias grupales y las dinámicas colectivas que han ido emergiendo de la interacción; en fin, todo aquello que podríamos identificar con la "filosofía" de la organización o con su realidad más intangible.³² Es muy probable, más aún en corporaciones grandes y multinacionales, que en su interior encontremos más de una cultura e incluso que sean más o menos compatibles entre sí, pues las necesidades de adaptación a cada mercado y la complejidad organizativa hacen que emerjan diferentes subculturas *ad intra* de la entidad.³³ Por otra parte, según el archi-citado análisis sobre

²⁸ En sentido análogo se expresa SILVA SÁNCHEZ, «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», *LH-Maza Martín*, t. II, 2018, p. 654. El autor hace referencia a la posible excusa ("But everyone does it!"), que sin duda haría referencia al nivel "macro".

²⁹ Sobre cómo afecta la edad y el tamaño a la estructura organizativa, MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, 1995, pp. 266 ss., apuntando, entre otras cosas, que las organizaciones se vuelven progresivamente más complejas, más formales o burocráticas y más especializadas.

³⁰ LIPPENS, «Rethinking Organizational Crime and Organizational Criminology», *Crime Law and Social Change*, (35-4), 2001, pp. 319 ss.

³¹ Detecta esa dificultad dada la volatilidad del entorno organizativo actual, GARCÍA ALBERO, *LH-Quintero Olivares*, 2018, p. 553.

³² Sobre la filosofía de empresa y la actitud de grupo, en la ciencia penal destacan las aportaciones de SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979; LAMPE, *ZStW*, (106), 1994, pp. 683 ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995.

³³ PARKER, *Organizational Culture and Identity*, 2000, pp. 86 ss., quien, tras una serie de estudios etnográficos, concluye que las organizaciones no tienen "una cultura homogénea", sino culturas organizativas fragmentarias e híbridas; BAER, «Governing Corporate Compliance», *Brooklyn Law School Research Paper*, (166), 2009, pp. 38 s.: "Multiple cultures may exist across geographic regions, task-oriented divisions, or between rank and-file employees and their managers"; SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, 2010, pp. 385 ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, pp. 70 s.

culturas organizativas, de Edgar SCHEIN,³⁴ las culturas organizativas existirían en tres niveles: los *artefactos*, que son los procesos y estructuras visibles, también otros productos visibles de una organización, tales como su arquitectura, sus productos, su estilo estético, sus rituales, su narrativa y los mitos que utiliza para explicarse a sí misma; los *valores y creencias* que propugnan, lo que incluye sus ideales, objetivos, propósitos y racionalizaciones de la propia actividad organizativa; y, por último y en un nivel más profundo, encontramos las *presunciones básicas subyacentes* (*basic underlying assumptions*), las cuales integran valores y creencias no racionalizadas o inconscientes, dadas por hecho, siendo capaces de determinar la percepción y el comportamiento tanto como las situadas en el segundo nivel.

En primer lugar, es necesario advertir que en la literatura sociológica los niveles anteriormente mencionados están en ocasiones superpuestos, en la medida en que existen elementos de toda organización –por ej. las normas– que pueden situarse en ambos niveles (puede hablarse tanto de estructura normativa de una organización, como de normas en tanto que elementos de su cultura específica).³⁵ En términos prácticos, sea como fuere, es importante tener en cuenta que para llegar tanto a la estructura organizativa como a la cultura corporativa hay que hacer mucho más que ir a los "papeles" y "estatutos" formales mediante los cuales la empresa se presenta a sí misma, como también más allá de las declaraciones de sus directivos: en ellos, como es lógico, la organización se describirá a sí misma como un sistema racionalmente organizado y éticamente consciente de los riesgos de su actividad, y se presentará el delito como un accidente.³⁶ La observación del analista de riesgos y del *compliance officer* no puede ser, en ese sentido, ingenua respecto al "ser" y "estar" de la organización, y su indagación ha de traspasar la apariencia externa para adentrarse –seguramente no sin dificultades– en las diferentes manifestaciones reales y cotidianas tanto de la propia estructura como de la cultura empresarial. Precisamente la sociología de la organización y la criminología tienen mucho que decir acerca de esa "actividad real", a menudo tan inaccesible al jurista.³⁷

Por otro lado, resulta de interés atender al modo en que emergen los factores criminógenos que constituyen la dimensión organizativa de la criminalidad. En general, las propiedades tanto estructurales como culturales de una organización se suelen generar de modo *acumulativo, progresivo o incremental, difuso y espontáneo*: *acumulativo* en tanto son el producto de la actuación conjunta y concatenada a lo largo del tiempo de una multiplicidad de sujetos, tanto directivos como empleados subordinados que han ido interactuando en el seno de la organización; *progresivo o incremental* porque no surgen "de un día para otro" sino que van desarrollándose paulatinamente conforme determinados actos o hechos se van normalizando y dando por asumidos como pautas de conducta generalizable, o por el contrario rechazados como actos

³⁴ SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, 2010. Sobreello, SACHOULIDOU, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung: Ein strafrechtlicher und interdisziplinärer Diskurs*, 2019, pp. 48ss.

³⁵ Así, p.ej., VAN ROOIJ/FINE, «Toxic Corporate Culture: Assessing Organizational Processes of Deviancy», *Adm. Sci.*, (8-23), 2018, pp. 9 ss. También, SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, 2010, pp. 24 ss., quien considera los procesos y estructuras parte del primer nivel de la cultura (artefactos).

³⁶ VAN ROOIJ/FINE, *Adm.Sci.*, (8-23), 2018, pp. 23 ss., quienes relatan esa "disonancia corporativa" en relación a los casos Volkswagen, BP y Wells Fargo.

³⁷ Precisamente al paradigma weberiano y burocrático de teoría de la organización se le ha criticado que confunda a ésta con sus procesos burocráticos. Sobre ello, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 70.

fracasados o no generalizables; *difuso* porque una vez se han consolidado no es fácil trazar su origen y determinar qué personas o qué procesos grupales están detrás del surgimiento de dichas propiedades; y *espontáneo* porque no suelen ser el producto exclusivo de decisiones reflexivas y racionales, sino que más bien emergen de modo no consciente desde la perspectiva individual e indetectable desde la perspectiva organizativa.³⁸

En cierto modo, todo lo anterior es mucho más cierto para las propiedades que tienen que ver con la cultura que con la estructura organizativa: esta está algo más sometida tanto al diseño de los directivos como a las voluntades individuales, que pueden tratar de modificarla con mayor o menor éxito, dependiendo de múltiples factores; en lo que respecta a la cultura corporativa, su carácter acumulativo, difuso, incremental y espontáneo es mucho más pronunciado, y ello hace que ni los directivos ni la propia organización como tal puedan disponer de ella con facilidad.³⁹ Así las cosas, el acceso a la estructura empresarial se puede llevar a cabo mediante el análisis de organigramas, sistemas técnicos, canales de información, dispositivos de resolución de conflictos y otras expresiones del esqueleto corporativo; como han desarrollado VAN ROOIJ/FINE,⁴⁰ el acceso a los elementos culturales, especialmente a los del tercer nivel, requieren de toda una "etnografía forense" para ser descubiertos, la cual debe abarcar entrevistas, análisis de los discursos, evolución de múltiples indicadores de la vida organizativa (bajas, despidos, cambios bruscos de empleados, cambios en los sistemas de incentivos, etc.), entre otros.

En el ámbito español el factor cultural ha intentado definirse en la UNE 19601, cuyo objetivo es normalizar y homogeneizar lo que se entiende por sistema de *compliance*. En dicho documento la "cultura" es definida como "Valores, ética y creencias que existen en una organización y que interactúan con las estructuras y sistemas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen a obtener objetivos derivados de la aplicación de esta norma UNE". La UNE trata de concretar los elementos, identificando los siguientes: (a) una política de *compliance* penal; (b) que se constate el respeto y la implantación activa por parte de la dirección de la política de *compliance*; (c) consistencia en el tratamiento de acciones similares, con independencia de la posición; (d) guiar, entrenar y predicar con el ejemplo; realizar evaluaciones adecuadas a los potenciales empleados antes de su contratación; (f) un programa de iniciación u orientación adecuado que enfatice el *compliance* penal y los valores de la organización; (g) formación continua, abierta y adecuada sobre el *compliance* penal; (h) sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de *compliance* penal y parámetros clave del sistema de gestión de *compliance* penal; (i) reconocimiento visible de los logros en la gestión de *compliance* y en sus resultados; (j) medidas disciplinarias rápidas y proporcionadas en caso de conductas penales o no conformidades respecto a la política de *compliance* penal o el resto del sistema de gestión de *compliance* penal.

³⁸ Claramente, JURKIEVITZ/GROSSMAN, EN EL MISMO(ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, 2012, p. 3. Respecto al incrementalismo, en relación a los sesgos grupales, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 232 s.

³⁹ Así, LUHMANN, *Organización y decisión*, 2010, p. 280 ss.: "una cultura organizacional nace como por sí misma". Se basa en decisiones cuyo origen "no se puede marcar" (p. 283). Sobre el proceso de emergencia de una cultura y el rol de los líderes (*leadership*), SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, 2010, pp. 219 ss., quien sostiene que el liderazgo no necesariamente proviene de la dirección (p. 113).

⁴⁰ VAN ROOIJ/FINE, *Adm. Sci.*, (8-23), 2018, pp. 9 ss. En dicho artículo, los autores realizan dicha tarea, utilizando disciplinas diversas (principalmente la sociología y la criminología), para analizar el surgimiento de una cultura corporativa tóxica en los tres conocidos casos Volkswagen, Bp y Wells Fargo.

