

BEHAVIORAL COMPLIANCE: ÉTICA CONDUCTUAL Y
CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Daniel Tejada Plana

ÍNDICE

I. COMPORTAMIENTO Y COMPLIANCE	2
II. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA ÉTICA CONDUCTUAL (<i>BEHAVIORAL ETHICS</i>) .	8
2.1 Behavioral ethics meets behavioral law and economics	8
2.2 Usando la ética conductual para iluminar algunos puntos ciegos.....	11
2.3 ¿Por qué yo...si todo el mundo lo hace?	18
2.4 <i>JUST-IN-TIME COMPLIANCE</i>	24
2.5 Compliance e incentivos.....	28
III. <i>BEHAVIORAL ETHICS</i> Y <i>COMPLIANCE</i> : UNA SIMBIOSIS EN PRO DE LA EFICACIA	30
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN	38

BEHAVIORAL COMPLIANCE: ÉTICA CONDUCTUAL Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO

*Daniel Tejada Plana **

I. COMPORTAMIENTO Y COMPLIANCE

La eclosión en nuestro Derecho Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010 y su posterior consolidación en 2015 ha llevado a la doctrina penal a tener que ocuparse de conceptos hasta entonces desconocidos y más propios de otras disciplinas sociales. Creo que no me equivoco si afirmo que, el Derecho Penal, como disciplina social, no puede (ni mucho menos debe) operar al margen de otras disciplinas sociales. Esta afirmación se ve reforzada cuando insertamos el Derecho Penal en contextos organizativos que trascienden al comportamiento individual y que hacen que muchas de las asunciones sobre cómo y por qué los individuos se comportan como lo hacen han de ser estudiadas y repensadas de la mano, precisamente, de esas otras ciencias sociales en (la Economía y, muy particularmente la Psicología y la Sociología de las organizaciones) ¹.

Dicho de otro modo: el comportamiento humano no puede ser un convidado de piedra en la confección de los programas de *compliance*. La consideración de cómo nos comportamos y por qué lo hacemos de ese preciso modo –sobre todo en contextos organizativos– no puede obviarse en la confección de un programa de *compliance* realmente eficaz del que se quiera predicar que cumple con sus objetivos de prevención, detección y reacción ante los incumplimientos por él sancionables. No se debe abandonar la construcción de los programas de *compliance* a una suerte de *absolutismo ilustrado conductual* (todo para la prevención de comportamientos delictivos, pero sin considerar cómo y por qué estos se producen).

* Abogado. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Como señalaba hace unos años Miró Llinares, en ocasiones se lleva a cabo un análisis “*se cae en la costumbre de tratar un problema desde una técnica o ciencia sin acudir a otra que ayudaría a resolverlo*”. Si bien su trabajo se refería a un ámbito ajeno al *compliance* penal, reconocía que “*en realidad podríamos decir que en el Derecho penal, no sólo en la justificación de la pena, la realidad social ha sido, en general, no ignorada pero dada por sentada*” (Fernando Miró Llinares: “La función de la pena ante “el paso empírico” del derecho penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n^o 27, 2017, p. 2.

Es cierto que a las organizaciones no son legisladores a quienes les corresponde la confección de leyes penales que desplieguen las deseadas dosis de prevención general y especial entre la población. No obstante, desde que se introdujo en 2010 la posibilidad de acompañar a las personas físicas como imputadas / acusadas en procesos penales tienen muchos incentivos (cuando menos, económicos) en *legislar ad intra* ; en construir (y, naturalmente, aplicar y supervisar) sus propios programas de *compliance* de manera que cumplan realmente su objetivo propuesto, tienen alicientes en no cometer los errores en los que muchas veces cae el legislador penal de obviar la realidad sobre la que quieren influir a través de la legislación.

En EEUU, país con mayor solera a la hora de imponer responsabilidad con el adjetivo de penal a entes colectivos ² , pese a contar con una de las armas más poderosas en materia anticorrupción (la FCPA ³), se sigue luchando por encontrar la tecla adecuada a la hora de valorar la efectividad de los programas de *compliance* ⁴ a la vez que sonados casos de corrupción siguen copando titulares y las estadísticas no parecen mejorar ⁵ . Cada vez resulta más claro que un enfoque de *compliance* basado puramente en la disuasión y en modelos de control (*command-and-control compliance*) va cediendo terreno a favor de otros modelos basados más en valores (*values-based compliance*) en donde los patrones conductuales que conforman la cultura de *compliance* deben ser objeto de seguimiento por parte de la función de *compliance* .

