

# SESGOS COGNITIVOS Y DINÁMICAS EMPRESARIALES: EL LADO “SUBJETIVO” DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

**Andrés Felipe Díaz Arana<sup>1</sup>**

Las conclusiones del *Behavioral Law and Economics*, cada día con mayor aceptación, demuestran que las actuaciones del ser humano no están determinadas en todos los contextos por una reflexión racional, sino que, con frecuencia, se encuentran intervenidas por sesgos cognitivos que limitan su racionalidad, voluntad o autointerés. En grupos organizados con dinámicas preestablecidas fuertemente arraigadas, el comportamiento del individuo se ve comprometido por los influjos que éstas imponen, tácita o expresamente, y que limitan su conciencia del riesgo, de la antijuridicidad o, en casos extremos, la posibilidad (exigibilidad) real de una conducta alternativa. Esto supone un cambio de paradigma en la imputación subjetiva del injusto en contexto de dinámicas de grupo y, claro, nuevos retos para quien tiene el deber de garantizar el nivel de riesgo en la dinámica grupal.

## Sumario:

I. Introducción II. Sesgos cognitivos y programa de cumplimiento III. Reflexión final

## I. Introducción

Tradicionalmente, los modelos de imputación del injusto han partido de la idealización del hombre medio, a veces discriminado según la posición del autor. Así, por ejemplo, a lo largo del siglo pasado, la comprobación de la violación objetiva del deber de cuidado estuvo dominada por la aparición de

---

<sup>1</sup> Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Grado Cum Laude. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España), acreedor del Premio al Primer Puesto en la edición 2014-2015. Magister en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona, tesis calificada Matrícula de Honor por Unanimidad. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Profesor Titular en pregrado y posgrado en distintas universidades. Autor de varias publicaciones académicas sobre derecho penal y política criminal en revistas nacionales e internacionales. Director Académico y Presidente del Consejo Editorial de Primera Línea.

modelos como el *hombre prudente*<sup>2</sup>, *hombre diligente* y *hombre inteligente*<sup>3</sup>, en general, o el *buen padre de familia*, *buen médico* y *buen hombre de negocios*, entre varios otros modelos específicos al rol ocupado por el agente<sup>4</sup>. Aunque cada uno ofrecía algunas particularidades propias del rol respectivo, todos tenían en común que resultaban del intento por determinar el grado de concordancia o discordancia de la conducta del agente con el comportamiento debido a partir de la respuesta a la pregunta: “*Idealmente, ¿cómo se habría comportado el hombre promedio, puesto en la posición del autor?*”<sup>5</sup>.

Sin embargo, cualquiera de estos modelos también tiene en común con los demás la aceptación de una premisa tácita, que fundamenta todo el juicio de concordancia o discordancia anteriormente referido: *el hombre, idealmente, se comporta de manera racional*. Este postulado, propio de la economía clásica que concibe al hombre como *homo oeconomicus*<sup>6</sup> no es aceptado universalmente y, de hecho, la perspectiva conductual del Derecho y la Economía (“*Behavioral Law and Economics*”) parte de un postulado distinto. Según este sector de la doctrina contemporánea, el comportamiento del ser humano no está determinado por la estricta reflexión racional en todos los contextos. Por el contrario, existen contextos específicos en los cuales la interacción del individuo con dinámicas preestablecidas altera su juicio y condiciona su actuar, bien por un influjo en la razón (*bounded rationality*), en la voluntad (*bounded willpower*) o en el autointerés (*bounded self-interest*)<sup>7</sup>.

Cualquiera de estas alteraciones afecta significativamente la posibilidad de confiar legítimamente en el cumplimiento idóneo del deber de cuidado en la conducta del individuo y, en consecuencia, se

---

<sup>2</sup> Sobre el importante consenso que se logró consolidar sobre esta figura en el siglo XX ver: MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho penal. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. y JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal. 4a ed. Trad. De Manzanares Samaniego. Madrid: Comares, 1993, quienes dan fe de la predominancia de tal figura durante la segunda mitad del siglo pasado en la doctrina alemana. Igualmente puede verse la STS 18-10-1979 (A. 3737) y 16-6-1987 (A. 4955) que caracterizan una corriente sumamente decantada en el Tribunal Supremo español. Entre muchos otros que han propugnado en algún momento por esta figura se encuentran: WELZEL. Derecho penal alemán. Ediciones Jurídicas Chile. 1993. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 79; KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gómez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, 122 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal. 4a ed. Comares. 1993. Trad. De Manzanares Samaniego, 255.; ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2ª edición. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, 209. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal: parte general. 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 442, entre otros.