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: breves apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por un lado, parece evidente que el *compliance* debe aspirar al control del contexto tanto estructural como cultural, pues los factores criminógenos pueden radicar en ambos niveles, tanto alternativa como acumulativamente.⁴¹ Cuando de lo que se trata es de corregir dicho contexto, ha de tenerse en cuenta que el proceso que ello implica será proporcional al nivel de complejidad de su formación: en términos generales, la dificultad en su corrección será tanto más difícil cuanto más pertenezca lo criminógeno al núcleo de la estructura organizativa, y cuanto más asumido esté como "pauta de conducta" en la dimensión cultural.⁴²

Sea como fuere, que la criminalidad corporativa puede manifestar un nivel estructural o cultural –radicado en la corporación como sujeto colectivo– invita a sacar una primera conclusión en relación a la eterna discusión acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas: ello contradeciría las teorías jurídicas tradicionales que consideran a las personas jurídicas –forma que las organizaciones adoptan frente al derecho– como meras ficciones.⁴³ Precisamente la estructura y la cultura corporativa –en organizaciones complejas– conforman la realidad (social) que las personas jurídicas ofrecen al actor individual, realidad que, como he desarrollado en otro lugar,⁴⁴ no proporciona el sustrato suficiente para que podamos hablar de dichas personas como agentes morales y autónomos, pero que impide también su consideración como "objetos puros" o "meras ficciones jurídicas". En este ya eterno debate, sus partidarios tienden a ver en la organización más de lo que hay (una persona que actúa de modo penalmente responsablemente), mientras que sus detractores tienden a ver menos (una ficción instrumental sin entidad propia). La sociología de la organización, en mi opinión, avala una posición intermedia: si bien presupone el factor organizativo al considerarlo su objeto primordial de estudio, también reconoce que quienes causan realmente los daños o quienes cometen los crímenes son siempre personas individuales que, eso sí, actúan bajo la influencia del nivel organizativo.⁴⁵ Todo modelo de autorresponsabilidad, concluiríamos entonces en términos penales, esconde en cierto modo lo que en realidad es una hetero-responsabilidad (más o menos corregida o refinada dogmáticamente, en función de la importancia que se le de al nivel organizativo a la hora de fundamentar el injusto de la organización).⁴⁶

⁴¹ Como ha sostenido SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 373, la línea de *compliance* es "una línea de vigilancia –y, eventualmente, de cambio cultural– de la línea de negocio". También, ORTIZ DE URBINA, «Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de 'cultura de cumplimiento'», *LH-Maza Martín*, t. II, 2018, p. 378: "... se trataría de conseguir, mediante la manipulación de la variable 'cultural', una reducción del número de delitos cometidos en el entorno empresarial".

⁴² Destacando lo anterior, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, p. 410.

⁴³ Por todos, LAUFER, *Corporate bodies and guilty minds. The failure of the corporate criminal liability*, 2006, pp. 50 ss.

⁴⁴ Con referencias, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015 pp. 305 s.; EL MISMO, *InDret*, (1), 2016, pp. 1 ss.

⁴⁵ Así, ENT/BAUMEISTER, «The four roots of Organizational Evil», en JURKIEVICZ (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, 2012, p. 219: "Organizations can be powerfull facilitators of evil. Organizations can permit, coordinate, and even promote evil. However, the ultimate cause of evil is the transgression of individuals". También, VAUGHAN, *Crime, Law and Social Change*, (37), 2002, p. 127: "Individual actors are the initiators of organizational acts".

⁴⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 303: "cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y su se mantiene su vinculación exclusiva a la persona

Distinguir nítidamente entre estructura organizativa y cultura tiene interés también desde el punto de vista del análisis de qué es lo que se imputa a la persona jurídica en la regulación del art. 31 bis, y en relación a cómo distinguir (si es que es posible hacerlo) entre injusto y culpabilidad en la organización. En la conocida STS 154/2016 de 29 de febrero (F.j.: 8º), se expresa en relación a esta difícil cuestión lo siguiente: "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos". Entre las numerosas cuestiones de interés suscitadas por el fallo, descritas tanto por el voto particular (de 7 magistrados de la sala 2ª) como por buena parte de la doctrina,⁴⁷ destaca en lo que aquí respecta la poca claridad existente en torno a cómo se distribuyen los aspectos organizativos y culturales en las categorías dogmáticas de injusto y culpabilidad. Según la teoría que –según se suele admitir– inspira el fallo del Supremo, la teoría de la culpabilidad propia de las personas jurídicas, el injusto vendría a constituirlo el defecto organizativo o estructural (falta de *compliance*) favorecedor del delito individual, mientras que la culpabilidad de la persona jurídica la hallaríamos en la cultura de falta de fidelidad al derecho.⁴⁸ Sin embargo, en la sentencia ambos niveles –estructura preventiva defectuosa y cultura contraria a derecho– parecen integrarse en el "núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica" (F.J. nº 8), quedando el nivel de la culpabilidad completamente vacío de contenido, lo que resulta sorprendente si atendemos a que el TS viene afirmando como tónica general la viabilidad de una culpabilidad en las personas jurídicas, que aquí aparece en una especie de limbo.⁴⁹ Si bien admite GÓMEZ-JARA que "*distinguiendo organización (injusto) y cultura (culpabilidad) se obtiene en dos conceptos relativamente fáciles de manejar y a determinar aquello por lo que específicamente se hace responsable a la persona jurídica*"⁵⁰ –facilidad que podría ponerse en duda–, lo cierto es que el TS, esa distinción, no la ha realizado; y lo que es más importante para el objeto del presente artículo, no podrá realizarla sin el auxilio de conocimientos sociológicos y criminológicos.

jurídica, entonces no parece fácil concretarlo. (...) Puede afirmarse que, en buena medida, las construcciones de la culpabilidad por defecto de organización siguen estrechamente vinculadas a la atribución como propio de un hecho ajeno". Sobre ello, recientemente y con múltiples referencias a la bibliografía alemana: SACHOULIDOU, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung*, 2019, pp. 297 ss.

⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, (121), 2017, pp. 18 ss. Habría que decir, con AYALA GONZÁLEZ, «¡Houston, tenemos un problema! la indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9417), 2019, p. 1 ss., que las cuestiones problemáticas que todavía persisten no sólo atañen a ese fallo, sino en general a una jurisprudencia poco sistemática y en ocasiones hasta contradictoria del TS.

⁴⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 131 ss.: "El injusto de la persona jurídica va referido a su organización; la culpabilidad de la persona jurídica, a su cultura empresarial".

⁴⁹ Por ello sostiene ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, (121), 2017, pp. 18 ss., con razón, que "la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es la que probablemente pretendió seguir la STS de 29 de febrero de 2016 (...), aunque lo hizo erróneamente", y que "en ningún momento se ofrece la mas mínima pista sobre cuál sería el concepto 'correcto' de culpabilidad de la persona jurídica".

⁵⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 131.

En cierto modo no son extrañas las dificultades del Supremo para responder a esta compleja cuestión, la cual tiene, además, implicaciones probatorias. Sea la acusación o la defensa la que tenga que probar la existencia de una cultura respetuosa o contraria a derecho (según el caso), lo que aún se debate,⁵¹ nos encontramos con dos problemas acertadamente señalados en el voto particular: el primero es el carácter evanescente e inasible del aspecto cultural de la organización para el derecho penal,⁵² más aún teniendo en cuenta, en segundo lugar, que la propia legislación nada dice acerca de la cultura corporativa, ni como elemento de la tipicidad ni como elemento de la culpabilidad de la persona jurídica.⁵³ Como ha destacado entre nosotros ORTIZ DE URBINA, uno de los pocos autores que ha dedicado atención a esta cuestión, estas dificultades habían sido ya advertidas en el ámbito norteamericano, mucho más familiarizado con estos problemas: la comisión de expertos que informó acerca de la reforma de las "*Sentencing Guidelines*", si bien reconocía la importancia de la cultura y los valores corporativos a la hora fomentar el cumplimiento, abogaba por un sistema en el que no se exija "a los fiscales que litiguen y a los jueces que determinen si una organización tiene un buen 'conjunto de valores' o 'estándares éticos' apropiados", cuestiones cuya "evaluación objetiva y coherente resulta muy difícil, cuando no imposible".⁵⁴

Estas dificultades se pueden superar o soslayar de diversos modos. El primero de ellos –por el que me inclino– sería eliminar la exigencia de una cultura como culpabilidad corporativa en la imputación de las personas jurídicas, estableciendo que dicha atribución se circunscribe a la combinación entre el delito individual y el defecto estructural que lo habría favorecido, situando dicho defecto en el nivel del injusto (objetivo, estructural)⁵⁵: en este esquema, los elementos culturales que resulten objetivables, como los sesgos, sobre lo que en seguida hablaré, serían

⁵¹ Sobre ello, ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, (121), 2017, pp. 19 ss., destacando críticamente que la inclusión del fallo organizativo y la cultura defectuosa en la tipicidad tiene como consecuencia que ambos aspectos han de ser probadas por la acusación. También GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *La Ley*, (1514), 2016, p. 14, quien trata de reconciliar los puntos de vista de la sentencia y del voto particular, en el siguiente sentido: "la prueba de la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto que, a la vista de los hechos concretos, es imputado a la persona jurídica –no la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza– corresponde a la acusación. La prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad –incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza– corresponde a la defensa". De nuevo, aquí no queda claro que las "medidas de vigilancia y control" deban formar parte de la cultura, y no del injusto organizativo. También, GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 179 ss.; VV.AA., *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, 2018, pp. 40 ss., donde se alude también al momento procesal en que debe probarse la existencia de un correcto *compliance*, especialmente si lo que se quiere evitar son los daños del efecto reputacional.

⁵² Sobre ello, ORTIZ DE URBINA, *LH-Maza Martín*, t. II, 2018, pp. 369 ss., quien hace referencia a la dificultad de evaluar objetivamente tanto la cultura como los valores éticos de una empresa. El voto particular, por su parte, califica la "cultura" como un elemento demasiado "evanescente" como para integrar el tipo.

⁵³ Ciertamente, como admite GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad de la persona jurídica», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 171, que tampoco lo hace con las personas físicas.