<sup>3</sup> Para un amplio panorama de las diversas denominaciones que ha tenido esta figura a lo largo de la historia del Derecho penal ver: REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. 3ª Ed. Bogotá: Temis, 2005. 116 nota 15.

<sup>4</sup> Con mayor detalle: DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. Sobre la relevancia de los llamados “conocimientos especiales” en la violación al deber objetivo de cuidado. En: Revista Libertas, No. 2 (julio, 2014). Fundación Internacional de Ciencias Penales. ISSN: 2254-6278. Pp. 149 y ss.

<sup>5</sup> En contraposición al modelo de previsibilidad individual en la determinación del deber de cuidado, que toma como punto de partida la verificación de todas las posibilidades de evitación del resultado lesivo con las que contaba el agente en concreto. Al respecto: DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. La previsibilidad individual como fundamento de la imprudencia. En: POSADA MAYA, Ricardo et al (coords.). Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. VI. Bogotá: Ibañez, 2017. ISBN 978-958-749-801-1.

<sup>6</sup> Vid.: McAdams/Ulen, “Behavioral Criminal Law and Economics”, en University of Illinois Law and Economics Research Paper n° LEO-8-035, 2008, pp. 2 y ss. Citado por: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Segunda Ed. Madrid: Edisofer, 2016. P. 251 nota 6.

<sup>7</sup> Por todos: SILVA SÁNCHEZ, J. Op. Cit., 2016. Pp. 248-249.

constituye como un riesgo relevante a la hora de diseñar e implementar un programa de cumplimiento para la empresa. Por ello, conviene tener claridad respecto de la naturaleza de este fenómeno, su impacto en la dinámica corporativa y su relevancia para los programas de cumplimiento.

## II. Sesgos cognitivos y programa de cumplimiento

Los influjos del contexto sobre el sujeto relacionados anteriormente producen los llamados “sesgos cognitivos”; una alteración en la percepción de la realidad que impide al agente formarse una imagen acertada de ésta y ordenar su comportamiento en consecuencia. En el ámbito de la empresa, según explica el Prof. SILVA SÁNCHEZ<sup>8</sup>, los sesgos cognitivos propios de las dinámicas de grupos suelen aparecer, entre otras, bajo las siguientes formas:

- Sesgo de exceso de confianza (*overconfidence bias*), en el cual la apreciación subjetiva de la posibilidad de evitar el resultado lesivo se encuentra distorsionada por el exceso de confianza del agente en sus propias habilidades o capacidades.
- Sesgo de exceso de optimismo (*overoptimism bias*), en el cual la confianza del agente en la no producción del resultado lesivo se encuentra distorsionada por una infundada favorabilidad en la evaluación de las probabilidades.
- Sesgo de ilusión de control (*illusion of control bias*), en la cual el agente asume el control de eventos que, en realidad, son ajenos a su poder.
- Sesgo de la confirmación (*confirmation bias*), en la cual el agente se forma una idea que somete a prueba, pero inconscientemente descarta las evidencias que la contradicen, por considerarlas poco fiables, inútiles o incongruentes.
- Sesgo de conformidad (*conformity bias*), en la cual el agente demuestra una tendencia marcada a mostrarse conforme con la opinión mayoritaria, solo por ser mayoritaria.
- Sesgo de obediencia a la autoridad (*obedience to authority bias*), en el cual el agente tiende a asumir como ciertas las premisas dictadas por la autoridad, dando por sentado su mayor discernimiento, conocimiento o experiencia.

Estos sesgos se cultivan en el trabajador individual como fruto de las dinámicas empresariales colectivas consolidadas a lo largo de años de operación, contribuyendo al arraigo de un patrón conductual predeterminado y, correlativamente, impidiendo la revisión y corrección de hábitos

---

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. Op. Cit., 2016. Pp. 247 y ss.

inadecuados. Ciertamente, la habituación a la tarea respectiva, la confirmación reiterada de la no producción del resultado lesivo, la reafirmación de las aptitudes colectivas del grupo y el respaldo del equipo de trabajo, sumado al anonimato que brinda el manto del actuar colectivo, impactan considerablemente en la conciencia de la responsabilidad individual del propio agente, del riesgo creado o del grado de desaprobación del mismo. Todos estos factores, propios de las dinámicas de grupos altamente organizados, contribuyen en últimas a la consolidación de un patrón de conducta imprudente en el agente individual motivado en una apreciación distorsionada de la realidad.