⁵⁴ *Report Of The Ad Hoc Advisory Group On The Organizational Sentencing Guidelines*, octubre de 2003. Sobre ello, ORTIZ DE URBINA/CHIESA, «'Compliance' y responsabilidad penal de entes colectivos en EEUU», en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Tratado sobre Compliance*, 2019, concluyendo que las nociones de "'cultura ética' u 'organizativa' introducen nuevas cotas de inseguridad en un ámbito en el que esta no escaseaba". En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2015, p. 139, quien alude a un informe Canadiense en idéntico sentido.

⁵⁵ En ese sentido CIGÜELA SOLA, *InDret*, (1), 2016, pp 1 ss.

elementos del injusto. El segundo camino, escogido por buena parte de la doctrina, implica idéntica estrategia pero en vez de situar el defecto organizativo en el injusto lo sitúa en la culpabilidad, lo que aquí no se admite como (conceptualmente) posible;⁵⁶ para estos autores los aspectos culturales no tendrían importancia para la imputación, o serían considerados dependientes o meros reflejos del defecto organizativo.⁵⁷ Ello posibilita atribuir responsabilidad a la persona jurídica sin necesidad de atender a su cultura: bastaría con demostrar defectos en los procesos y sistemas de control más visibles, quedando los elementos culturales como posible refuerzo.

Otro camino sería, como sugirió en su momento ORTIZ DE URBINA⁵⁸ en relación a las tesis de la Fiscalía y el TS, tratar de ceñir los aspectos culturales que interesan al derecho penal a aquellos que permitan una fácil re-construcción normativa, en su opinión los que tienen que ver con "las políticas y medidas concretas de cumplimiento". Sin embargo, a pesar de la necesidad de objetivar –de mano de la sociología y la criminología– la noción de cultura organizativa, cualquier intento de hacerlo planteará al menos dos problemas, que se pueden explicar en torno a la clasificación mencionada entre *artefactos, creencias y valores propugnados y presunciones subyacentes*: (i) el primero es que los elementos de la cultura organizativa normativizables serán difícilmente distinguibles de los elementos estructurales o del injusto. Así, cuando –según propone ORTIZ DE URBINA– adoptamos una "definición deflacionaria de 'cultura de cumplimiento' que la haga de hecho indistinguible de expresiones menos místicas (y menos exigentes) como 'políticas' o 'generalización de medidas' de cumplimiento", la dimensión cultural se vuelve indistinguible de la dimensión estructural o del injusto: de hecho, como ha sostenido dicho autor, la propia UNE 19061, al concretar los elementos que integrarían la cultura de cumplimiento, no puede sino hacerlo a través de medidas y políticas concretas, esto es, aquellas que deberían integrar el injusto (como los "sistemas de remuneración", o de "comunicación").

La UNE es una útil guía práctica, pero en mi opinión no clarifica la distinción entre estructura y cultura, lo que conduce a cierta autorreferencialidad, atribuible, dicho sea de paso, a toda la discusión sobre el tema que nos ocupa. Así reza, por ejemplo, la introducción al apartado de la cultura de *compliance* (aptdo. 7.1): "El *compliance* penal es el resultado de que una organización cumpla con sus objetivos de *compliance* penal, a través del cumplimiento de los requisitos que se derivan de su política de *compliance* penal y del resto del sistema de gestión de *compliance* penal, y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ella".

⁵⁶ Ampliamente, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, pp. 125 ss.

⁵⁷ Así, GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 134 ss., sumándose al clásico modelo de TIEDEMANN. Esta parece ser también la interpretación de ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, (121), 2017, pp. 28 ss., en cuyo planteamiento aparecen mezclados el nivel estructural y el cultural, en este caso en el nivel de la culpabilidad: esta estaría asociada a un "defecto de organización" o a un defectuoso programa de cumplimiento, en el cual se integrarían también la necesidad de "recoger, consolidar y difundir una cultura empresarial claramente establecida, actualizada y permanentemente difundida en los distintos niveles, relativa al estricto cumplimiento de la legalidad" (pp. 28 s.). Más recientemente, ZUGALDÍA ESPINAR, «La teoría jurídica del delito de la persona jurídica en la jurisprudencia», en GÓMEZ-JARA (coord.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2018, p. 782, parece inclinarse por excluir el elemento cultural de la imputación: "la cultura empresarial de respeto al Derecho no constituirá un elemento de la teoría del delito de la persona jurídica: será solo una consecuencia natural de la generalización de los Programas de Cumplimiento normativo". En sentido semejante, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 150, quien defiende una culpabilidad como déficit de autorregulación en la que se integran los aspectos de falta de ética y la "ausencia de esfuerzos" para implantar una "cultura de respeto al derecho".

⁵⁸ ORTIZ DE URBINA, *LH-Maza Martín*, t. II, 2018.

(ii) el segundo, y acaso más importante, es que los elementos más objetivables y visibles de la cultura organizativa serán seguramente los que menos interesen, pues lo criminógeno de las culturas criminógenas (valga la redundancia) suele radicar no en los aspectos visibles (como los valores o las políticas propugnadas oficialmente) sino en el nivel más profundo de las *presunciones subyacentes*.⁵⁹ En fin, lo que más interesaría a la hora de acreditar la existencia de una cultura corporativa contraria a derecho, por tanto, es aquello que resulta más inaccesible para el Juez o Fiscal que deberían hacerlo, más aún desde los conocimientos de los que actualmente se disponen.⁶⁰

Visto el estado de la cuestión, en mi opinión, sigue siendo cierto una de los principales postulados críticos contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber: la cultura corporativa no puede funcionar como equivalente funcional de la culpabilidad individual, pues aquello que (con suma dificultad) habría que probar, remite a un "estado de cosas" generado acumulativamente (unos valores y creencias compartidos) y no a una capacidad (de evitación del injusto) atribuible a la persona jurídica como agente autónomo. Lo máximo que puede ofrecer la persona jurídica como objeto de imputación es un injusto objetivo-estructural, dependiente de la actuación conjunta y acumulativa de sus miembros; llamar a eso "culpabilidad" no resuelve los problemas de legitimación y operatividad que la regulación actual pone encima de la mesa, en mi opinión sólo desvía la atención de lo que debería ser una discusión sobre los contenidos (qué imputamos a la persona jurídica) hacia una discusión sobre los nombres (cómo trasladamos las categorías antropocéntricas del Código penal a la organización).

Todo lo anterior plantea una serie de problemas dogmáticos cuya resolución requiere más espacio del que aquí se puede dedicar al respecto. Querría destacar aquí al menos un problema, que surge a la luz del (siempre sugerente) planteamiento de GÓMEZ-JARA⁶¹, según el cual: "el hecho de que las medidas concretas de vigilancia y control para el delito concreto imputado a la persona jurídica no sean idóneas para considerar que se opera en el ámbito del riesgo permitido, no significa que la persona jurídica merezca un reproche culpabilístico, toda vez que puede mostrar que, en el momento de los hechos, gozaba de una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad y que es merecedora de una exención deresponsabilidad penal". Si lo he entendido correctamente, una empresa puede facilitar mediante un defecto organizativo (injusto típico) un delito individual (hecho de conexión), y no ser hecha responsable por manifestar en el momento de los hechos una "cultura de cumplimiento de la legalidad". La pregunta que se plantea es, sin embargo, cómo es posible manifestar tal cultura adecuada, para una empresa cuya organización muestra serios defectos, concretados en un delito. ¿No resulta el defecto organizativo, manifestado en un delito concreto, la prueba misma –y probablemente la única posible– de la defectuosa cultura empresarial? ¿es posible disponer de una adecuada cultura corporativa y carecer de los medios de control idóneos? ¿Acaso renunciamos al reproche del empresario individual que se ha organizado defectuosamente causando daños a terceros, porque se muestre por lo general como una buena persona, con "buen tono ético"?⁶² En mi opinión, estos problemas tienen que ver con el intento de trasladar una

⁵⁹ Cfr. VAN ROOIJ/FINE, *Adm. Sci.*, (8-23), 2018, pp. 10 ss.

⁶⁰ Idéntica dificultad ha sido detectada en un entorno mucho más familiarizado con el fenómeno, véase DIAMANTIS, *Iowa Law Review*, (103), 2017, p. 543, quien admite que el conocimiento empírico existe, sólo que los operadores jurídicos habitualmente lo ignoran.

⁶¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La Ley*, (1514), 2016, p. 14.

⁶² ORTIZ DE URBINA, *LH-Maza Martín*, t. II, 2018, pp. 369 ss., sostiene que lo anterior implicaría que en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas operaría un tipo de "culpabilidad por la conducción de la vida invertida" (a favor del reo), desde luego completamente extraño al modo en que atribuimos la responsabilidad individual: "si una persona física acusada de causar lesiones por imprudencia grave en la conducción pretendiera

teoría del delito *stricto sensu* a un sujeto no apto para tales categorías: en la teoría del delito de la persona jurídica, lo único que puede suceder a la comprobación del injusto estructural es una individualización de la sanción no basada en criterios antropocéntricos sino en otros más ajustados al sujeto frente al que nos encontramos, esto es, principalmente, la gravedad del defecto estructural.⁶³

Partiendo de que el objetivo del presente artículo es reclamar la necesidad de que el derecho penal, la sociología y la criminología hablen entre sí sobre qué es y cómo funciona una organización, creo que la discusión tal y como se ha planteado permite concluir lo siguiente: (i) en primer lugar, que el carácter confuso de la doctrina del Tribunal Supremo y de la doctrina penal acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe en cierto modo a la indistinción de los aspectos estructurales y culturales que se manifiestan en el llamado delito organizativo, problemática en tanto choca con los intentos de construir una culpabilidad corporativa separada del injusto; (ii) en segundo lugar, que los anteriores problemas se deben a que, desde el punto de vista sociológico, los elementos estructurales y culturales son vistos como *dos dimensiones delo mismo* (la organización como "contexto de inter-acción"), mientras que la doctrina penal lo que intenta es re-construirlos como *dimensiones de cosas conceptualmente distintas* (injusto y culpabilidad), lo que resulta irritante para el sistema de conceptos que maneja el derecho penal, especialmente en lo que respecta a la consideración de la culpabilidad corporativa como "cultura"; (iii) en tercer lugar, que las dificultades de objetivar los aspectos culturales y de "hacerlos hablar" sobre una supuesta culpabilidad corporativa deberían conducir, al menos hasta que se den avances teóricos al respecto, a minimizar su presencia en la discusión acerca de la exención de responsabilidad a la persona jurídica, primando los planteamientos focalizados en la dimensión organizativo-estructural; (iv) ello es perfectamente compatible, por último, con considerar que en el nivel preventivo la organización misma y el *compliance officer* deben tener en cuenta que la organización puede favorecer la delincuencia tanto por la vía de un defecto estructural como de uno cultural, y que en ese sentido ambos niveles han de ser objeto de análisis e intervención, lo cual, de nuevo, agradecerá al respecto los conocimientos tanto sociológicos como criminológicos que aquí se han esbozado.

2.3. Los sesgos cognitivos y volitivos en la organización

Además de explicar las diferentes dimensiones del fenómeno organizativo, como también el modo en que las organizaciones influyen en la comisión o prevención de la criminalidad, la sociología de la organización ha desarrollado con cierta amplitud, paralelamente a la criminología y la psicología social, las diferentes vías concretas por las que la organización misma tiene una influencia criminógena sobre sus miembros, facilitando o incentivando la infracción por su parte de normas éticas y jurídicas; dicho de otro modo, sobre el modo en que determinados elementos situados en el nivel "meso" influyen en el nivel "micro".⁶⁴ Al respecto es común hablar

eludir su responsabilidad explicando al juez o la jueza que efectivamente la noche de autos conducía ebrio, pero que de modo general obedece rigurosamente el Derecho, sus argumentos serían con toda probabilidad ignorados".

⁶³ Ampliamente, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, pp. 309 ss. También, claramente, NIETO MARTÍN, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 31.

⁶⁴ Así, VAUGHAN, *Annual Review of Sociology*, (25), 1999, pp. 280 s.; ampliamente, ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, pp. 23 ss. Desde el plano de los delitos atroces, PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por*

de que la actuación en el seno de organizaciones produce sesgos: unos influyen en el modo en que los miembros de la organización se representan su actividad y los riesgos –lo que se suele denominar sesgos cognitivos–, y otros afectan al modo en que se muestran o no dispuestos a realizar actividades arriesgadas o incluso abiertamente delictivas –lo que se identificaría como sesgos volitivos–.⁶⁵ Muy a menudo ambos sesgos están entrelazados, cuando no perfectamente confundidos, en la medida en que la voluntad débil se tiende a auto-convencer en el plano de las representaciones cognitivas ("obedecí porque no tenía toda la información"), y a la inversa, en tanto la falsa percepción tiende a generar automáticamente malas elecciones (no es posible ser prudente respecto a un riesgo que se ignora).

Pues bien, este tipo de sesgos, desarrollados ampliamente tanto en el ámbito de la psicología social como en el de las teorías del comportamiento⁶⁶, estando presentes en la vida cotidiana de los seres humanos, tienden a agudizarse cuando se trata de actuaciones en grupo.⁶⁷ La razón principal que explica la transformación moral del sujeto que actúa en el seno de una organización tiene que ver la complejidad del propio contexto de interacción. Como ha sostenido VAN ERP, "la complejidad de una organización es vista como un potencial factor contributivo de la mala conducta y el fraude": la razón es, según la autora, que las organizaciones complejas son generalmente "más difíciles de controlar y generan difusión en las responsabilidades, lo que puede crear ambigüedad respecto al comportamiento deseado o las oportunidades delictivas".⁶⁸ Así, si la línea de *compliance* no crece al ritmo en que lo hacen las líneas de negocio y las líneas productivas se produce un desfase entre los riesgos generados y la capacidad de controlarlos, ya sea desde la dirección como desde la oficina de cumplimiento: ese desfase será mayor cuanto mayor sea la distancia entre la dirección y los diferentes sub-departamentos de la corporación, cuanto mayor sea la especialización y sub-especialización en el trabajo, y cuantos mayores conocimientos técnicos y especializados se exijan como presupuesto para trazar la racionalidad de las decisiones y su corrección ético-jurídica. Un departamento de *compliance* simple en una organización muy compleja es sinónimo de fracaso; lo que quiere decir que aquel debe evolucionar de modo proporcional a la complejidad de la organización cuyo control se le encomienda.⁶⁹

En todo caso, la complejidad de las organizaciones explica el aumento de los sesgos que tiene lugar en ellas, pues razonamientos y decisiones morales que en el sujeto aislado se producen de un modo, en el sujeto que actúa en el grupo organizado se producen de modo muy diverso. A continuación se ofrece un panorama de las diferentes formas por las cuales una organización

delitos atroces, 2016, haciendo un minucioso análisis de las estructuras criminógenas y del modo en que se han manifestado en diversos casos, el cual cubre prácticamente todos los sesgos que van a analizarse a continuación.

⁶⁵ Al respecto, fundamental: SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, pp. 247-284 (cap. V, elaborado en co-autoría con Lorena VARELA).

⁶⁶ Sobre ello, KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2016.

⁶⁷ En ese sentido BAER, *Brooklyn Law School. Research Paper*, (166), 2009, pp. 38 s.

⁶⁸ VAN ERP, «The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences», *Adm. Sci.*, (8-36), p. 3. También, VAUGHAN, *Annual Review of Sociology*, (25), 1999, p. 276: "Complexity can make an organization unwieldy so that upper levels cannot control the subunits".

⁶⁹ Comparto con SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 372, que ello no puede implicar que las líneas de negocio y de *compliance* deban "tener idéntica dimensión y densidad", lo que creo necesario es que la segunda tenga las proporciones necesarias para poder controlar con cierta efectividad la primera.

defectuosa puede distorsionar el seguimiento normal de las normas éticas y jurídicas de quienes operan en ella:

(i) *Difuminación de la responsabilidad y efecto espectador ("esto no es cosa mía")*

Un sesgo típico de las actividades grupales que en las organizaciones colectivas aparece cuasi-institucionalizado es la sensación de que uno es menos responsable cuando actúa colectivamente que cuando lo hace como individuo.⁷⁰ En efecto, las organizaciones basan su funcionamiento en la compartimentación y la especialización funcional del trabajo y la información, de modo que cada individuo de la organización, incluso cada departamento si es muy compleja, se encarga de una porción tan pequeña de actividad que difícilmente se ve moralmente interpelado por lo que resulte de ella: en términos cognitivos esa compartición influye en que quienes han generado acumulativamente el riesgo no se representan el proceso en su conjunto, de modo que no son conscientes del mismo, como también en que todos piensan que "hay alguien", probablemente en la dirección, que sí tiene el control y que se encargará de evaluar ética o jurídicamente el proceso.⁷¹ El problema radica en que, precisamente en organizaciones muy complejas, tampoco es posible afirmar con seguridad que la dirección tenga el control de todos los riesgos de la organización,⁷² por lo que se produce entonces un vacío de responsabilidad, o "vacío ético"⁷³.

Por otra parte, cuando no es la propia actividad la que está en juego, sino un acontecimiento repentino o un problema que surge espontáneamente en el contexto de interacción, puede ocurrir que se produzca lo que la psicología social ha denominado como "efecto espectador", esto es: que el hecho de que haya muchas personas en presencia de ese problema haga que cada una de ellas piense que su intervención no será necesaria y que será otro el que se encargue, quedándose todas en una actitud de expectante inacción y el problema sin solucionar. En cierto modo ello tiene que ver con lo que se ha denominado "ignorancia estratégica"⁷⁴, la tendencia común por la cual frente a los problemas y conflictos los actores organizacionales decidirían que hacer como si no saben nada es la opción más segura. En este punto, la dogmática de la responsabilidad individual sobre la "ignorancia deliberada" o la "ceguera sobre los hechos" podría ser un buen punto de partida para pensar las consecuencias de estas tendencias en las organizaciones.⁷⁵

⁷⁰ El concepto "difusión de la responsabilidad" fue acuñado por DARLEY y LATANÉ en 1968, en cuyo experimento demostraron que un observador solitario está mucho más dispuesto al rescate de alguien en peligro que uno otro que forma parte de un grupo. Sobre ello, HEFENDEHL, «Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman», *Mschkrim*, (6), 2005, p. 444 ss.

⁷¹ ADAMS/BALFOUR, «The dynamics of Administrative Evil in Organizations», en JURKIEVICZ(ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, 2012, p. 18.

⁷² Según ha expresado LUHMANN, *Organización y decisión*, 2010, p. 167, en la organización compleja la premisa de que los directivos "controlan" o "deciden" se interpreta como una "mistificación": "el supuesto de que el decisor es quien decide lleva a mitos que se conectan, en parte, con expectativas, en parte, con fundamentaciones y justificaciones". La mistificación más importante sería, en ese sentido, "que las decisiones serían, al menos intencionalmente, racionales". En definitiva, concluye LUHMANN (p. 332) "el aporte personal al proceso de decisión es, en la praxis, más bien sobrevalorado".

⁷³ JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, 1995, p. 58

⁷⁴ La ignorancia dentro de la organización puede ser parte de una estrategia, pero también resultado natural de la especialización; VAUGHAN, *Annual Review of Sociology*, (25), 1999, p. 277, lo llama "Structural secrecy": "the way division of labor, hierarchy, and specialization segregate knowledge about tasks and goals".

⁷⁵ Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal», *Revista discusiones*, (13), 2013, pp. 39 ss.