Frases como: “llevamos 20 años haciendo esto, y nunca nada malo ha ocurrido”; “esta es una empresa responsable, con un equipo de trabajo calificado, si ellos así lo hacen, seguramente han contemplado todos los riesgos”; “somos gente decente, aquí nadie haría nada indebido”, y similares, son signos de alerta sobre riesgos asociados a sesgos cognitivos que entorpecen la reflexión individual del agente en relación con la conducta atada a la dinámica grupal. Cuando estos riesgos no son administrados en debida forma, pueden resultar en un actuar culposo en forma de negligencia o, incluso, en casos extremos, en un actuar doloso en forma de ceguera voluntaria<sup>9</sup>. Y, desde la perspectiva empresarial, es de suma importancia tomar en consideración que, si bien los sesgos cognitivos no siempre anulan el reproche personal al individuo<sup>10</sup>, cuando ellos son fruto de una dinámica consolidada en el contexto empresarial, pueden acarrear un grado autónomo de responsabilidad de quien tiene que garantizar el cumplimiento de los deberes de cuidado al interior de la compañía<sup>11</sup>.

Ciertamente, los factores de riesgo asociados a la empresa no son solamente de índole objetivo, sino también de índole subjetivo, como los que ocupan esta columna. Por ello, la doctrina contemporánea ha empezado a hablar de deberes de “evitación de la automatización de la información” y de “actualización y revisión periódica de la información automatizada”<sup>12</sup>, como parte de aquellos en cabeza de quien tiene posición de garante respecto del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos desaprobados al interior de la compañía.

En consecuencia, un programa de *compliance* que desconozca esta realidad, ciego al influjo de las dinámicas de la empresa en relación con los sesgos que aparezcan en el personal, está destinado al fracaso. Con razón, la doctrina mayoritaria contemporánea considera al respecto que:

---

<sup>9</sup> Cfr.: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2008. Pp. 63 y ss.

<sup>10</sup> Jäger, *Individuelle Zurechnung*, pp. 46-47, citado por: SILVA SÁNCHEZ, J. Op. Cit., 2016. P. 280.

<sup>11</sup> “Cabría advertir tanto 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), como un deber de garante de control 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)”. SILVA SÁNCHEZ, J. Op. Cit., 2016. P. 279.

<sup>12</sup> *Ibíd.* P. 264.

**[L]os Programas de Cumplimiento (compliance programs) deberán prever la asistencia obligatoria de los directivos y empleados a cursos de formación orientados a la prevención, detección y, en su caso, neutralización de sesgos cognitivos y fuerzas situacionales.** (...) [E]n los programas de cumplimiento, se debería prever un sistema de control constante sobre la tendencia de los sujetos (y del grupo) a los sesgos cognitivos y a la influencia nociva del contexto. Dicho sistema debería ocuparse de los ‘pensamientos más comúnmente racionalizados’ dentro de la empresa, como, por ejemplo, ‘business is business’, ‘we are a good and wise group’, entre otros, y a partir de allí procurar corregirlos’. En fin, las empresas deberían contemplar el modo en que las auditorías (internas y externas) pudieran integrar, entre sus funciones, la detección y corrección de aquellas prácticas ilícitas de los administradores que tuvieran su origen en sesgos cognitivos<sup>13</sup>.

(Énfasis fuera del texto original)

Naturalmente, el incumplimiento evitable de estos deberes de prevención, detección y neutralización de sesgos cognitivos al interior de la empresa acarrea un grado de responsabilidad, como mínimo, a título de imprudencia para la persona garante del cumplimiento de los deberes de cuidado al interior de la empresa. Tan relevantes son los sesgos cognitivos en la determinación de la violación al deber de cuidado empresarial que, incluso, se ha sugerido la figura de la “*autoría mediata por aprovechamiento del sesgo cognitivo*” como una modalidad de imputación del injusto a quien se vale de este fenómeno dolosamente, utilizando a otro como instrumento<sup>14</sup>.