(ii) *El desfase entre la acción organizativa y las consecuencias ("yo que sé lo que se hace con esto")*

Otro sesgo cognitivo que afecta a las organizaciones tiene que ver con la distancia que existe entre las acciones y decisiones que tienen lugar en el ámbito organizativo y las consecuencias que eventualmente pueden originar en el entorno social. Existe, en primer lugar, una distancia espacial, en la medida en que la organización lo que hace es mediar entre personas (trabajadores, directivos, consumidores, ciudadanos) que están lejos unas de otras, en algunos casos a miles de kilómetros de distancia, y lo que un directivo puede decidir en California, puede incidir en trabajadores o consumidores localizados en Bangladesh; en segundo lugar, una distancia temporal, en la medida en que la organización permite prolongar las consecuencias de determinadas decisiones a lo largo del tiempo, y entre el momento de la toma de decisión, el de su ejecución y el de las posibles consecuencias nocivas pueden pasar años o incluso décadas. Ambas distancias conducen a una aminoración de la conciencia moral: conductas que uno no aceptaría llevar a cabo si viese a la persona afectada cara a cara y si el daño se produjese al instante, tienden a ser más fácilmente adoptadas cuando los efectos son remotos y las víctimas desconocidas.⁷⁶

(iii) *Adaptación al rol, procedimentalismo y sesgos algorítmicos ("sólo sigo el procedimiento")*

Allá donde los miembros de una organización dedican buena parte de su tiempo a tareas muy procedimentales, rutinarias o técnicas existe la tendencia a confundir la "corrección ética o jurídica" con la "corrección técnica", a entender que la función de la persona en cuestión se limita a ejercer correctamente su rol o a "cumplir con el procedimiento". Así, el sesgo de adaptación al rol produce una procedimentalización de la conciencia del sujeto, lo que hace que éste deje de preguntarse por el contenido o por su valor moral. Este sesgo afecta principalmente a empleados subalternos, y específicamente a aquellos que realizan tareas burocráticas y especializadas.⁷⁷ Por decirlo en términos de psicología cognitiva, aquellos cuyas tareas corresponden más a lo que el cerebro realiza a través del Sistema 1 (el intuitivo) que a lo que realiza con el 2 (el reflexivo).⁷⁸

⁷⁶ Sorprendentemente, ello había sido advertido ya por SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, 1999 (or. 1949), p. 268: "El secreto del hecho del delito de "cuello blanco" se facilita por lo complicado de las actividades y por la amplia dispersión de los efectos en el tiempo y el espacio". La responsabilidad por el futuro ha sido ampliamente analizada desde la perspectiva de la filosofía por: JONAS, *El principio de responsabilidad*, 1995, pp. 227 y ss., sobre la base de que el desarrollo técnico (también organizativo) hace que muchas de nuestras acciones produzcan las consecuencias en un futuro muy lejano, mientras que la moral tradicional ha tendido a centrarse tan sólo en las consecuencias inmediatas. Aquello que puede pasar en un futuro lejano tiende a ser eliminado de entre lo relevante para la decisión moral. Sobre ello, también, HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 49.

⁷⁷ ADAMS/BALFOUR, en JURKIEVICZ (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, 2012, p. 17: "what distinguishes administrative evil from other forms of evil is that its consequences are masked within the ethos of technical rationality. Ordinary people might simply be acting appropriately in their organizational role, just doing what is expected of them while participating in what a critical observer (usually well after the fact) would call evil". También, sobre ello, citando estudios clásicos, VAUGHAN, *Annual Review of Sociology*, (25), 1999, p. 281; MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, 1995, p. 360.

⁷⁸ Ampliamente, KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2016. En relación a la tipicidad subjetiva en el derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 214 y ss.

En relación a lo anterior, cuando mayor es la incorporación de tecnologías complejas a determinadas actividades laborales, mayor es el riesgo de procedimentalismo, en este caso por desplazamiento de la responsabilidad hacia la propia tecnología. Así, cuando un empleado utiliza algoritmos o sistemas de inteligencia artificial en su trabajo diario, que en muchas ocasiones ni siquiera comprende, corre el riesgo de creer que toda su actividad consiste en aplicar las órdenes que emanan de dichos sistemas, sin preguntarse por su significado ético-jurídico. Ello que hace que, en el caso, por lo visto frecuente, de que estos sistemas también tengan sus propios sesgos, éstos se estarán replicando y reproduciendo irreflexivamente por parte de una multiplicidad de aplicadores. Así, si no se controla el carácter ético de los algoritmos que deciden dónde patrullar policialmente, cuál va a ser el precio del seguro médico, o cuál va a ser la condena de un acusado, sus aplicadores, sean policías, agentes de seguros o jueces, correrán el riesgo de estar participando decisivamente en actuaciones organizativas injustas, discriminatorias y lesivas para los derechos de las personas.⁷⁹ Como han sostenido determinados autores, una solución para paliar estos sesgos –o al menos para demostrar el intento de hacerlo– es hacer participar a los *stakeholders* en la elaboración de los algoritmos, como también hacer que sean transparentes para todos los afectados, lo que no suele ocurrir, en tanto se tiende a primar el secreto empresarial.⁸⁰

(iv) *Presión para la obtención de resultados e incentivos perversos ("todo por el bonus")*

Entre los diferentes sesgos en la organización, destaca la presión por los objetivos –vehiculada habitualmente a través del sistema de incentivos y desincentivos– que discurre por la cadena que va desde los accionistas hasta los empleados subalternos, pasando por supuesto por todos los niveles de la alta y media dirección.⁸¹ El sesgo criminógeno tiende a aparecer cuando en la organización se refuerza la necesidad de alcanzar objetivos demasiado ambiciosos o para los que no se proporcionan los medios (legales) necesarios para conseguirlos: ello ha sido explicado desde la teoría de la anomia,⁸² según la cual la falta de correspondencia entre los fines perseguidos y los medios disponibles tiende a resolverse, en un porcentaje de casos, utilizando medios ilícitos. Como se ha comprobado recientemente en el caso del fraude de Volskwagen, la comunicación de que los medios importan menos que los fines acaba haciendo que los empleados los persigan "a cualquier precio".⁸³

⁷⁹ En el ámbito penal, concretamente en EEUU, ya se están utilizando algoritmos complejos para la determinación de la pena y la medida de seguridad que corresponden al sujeto en virtud de su peligrosidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin, *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749 (Wis, 2016), ha sentando un precedente decisivo a favor de la utilización de estos sistemas, a pesar de que, en virtud del secreto empresarial al que tiene derecho la empresa que los proporciona (llamada Northpointe, Inc.), su contenido y funcionamiento concreto no se ponen a disposición del acusado ni de su defensa. Véase, sobre ello, ROMEO CASABONA, «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de Seguridad», *Revista Penal*, (42), 2018, pp. 165 ss.

⁸⁰ Sobre ello, SCHERER, «Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies», en SINGER, *Corporate moral agency and artificial intelligence. In Human Rights and Ethics: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, 2015, pp. 505 ss.

⁸¹ El criminólogo E. A. ROSS (*Sin and Society*, 1907, pp. 107 s.), había descrito ya a principios del siglo pasado que uno de los principales factores criminógenos de las corporaciones era precisamente los incentivos perversos que se transmitían en cadena.

⁸² MERTON, «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, (3-5), 1938, pp. 672 ss. Sobre ello, KÖLBEL, *ZIS*, (11), 2014, p. 556.

⁸³ VAN ERP, *Adm. Sci.*, (8-36), p. 3.

(v) *Dependencia emocional o económica hacia la organización ("la empresa me lo ha dado todo")*

Todas las organizaciones tratan de que sus miembros se sientan vinculados y comprometidos con sus valores y estrategias, y lo hacen en el propio proceso de selección (escogiendo a quienes muestran una sintonía previa), en la disposición de símbolos, consignas, distintivos y demás signos que aparecen en los espacios corporativos (paredes, carpetas, papeles, pantallas, ropa), como también en la organización de actividades dirigidas a la creación de conciencia de grupo ("teamworking", "teambuilding", viajes corporativos, etc.). Esta búsqueda de compromiso individual, completamente ordinaria y funcional para los propósitos organizativos, puede dar lugar a formas patológicas: algunos miembros especialmente comprometidos pueden desarrollar una auténtica dependencia emocional hacia la organización, que se convertiría en algo así como "su familia", hasta el punto de volverse incapaces de cuestionar lo que allí ocurre y viéndose psicológicamente condicionados para negar, ignorar o justificar las malas conductas o los delitos que puedan tener lugar ("esto no puede estar ocurriendo aquí", "es un invento de la competencia").⁸⁴ A esa forma de dependencia emocional se puede añadir, en ocasiones, la dependencia económica, esto es, aquella que sufre el sujeto que acepta participar o colaborar en malas prácticas ante el convencimiento de que si se niega puede peligrar su puesto de trabajo y su sustento.⁸⁵

(vi) *Lealtad y obediencia a la autoridad ("sólo obedezco órdenes")*

Un sesgo particularmente relevante en la sociología y la psicología social es el producido por la "obediencia a la autoridad", tal y como desarrolló inicialmente Stanley MILGRAM.⁸⁶ Como es bien conocido, su experimento vendría a demostrar que las personas están más dispuestas a dañar a otros cuando lo hacen obedeciendo la orden de una autoridad, en quien descargan la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones. Al verse como instrumentos en manos de "otro" que asume legítimamente el control, los subordinados dejan de cuestionar el valor moral de las órdenes ("él sabrá lo que se trae entre manos", "yo sólo obedezco órdenes"). El sesgo de obediencia está particularmente presente en aquellas organizaciones excesivamente jerárquicas y autoritarias, donde las decisiones y los procesos ejecutivos vienen tan pre-determinados desde el nivel directivo que los empleados apenas tienen margen para plantear opiniones o dudas al respecto.⁸⁷ Las tesis de MILGRAM, en cualquier caso, han sido recientemente cuestionadas, y algunos autores han tendido a interpretar que lo que ocurrió en el laboratorio no se parece a la "obediencia ciega" que él creyó ver –y que difícilmente existe en la práctica empresarial–, sino más bien a una especie de "compromiso participativo" (*engaged followership*) o "identificación social", en virtud del cual lo que sesga la percepción moral sería la creencia de estar participando en un proyecto colectivo, "más grande que uno mismo", con el que uno se compromete hasta un

⁸⁴ Sobre ello, SCHUMACHER, *NJW*, (35), 1980, p. 1884; HEALTH, «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, pp. 608 s.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 23.

⁸⁶ MILGRAM, *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, 1980.

⁸⁷ Sobre ello, VAN ERP, *Adm. Sci.*, (8-36), pp. 4 s.

punto en que las dudas morales quedan en un segundo plano.⁸⁸

(vii) *Liderazgos tóxicos y personalidades criminógenas (sobre-optimismo, autoritarismo, etc.)*

En toda organización—especialmente en las jerárquicas— la naturaleza de los liderazgos es muy relevante, y de hecho la sociología de la organización ha prestado especial atención a cómo la personalidad de los directivos influye en la cultura corporativa (esto es, como el nivel "micro" retroalimenta el "meso"). Los liderazgos tóxicos o criminógenos se suelen identificar con rasgos como la invulnerabilidad, la arrogancia, el sentimiento de superioridad, el exceso de confianza y de optimismo.⁸⁹ De hecho, los economistas vienen describiendo el modo en que estos últimos constituyen en sí mismos sesgos cognitivos: el exceso de confianza porque produce una sobre-estimación de las capacidades y la ética propias, que conduce a una infra-estimación tanto de los riesgos como de las posibles externalidades negativas ("haciéndolo tan bien nada puede salir mal", "esto pasará"); el optimismo porque, cuando es llevado al extremo, conduce a menospreciar los problemas y a llevar a cabo análisis poco realistas respecto al futuro y las consecuencias de las decisiones ("no hay problemas, sólo soluciones", "hay que pensar en positivo", "todo es posible" y demás expresiones de lo que hoy circula en el ámbito empresarial como "positive thinking").⁹⁰ Un caso donde esto se advierte claramente fue el conocido fraude del "*Fyre festival*", donde una serie de fatales imprudencias pueden atribuirse al menos parcialmente al carácter sobre-optimista y al exceso de positividad de sus promotores.⁹¹

(viii) *Competitividad interna/externa ("si no lo hago yo, lo hará otro")*

Otra fuente de sesgos cognitivos y volitivos tiene que ver con el carácter competitivo de toda actividad organizativa, ya sea en el ámbito económico, donde se compite por consumidores y mercados, como en el político, donde se compite por electores y cuotas de poder. La competitividad tiene dos dimensiones: la *interna*, que se refiere al modo en que los propios empleados compiten entre sí por escalar en la organización, mejorar su posición salarial u obtener mejores resultados; y la *externa*, referida a la competición que se da entre las diferentes organizaciones, lo que implica por tanto al nivel "macro". Según se ha desarrollado desde perspectivas críticas con la economía capitalista,⁹² la competitividad que constituye la base misma del sistema tiene un carácter intrínsecamente criminógeno: en la medida en que sólo uno puede conseguir aquello por lo que todos compiten (el puesto directivo, ser el nº1 del mercado, el mejor salario, etc.), es una fuente de frustración y anomia que muy a menudo conduce a quienes no

⁸⁸ En ese sentido, HASLAM/REICHER, «50 Years of "Obedience to Authority": From Blind Conformity to Engaged Followership», *Annual Review of Law and Social Science*, (13), 2017, pp. 59 ss.

⁸⁹ Ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 252 y ss., quien alude al exceso de confianza, el exceso de optimismo, la ilusión de control, el sesgo de confirmación y el sesgo egoísta. También, VAN ERP, *Adm. Sci.*, (8-36), p. 4, con múltiples referencias.

⁹⁰ Los economistas, de hecho, han observado una correlación entre el exceso de optimismo y la tendencia a asumir riesgos excesivos y a endeudarse excesivamente, como también entre la fama del directivo en cuestión y el valor decreciente de las acciones en bolsa: en ese sentido, el estudio del premio Nobel de economía, KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio* (9ª ed.), 2016, p. 338, quien cita los estudios de Ulrike MALMENDIER y Geoffrey TATE.

⁹¹ *Fyre: the greatest party that never happened* (Netflix, 2019).

⁹² En ese sentido, el clásico de BONGER, *Criminality and economic conditions*, 1916, para quien el capitalismo genera dos condiciones criminógenas: la competitividad y la miseria. Sobre ello, BRAITHWAITE, «Criminological Theory and Organizational Crime», *Justice Quarterly*, (6-3), 1989, pp. 334 ss.; HEALTH, *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, p. 608.

alcanzan el objetivo deseado a utilizar medios ilícitos para conseguirlo; además, hace que quienes ascienden en las organizaciones o quienes dominan el mercado sean habitualmente los actores (individuales o colectivos) más arriesgados y menos conscientes del valor social o moral de su actividad. Contra la expansión de la lógica competitiva se tiende a proponer el establecimiento de contrapesos mediante lógicas organizativas de tipo cooperativo,⁹³ sobre la base de que éstas minimizarían los sesgos éticos producidos por el miedo al fracaso.

(ix) Clima de excepcionalidad o "situación límite" ("sólo esta vez", "estamos al límite")

Un fenómeno poco explorado tiene que ver con el modo en que las organizaciones generan climas de excepcionalidad para justificar prácticas y decisiones moral o jurídicamente objetables. En muchas ocasiones los directivos emiten órdenes criminógenas bajo la justificación de que se trata de una respuesta necesaria e ineludible frente a circunstancias excepcionales o situaciones límite, las cuales requieren respuestas que en otras circunstancias no se aceptarían. Esas circunstancias pueden ser reales, como cuando existe riesgo de quiebra, aparece nueva competencia o hay una crisis económica, pero también pueden ser ficticias, creadas *ad hoc* por la dirección con el objetivo de condicionar el comportamiento de los empleados o proporcionarles una coartada moral por un comportamiento incorrecto. Así, el jefe de departamento que habitualmente actúa con honradez aceptará forzar a sus subordinados a hacer horas extras, a saltarse determinados controles, o a no declarar facturas en la medida en que se imbuya en ese clima de excepcionalidad real o ficticio. El problema está, como es bien sabido, en que los climas de excepcionalidad tienden a convertirse en norma y a prolongarse en el tiempo, de modo que las prácticas que al comienzo estaban tan sólo excepcionalmente justificadas, poco a poco pasan a formar parte de la vida normal de la empresa.

(x) Clima de aceleración o de estrés laboral ("esto es para ayer", "si tuviese que mirarme todo lo que firmo, no haría otra cosa")

La competitividad conduce necesariamente al ahorro de costes, y también al ahorro de tiempo y por ello a la aceleración de los procesos de decisión y ejecución. En ocasiones se genera en las organizaciones un clima de aceleración y de estrés ("esto hay que hacerlo para ayer", "lo quiero para ya"), que tiende a producir formas de razonar y actuar irreflexivas, donde el agente, falto de tiempo para pensar acerca de las consecuencias de su acción y las diferentes posibilidades, se ve conducido a una toma de decisiones precariamente fundamentadas. Ello es especialmente criminógeno cuando el clima de aceleración afecta a quienes dominan o controlan procesos de riesgo dentro de la empresa, pues su desatención hacia factores éticos y jurídicos relevantes puede tener consecuencias especialmente graves.

(xi) El sesgo de conformidad o de imitación ("allá donde fueres, haz lo que vieres")

Las actuaciones en grupo tienden a producir en sus miembros la tendencia a mostrarse conformes con la opinión hegemónica u "oficial" del grupo (que no tiene por qué coincidir con la de sus integrantes individualmente considerados), como también a imitar el comportamiento del

⁹³ El estudio clásico de KOHN, *No Contest: The Case Against Competition*, 1986. Se refiere al dilema entre competitividad y colaboración: BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 33.

resto de miembros, como condición para no sentirse excluidos o extraños.⁹⁴ Ese comportamiento se inicia ya en la propia entrevista de trabajo, donde uno se presenta no tal y como es, sino tal y como cree que el empleador espera que sea. De hecho, el sesgo de conformidad irradia ya desde la propia organización hacia la sociedad: así, según ha destacado MAYNTZ,⁹⁵ la imagen que exista de una organización influye en el tipo de persona que desea ingresar en ella. Las organizaciones que irradian una imagen agresiva y competitiva tienden a atraer a personas de idéntico carácter, más proclives a asumir riesgos y por tanto a incurrir en actividades delictivas; mientras que las organizaciones que se muestran socialmente como éticamente responsables tienden a atraer a trabajadores que aspiran precisamente al cumplimiento ético-jurídico en el ejercicio de sus funciones. En este punto, por tanto, existe una continuidad entre la imagen que la empresa construye de sí misma y el tipo de trabajador –diligente o arriesgado– que acude a ella. Por otra parte, el sesgo de conformidad o imitación va unificando y moldeando un modo de hacer común en el seno de la organización, en virtud del cual la conciencia de la inmoralidad o ilicitud de determinadas conductas tiende a ser minimizada mediante los clichés de "si todos lo hacen, será por algo", "allá donde vieres, haz lo que vieres", "no seré yo quien cuestione un modo de hacer que todos asumen", entre otros.

a) Rendimientos en el ámbito jurídico-penal: sobre la prevención de los sesgos y la imputación penal

Si el *compliance* tiene como objetivo fomentar que la organización se mantenga en un estado ética y jurídicamente adecuado, debe incorporar formas de detección de las dinámicas criminógenas y los sesgos aquí expuestos, para lo cual no resultará superflua la participación de criminólogos, psicólogos y sociólogos expertos, que asesoren como mínimo puntualmente en los análisis de las dinámicas de grupo, de las relaciones interpersonales, o del modo en que se desarrollan las estrategias y los procesos organizativos.⁹⁶ Hay que tener en cuenta, no obstante, que igual que sucede en la actividad humana cotidiana, la eliminación total de estos sesgos en el ámbito organizativo no sólo resultaría imposible sino de hecho contraproducente: para ello habría que eliminar completamente la actividad rutinaria, automatizada o de baja reflexividad en todos los miembros de la organización, lo que sería totalmente disfuncional, como también establecer un perfecto sistema de control de los comportamientos, lo que convertiría a la empresa en una especie panóptico vigilante, desplazando el problema a cómo controlar a los controladores, y así indefinidamente.⁹⁷ En otras palabras, también en los sesgos y en las características potencialmente criminógenas hay espacios de riesgo permitido, y la tarea es entonces determinar cuándo ese espacio se ha excedido y en qué momento el estado de la organización ha pasado a ser demasiado defectuoso como para suponer que no se está facilitando o incentivando la comisión de delitos.⁹⁸

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 269.