### III. Reflexión final

A decir verdad, la idea de que el comportamiento humano se encuentra determinado, entre otros, por factores contextuales no es original del *Behavioral Law and Economics*, ni la evaluación de sesgos cognitivos en el agente es el único criterio que se relaciona con la comprobación de la libertad individual como fundamento de la imputación subjetiva del injusto<sup>15</sup>. Otras disciplinas, como la filosofía de la

---

<sup>13</sup> Ibid. P. 267.

<sup>14</sup> “La posibilidad de una imputación en autoría mediata por contribución a la creación o bien por aprovechamiento de sesgos cognitivos ajenos debe ser asimismo considerada”. SILVA SÁNCHEZ, J. Op. Cit., 2016. P. 279

<sup>15</sup> Al respecto: DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. *Entre el (in)determinismo “físico” y el “psicológico”: ¿responsabilidad moral por acciones o por resultados?* En: Revista de derecho público. No. 30 (junio, 2013). Universidad de los Andes. ISSN: 1909-7778.

mente, la psicología o las neurociencias presentan también sus propias consideraciones, relevantes a efectos de comprobar la posibilidad y legitimidad de imputar personalmente el injusto típico<sup>16</sup>.

Sin embargo, en esta oportunidad hemos querido destacar la importancia práctica y teórica que tienen los llamados *sesgos cognitivos* en relación con las dinámicas grupales, de cara a los deberes de cuidado empresariales. Esta corta reflexión buscó, únicamente, llamar la atención sobre un fenómeno que, a veces, por no ser tan aparente como otros, es relegado a un segundo plano en el diseño e implementación de los programas de cumplimiento empresariales y, que, sin embargo, es tan real como cualquiera.

En las anteriores líneas, ha quedado apenas sugerida la vital importancia que tiene el fenómeno que nos ocupa para la construcción e implementación de un programa de cumplimiento idóneo, específico y efectivo a la hora de administrar los riesgos propios de la actividad empresarial. En efecto, solamente cuando se incluye este factor en el diseño de mapas de riesgo de la empresa puede apreciarse con claridad toda su dimensión. Por eso, es de vital importancia para el cumplimiento satisfactorio de los deberes de cuidado empresariales que los programas diseñados para asegurar tal efecto estén en todo momento dirigidos a la prevención, detección y neutralización de los sesgos cognitivos implantados por las dinámicas de grupo propias de la empresa.

En definitiva, un programa de *compliance* que desconozca el impacto que tiene la constatación de la adecuada representación individual de la realidad de parte de cada trabajador en relación con la legitimidad de la confianza que se pueda tener en el adecuado funcionamiento colectivo de la empresa inevitablemente está destinado a fracasar en su empeño. Al fin y al cabo, de poco sirve administrar todos los factores objetivos de riesgo si se desatiende la verificación de su correcta comprensión por parte de quienes van a operarlos.

## Bibliografía

DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. Sobre la relevancia de los llamados “conocimientos especiales” en la violación al deber objetivo de cuidado. En: Revista Libertas, No. 2 (julio, 2014). Fundación Internacional de Ciencias Penales. ISSN: 2254-6278.

---

<sup>16</sup> Cfr.: DÍAZ ARANA, Andrés Felipe. *Las mentes libres en el Derecho penal*. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho, No. 1 (enero, 2016). ISSN: 1698-739X.

\_\_\_\_\_. La previsibilidad individual como fundamento de la imprudencia. En: POSADA MAYA, Ricardo et al (coords.). Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. VI. Bogotá: Ibañez, 2017. ISBN 978-958-749-801-1.

\_\_\_\_\_. Entre el (in)determinismo “físico” y el “psicológico”: ¿responsabilidad moral por acciones o por resultados? En: Revista de derecho público. No. 30 (junio, 2013). Universidad de los Andes. ISSN: 1909-7778.

\_\_\_\_\_. Las mentes libres en el Derecho penal. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho, No. 1 (enero, 2016). ISSN: 1698-739X.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal. 4a ed. Trad. De Manzanares Samaniego. Madrid: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gómez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho penal. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal: parte general. 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2008.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. 3ª Ed. Bogotá: Temis, 2005.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2ª edición. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Segunda Ed. Madrid: Edisofer, 2016.

WELZEL. Derecho penal alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ediciones Jurídicas Chile, 1993.