⁹⁵ MAYNTZ, *Sociología de la organización*, 1996, p. 155.

⁹⁶ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 283, indicando que al respecto queda todavía mucho camino por recorrer.

⁹⁷ Sobre ese riesgo, en relación a los deberes de vigilancia, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 236 ss.

⁹⁸ Por decirlo en términos de análisis de riesgos, los sesgos son "riesgos inherentes" a la actividad de toda persona jurídica, y de lo que se trata es de conseguir, a través de determinados controles, un "riesgo residual" que no ponga relevantemente en peligro normas o bienes jurídico-penales. Sobre esa distinción, GARCÍA ALBERO, *LH-Quintero Olivares*, 2018, pp. 558 ss.

Si bien en este punto nos encontramos todavía en un nivel muy incipiente de investigación y desarrollo práctico, lo que parece claro es que en el análisis de riesgos y en el diseño de los mecanismos de prevención de estas dinámicas el conocimiento sociológico y criminológico proporciona información relevante.

Sin ánimo de exhaustividad, en todo caso, los diferentes sesgos pueden controlarse mediante medidas como las siguientes: (i) Análisis de los discursos de los directivos y la justificación de sus decisiones, para detectar posibles liderazgos tóxicos o posibles sesgos en su modo de operar; (ii) Análisis de los sistemas de incentivos, para determinar si son realistas y se han proporcionado medios adecuados o si son una fuente de anomia; (iii) Entrevistas anónimas y aleatorias a empleados, para determinar el modo en que perciben la presión de la competitividad interna, la predisposición a la cooperación y la apertura de la dirección a puntos de vista opuestos; (iv) Análisis de la evolución de las bajas por enfermedades relacionadas con el estrés, el *burnout* y la ansiedad, que pueden indicar la existencia de climas opresivos y acelerados; (v) Análisis de los procesos técnicos y tecnológicos, especialmente de los algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial, para determinar si son transparentes de cara a los afectados y si se analizan sus implicaciones éticas; (vi) Análisis de los lapsos temporales en los que se toman decisiones relevantes, especialmente en los departamentos de riesgos (informes hechos en apenas horas o días son una mala señal, por ej., mientras que informes que circulan por varias personas y departamentos expresan una voluntad cooperativa adecuada); entre otros.

Los sesgos pueden, además, jugar un papel relevante en términos de imputación, tanto de la persona jurídica como de las personas físicas. Por un lado, como ha sostenido SILVA SÁNCHEZ, "los sesgos cognitivos y otras fuerzas situacionales (pueden ser) considerados expresivos de una organización o, en otros términos de una cultura corporativa defectuosa".⁹⁹ Ello implica que el descubrimiento de este tipo de sesgos –situados normalmente en el nivel cultural– reforzaría la consideración de que el delito en cuestión no sólo tiene una dimensión individual sino que además es manifestación de una forma de ser organizativa, que el individuo operaba en base a un razonamiento (sesgado, criminógeno) que la organización misma le había proporcionado, incluso impuesto, o que al menos tenía el deber de evitar. Según la distinción (todavía confusa) anteriormente analizada, los sesgos pueden formar parte del injusto de la persona jurídica, siempre que estén conectados al nivel "meso", y siempre que hayan excedido determinado nivel de riesgo permitido, desde luego difícil de determinar. La defensa de la persona jurídica tratará de esgrimir, en su descargo, que el sesgo formaba parte de la competencia del propio autor, que era sólo su responsabilidad prevenirlos; o que su origen está, de hecho, en el nivel "macro", por ejemplo cuando la normalización de determinadas conductas por parte de los miembros de la empresa había sido propiciada por comportamientos activos u omisivos del propio Estado –especialmente en sectores donde exista corrupción público-privada–.

En lo relativo a la imputación individual, surge, en primer lugar, la cuestión de la competencia de terceros por los sesgos: al respecto, distingue SILVA SÁNCHEZ entre un "*deber de garante de protección* de terceros frente a sus propios sesgos (por ejemplo: el deber de garante del empresario frente a los sesgos de adaptación al riesgo del trabajador)", y un "*deber de garante de control*

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 281.

atribuible de nuevo al administrador o directivo con respecto al subordinado con sesgos (deber de vigilancia para evitar que los sesgos generados por la organización redunden en perjuicio de terceros)".¹⁰⁰ Por otra parte, la exigencia de que toda delegación de competencias en la empresa vaya acompañada de la suficiente información resulta especialmente relevante en lo que a la prevención de sesgos cognitivos respecta: el superior jerárquico que delega en quien no puede tener un conocimiento suficiente de los procesos afectados no puede esgrimir dicha delegación en su descargo. La problemática puede adoptar también una estructura diversa: en organizaciones muy tecnocráticas, donde los analistas e ingenieros tienen mayor poder material que los propios directivos y éstos se convierten prácticamente en sus "encargados" (que formalizan casi "a ciegas" decisiones tomadas por aquellos),¹⁰¹ resulta razonable pensar que en ocasiones la posición de garantía se habría transmitido desde quien la ostenta formalmente –el directivo o administrador– a quien la ejerce materialmente –el analista que tiene el conocimiento especial–. Esta transmisión se puede paralizar tan pronto como el analista transmita la información al directivo con la claridad y el detalle suficiente como para neutralizar los posibles sesgos en los que aquel pueda incurrir; en cualquier caso, la organización misma debe protocolizar correctamente la relación entre ambas líneas.

La segunda pregunta relevante tiene que ver con la posibilidad de que un nivel "meso" muy criminógeno pueda aminorar las responsabilidades en el nivel "micro"; dicho de otro modo, si los sesgos radicados en la organización pueden aminorar el injusto o la culpabilidad de los individuos que operan bajo su influjo.¹⁰² En lo que respecta a la parte subjetiva del injusto, SILVA SÁNCHEZ sostiene que "los sesgos cognitivos podrían manifestarse como errores sistematizados generados en una imprudencia o incluso en el dolo del sujeto", y que por ello la atribución de responsabilidad a quien actúa sesgado estaría determinada por su deber y su capacidad de evitar o de corregirlos *in causa*.¹⁰³ No se puede descartar que algunos de esos sesgos sean normativamente inevitables, especialmente cuando la propia organización haya ejercido una presión suficientemente relevante sobre sus integrantes, por ejemplo mediante climas de excepcionalidad o de estrés. Aquí la doctrina sobre los errores culturalmente motivados puede proporcionar algunos rendimientos, en la medida en que la propia organización puede ser considerada una sub-cultura y que en determinados casos sus miembros actúan con la conciencia (errónea) de estar obedeciendo normas (de la empresa) válidas.¹⁰⁴ Tampoco se puede descartar la existencia de escenarios de inexigibilidad, estados de necesidad exculpantes y diferentes formas de atenuación de la responsabilidad: como ha apuntado parte de la doctrina alemana, el descubrimiento de factores criminógenos en el nivel "meso" (sistémico, estructural, organizativo, cultural) no sólo es compatible sino que en el fondo debería llevar coherentemente a preguntarse por una disminución de la responsabilidad de quienes operan bajo su influencia¹⁰⁵. No se trata de

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 279.

¹⁰¹ Cfr. MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, 1995, p. 359 ss.

¹⁰² Al respecto, SCHUMACHER, *NJW*, (35), 1980, pp. 1883 ss., quien discute los efectos de las dinámicas de grupo y su afectación al concepto de acción libre, de dolo y de dominio del hecho.

¹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 268.

¹⁰⁴ Sobre la aplicación de la teoría de las subculturas a la empresa, BRAITHWAITE, *Justice Quarterly*, (6-3), 1989, pp. 339 s. También, NIETO MARTÍN, en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 50 ss.

¹⁰⁵ Así, PRITTWITZ/GÜNTHER, «Individuelle und Kollektive Verantwortung im Strafrecht», *FS-Hassemer*, 2010, p. 352: "debe reconocerse que una responsabilidad imputable colectivamente disminuye la medida en que

una correlación automática, claro está, especialmente por cuanto la evitación de dinámicas y sesgos criminógenos compete también a determinados individuos, concretamente a los directivos y administradores¹⁰⁶; se trata, por el contrario, de analizar en qué casos y con qué consecuencias dogmáticas el conocimiento o la voluntad individual estaban afectados por dinámicas y sesgos que iban más allá de la competencia del propio autor.¹⁰⁷ Esa modulación se puede integrar a la luz del art. 31 ter. 1 CP, en virtud del cual, "cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona jurídica y persona física] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos".

3. Balance

El presente artículo tenía como objetivo mostrar que, igual que la comprensión e imputación del delito individual necesitó de las aportaciones de otras ciencias como la filosofía moral, la antropología o la psicología para perfeccionarse, la comprensión e imputación de delitos en el ámbito organizativo debe nutrirse, en igual medida, de los conocimientos de la sociología, la psicología y la criminología de las organizaciones, sobre los cuales aquí se ha ofrecido una aproximación. Estos conocimientos son útiles, al menos, para los siguientes extremos:

(i) en primer lugar, el análisis sociológico de los factores criminógenos de la delincuencia empresarial y su localización en los niveles "macro", "micro" y "meso" facilita no sólo la localización y por tanto prevención del surgimiento de dichos factores, sino además la clarificación de a quién es posible imputárselos, si al propio Estado (en casos de complicidad empresa-Estado, por ej.), a la organización (en casos donde existan defectos en su estructura organizativa) o a los individuos (cuando los factores criminógenos sean de su competencia, como determinados liderazgos tóxicos).

(ii) situados en el nivel "meso", la distinción entre estructura y cultura organizativas se encuentra en el centro de buena parte de las discusiones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de qué debe reputarse como su injusto y culpabilidad; en ese sentido, la

puede imputarse justamente la responsabilidad individual"; PRITTWITZ, «La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los Compliance officers», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 210, alertando de que en el ámbito del *compliance* hay que estar atento ante posibles "desplazamientos de la responsabilidad por riesgos sistémicos a individuos que no han de ser hechos responsables de tales riesgos"; LAMPE, *ZStW*, (106), 1994, p. 683. También, recogiendo la doctrina alemana: SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 279 y s.; EL MISMO, «La actuación en una empresa como atenuante del delito», *InDret*, (2), 2009, Editorial. Muy temprano, SCHUMACHER, *NJW*, (35), 1980, p. 1883, en referencia a los artículos 20 y 21 del StGB. También, en el plano ético, en términos de excusa (no justificación), HEALTH, *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, p. 609; explorando dogmáticamente dicha posibilidad, aunque en un contexto de "estructuras de pecado" no siempre trasladable a la empresa, PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por delitos atroces*, 2016.

¹⁰⁶ LAMPE, *ZStW*, (106), 1994, pp. 732 ss. Más adelante (pp. 744 s.): "A los miembros de una empresa económica con tendencia criminal debe imputárseles responsabilidad sistémica siempre que, en la posición directiva (como miembros del "brain area"), sean competentes de la filosofía criminógena de la empresa y de los déficits de organización empresarial". En el contexto de los delitos de genocidio y lesa humanidad, en sentido similar: PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por delitos atroces*, 2016, parte III.

¹⁰⁷ En ese sentido, SCHUMACHER, *NJW*, (35), 1980, p. 1884, quien concluye que la respuesta acerca de las consecuencias de estas influencias no puede ser general sino muy dependiente del caso.

sociología de la organización puede ayudar a clarificar dicha discusión, y, según la tesis aquí asumida, avala la conclusión de que la cultura corporativa no puede actuar como equivalente funcional de la culpabilidad individual, tanto por razones probatorias como conceptuales.

(iii) por último, la sociología y la criminología permiten realizar un panorama de las dinámicas criminógenas y los sesgos cognitivos y volitivos que deberían ser objeto del *compliance*, y cuya existencia puede proporcionar información relevante tanto a efectos de dar contenido al injusto de la organización, como también y eventualmente a efectos de descargar de responsabilidad a quienes actúan bajo su influjo.

4. Bibliografía

ADAMS/BALFOUR (2012), «The dynamics of Administrative Evil in Organizations», en JURKIEVICZ (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M.E. Sharpe, Nueva York, pp. 16 ss.

ARENDT (2010), *Eichmann en Jerusalén*, DeBolsillo, Barcelona.

AYALA GONZÁLEZ(2019), «¡Houston, tenemos un problema! la indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9417), pp. 1 ss.

—————(2019), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*,(1), pp. 1 ss.

BAER (2009), «Governing Corporate Compliance», *Brooklyn Law School. Research Paper*, (166), pp. 1 ss.

BERMEJO/PALERMO (2013), «La intervención delictiva del *compliance officer*», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 171 ss.

BILSKY (2012); «Hannah Arendt's Judgement of Bureaucrazy», en GOLDONI/MCCORKINDALE (eds.), *Hannah Arendt and the Law*, 2012, pp. 271.

BONGER (1916), *Criminality and economic conditions*, Little Brown, Boston.

BRAITHWAITE (1989), «Criminological Theory and Organizational Crime», *Justice Quaterly*, 1989, pp. 334 ss.

CASTELLVI (2019) *El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tesis doctoral, UB, Barcelona.

CIGÜELA SOLA (2019), *Crimen y castigo del excluido social*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

—————(2016), "El injusto estructural de la organización", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

—————(2016), «Collective Organizations as Meta-subjects», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4), pp. 242 ss.

—————(2015), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

DIAMANTIS (2017), «Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment», *Iowa Law Review*, (103), pp. 507 ss.

DIGMAN (2013), «The future of Shareholders Democracy in the Shadow of the Financial Crisis», *Queen Mary University of London. Legal Studies*, (138), pp. 639 ss.

ENGELHART (2013), «Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer „Neuen Strafrechtswissenschaft“?», *Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung*, pp. 208 ss.

ENT/BAUMEISTER, (2012), «The four roots of Organizational Evil», en JURKIEVICZ (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M.E. Sharpe, Nueva York.

FREUD (1979), «Psicología de las masas y análisis del yo», en EL MISMO, *Obras Completas, Vol. 18 (1920-22)*, Amorrortu, Buenos Aires, pp. 69 ss.

GARCÍA ALBERO (2018), «La medición del riesgo penal corporativo: principales problemas», MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coord.), *Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, pp. 549 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ(2016), «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, (1514), pp. 1 ss.

—————(2012), «La culpabilidad de la persona jurídica», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Navarra, pp. 153 ss.

—————(2012), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Navarra, pp. 109 ss.

—————(2006), «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Eelectrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8-5), pp. 1 ss.

GÓMEZ TOMILLO (2015), *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra.

HASLAM/REICHER (2017), «50 Years of "Obedience to Authority": From Blind Conformity to Engaged Followership», *Annual Review of Law and Social Science*, (13), pp. 59 ss.

HEALTH (2008), «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», *Journal of*

Business Ethics, (83), pp. 595 ss.

HEFENDEHL (2005), «Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (6), pp. 444 ss.

HEINE (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden.

JONAS (1995), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona.

JURKIEVITZ (2012), «Introduction», en EL MISMO (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M.E. Sharpe, Nueva York, pp. XIX ss.

JURKIEVITZ/GROSSMAN (2012), «Evil at work», en EL MISMO (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M.E. Sharpe, Nueva York, pp. 3 ss.

KAHNEMAN (2016), *Pensar rápido, pensar despacio*, 9ª ed., Debate, Barcelona.

KOHN (1986), *No Contest: The Case Against Competition*, Houghton Mifflin, Boston.

KÖLBEL, «Corporate Crime, Unternehmenssanktion und Kriminelle Verbandsattitüde», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), pp. 552 ss.

KUHLEN (2013), «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en EL MISMO/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 51 ss.

LAMPE (1994), «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (106), pp. 683 ss.

LAUFER (2006), *Corporate bodies and guilty minds. The failure of the corporate criminal liability*, University of Chicago Press, Chicago/Londres.

LE BON (1895), *Psychologie des foules* (1905, 9ª ed.), Édition Félix Alcan, París.

LIPPENS (2001), «Rethinking Organizational Crime and Organizational Criminology→», *Crime Law and Social Change*, (35-4), pp. 319 ss.

LUHMANN (2010), *Organización y decisión*, Herder, Mexico D.F.

———(1995) *Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Fráncfurt.

MAYNTZ (1967), *Sociología de la organización*, Alianza, Madrid.

MERTON (1938), «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, (3-5), pp. 672 ss.

MICHALOWSKI/KRAMER (2006), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and*

Government, Rutgers University Press.

MILGRAM, (1980), *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, 4º ed., Desclee De Brouwer, Bilbao.

NIETO MARTÍN(2015), «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 50 ss.

—————(2013), «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 y ss.

—————(2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

ORTIZ DE URBINA (2018), «Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de 'cultura de cumplimiento'», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Navarra, pp. 369 ss.

ORTIZ DE URBINA/CHIESA (2019), «'Compliance' y responsabilidad penal de entes colectivos en EEUU», en GÓMEZ COLOMER (coord.), *Tratado sobre Compliance*, Tirant, Valencia (en prensa).

PARKER (2000), *Organizational Culture and Identity*, Sage, Londres.

PEREIRA GARMENDIA (2016), *Responsabilidad por delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, Dykinson, Madrid.

PRITTWITZ/GÜNTHER (2010), «Individuelle und Kollektive Verantwortung im Strafrecht», enHERZOG/NEUMANN (eds.) *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller Verlag, Heidelberg, pp. 331 ss.

RAGUÉS I VALLÈS (2013), «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal», *Revista discusiones*, (13), pp. 11 ss.

ROMEO CASABONA (2018), «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de Seguridad», *Revista Penal*, (42), pp. 165 ss.

ROSS (1907), *Sin and Society*, Houghton, Mifflin.

ROTSCH (1998), *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Nomos, Baden-Baden.

SACHOULIDOU (2019), *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung: Ein strafrechtlicher und interdisziplinärer Diskurs*, Mohr Siebeck, Tubinga.

SCHERER/PALAZZO (eds.) (2008), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Elward Elgar, Cheltenham.

SCHEIN (2010), *Organizational Culture and Leadership*, 4ª ed., John Wiley & Sons, San Francisco.

SCHERER, (2015), «Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies», SINGER, *Corporate moral agency and artificial intelligence. In Human Rights and Ethics: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, IGI Global, pp. 505 ss.

SCHUMACHER (1980), «Gruppendynamik und Straftat», *Neue Juristische Wochenschrift*, (35), pp. 1880ss.

SCHÜNEMANN (1979), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit des Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Karl Heymanns Verlag, Colonia.

SILVA SÁNCHEZ (2018), «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», en GÓMEZ-JARA, *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Navarra, pp. 643 ss.

———(2016) *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer/BdF, Madrid/Buenos Aires.

———(2009), «La actuación en una empresa como atenuante del delito», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), Editorial.

SUTHERLAND (1999), *El delito de cuello blanco* (trad. de la edición de 1949 a cargo de Rosa del Olmo), La piqueta, Madrid.

TEUBNER/WILLKE (1984), «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, (5), pp. 4 ss.

VAN ERP (2018), «The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences», *Administrative Science*, (8-36), pp. 1 ss.

VAN ROOIJ/FINE (2018), «Toxic Corporate Culture: Assessing Organizational Processes of Deviancy», *Administrative Science*, (8-23), pp. 1 ss.

VAUGHAN (2002), «Criminology and the Sociology of Organizations», *Crime, Law and Social Change*, (37), pp. 117 ss.

———(1999), «The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct and Disaster», *Annual Review of Sociology*, (25), pp. 271 ss.

VV.AA. (2018), *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, Aranzadi, Navarra.

WEBER (1964), *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México D.F.

ZUGALDÍA ESPINAR(2018), «La teoría jurídica del delito de la persona jurídica en la

jurisprudencia», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Navarra, pp. 773 y ss.

———(2017), «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, (121), pp. 9 ss.