Como señala Langevoort, es claro que alrededor de todo el mundo (especialmente en Estados Unidos y Europa), los reguladores se han convencido de que un *compliance* adecuado debe contar con una ver-

² Hace ya 111 años que el Tribunal Supremo Federal estadounidense dictó la sentencia que dio origen a la responsabilidad penal de los entes colectivos en ese país: *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

³ Sobre la FCPA en español vid Álvaro y Daniel Tejada Plana: “The Foreign Corrupt Practices Act”, en (Coord. Íñigo Gómez Berruezo) *Compliance & Anticorrupción: Visión Práctica de la Normativa Internacional* , Aranzadi, 2020 pp. 97-129.

⁴ Tal y como reconoció en una conferencia en el año 2016 el que fuera durante más de diez años *Chief Compliance Officer* de Morgan Stanley, Stuart Breslow, la demostración de la eficacia de un programa de *compliance* es el “Santo Grial”: “The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance”, en *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* , Vol. 21, No. 1, 2016, p. 53. Vid en este sentido también Todd Haugh: “Nudging Corporate Compliance”, en *American Business Law Journal* , Vol. 54, Issue 4, 2017, p. 685. Vid también Todd Haugh: “Cadillac Compliance” Breakdown”, en *Stanford Law Review Online* , Vol. 69, 2017, pp. 198-199.

⁵ Desde 2016 se han impuesto casi 20.000 millones de dólares en sanciones en procedimientos relacionados con la FCPA, siendo la media de procedimientos abiertos en los últimos 10 años de 36 (estadísticas en {<https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2022-fcpa-year-in-review.pdf>}). Por su parte, un gigante como Bank of America suma casi 60.000 millones en multas impuestas por en diversos procesos por distintos reguladores en los últimos años ({<https://violationtracker.goodjobsfirst.org/?company=bank+of+america>}).

tiente de análisis de datos y otra conductual, sobre todo en lo que hace a empresas con un perfil de riesgo elevado. Por ello, concluye que la función de *compliance* tiene que ser más sofisticada e invertir en recursos en ambos campos ⁶.

Dicho esto, se ha de conceder que son varios los organismos públicos internacionales que ya llevan tiempo aprovechando y poniendo de relieve las enseñanzas de la psicología y de otras ciencias sociales para mejorar sus respectivos campos de influencia.

La primera experiencia de este tipo fue la desarrollada por el Gobierno de Reino Unido, que en 2010 creó el *Behavioural Insights Team* ⁷. En 2014 se desgajó del Gobierno Británico y ahora es una entidad independiente que emplea las ciencias conductuales y la arquitectura de decisiones (*nudges*) para plantear mejoras en distintos ámbitos de la política pública. Dentro del Reino Unido, la *Financial Conduct Authority* tiene una unidad especializada en ciencias conductuales (*Behavioural Science and Design Unit*) y ha publicado durante los últimos años varios informes relacionados con la economía conductual y la ética

⁶ Donald C. Langevoort: "Global Behavioral *Compliance*", en *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer, 2022, p. 228. Trayendo a colación estas reflexiones podemos hacer mención a un paper del *World Economic Forum* de diciembre de 2021 titulado "The Rise and Role of the Chief Integrity Officer: Leadership Imperatives in an ESG-Driven World", en el apartado de habilidades claves y expertise que debía tener esta nueva figura (p. 8) se indica que "While the person in charge of ethics/integrity often has a legal background, that is not a requirement in a larger organization. What is essential, however, is that the integrity lead be supported by a diverse and multidisciplinary team. Ideally, the expertise of the team members should encompass law, behavioural science, organizational psychology, sustainability, human rights, data analytics and data visualization, to name just a few." (accessible online en <https://www.weforum.org/whitepapers/the-rise-and-role-of-the-chief-integrity-officer-leadership-imperatives-in-an-esg-driven-world>).

⁷ La Unión Europea también viene aplicando las ciencias conductuales en distintas áreas de legislación. Vid Joana Sousa Lourenço, Emanuele Ciriolo, Sara Rafael Almeida y Xavier Troussard: *Behavioural Insights Applied to Policy European Report 2016*, Joint Research Centre, 2016. Vid también Peter-Wim Zuidhof: *Behavioralizing Europe: How Behavioral Economics Enters EU Policymaking*, ECPR Joint Sessions of Workshops, 2016. Sobre la aplicación de las enseñanzas conductuales en la UE, vid https://knowledge4policy.ec.europa.eu/behavioural-insights_en. El Banco Mundial es otra organización muy activa en este campo, y cuenta con un equipo específico para el estudio de las ciencias conductuales denominado Unidad de Mente, Comportamiento y Desarrollo (*Mind, Behavior and Development Unit*). Sobre esto vid World Bank: *World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior*, 2015. La OCDE también ha sido una organización muy activa en la aplicación de las ciencias sociales conductuales a la realidad práctica (*Behavioural Insights and Organizations: Fostering Safety Culture*, OECD Publishing, 2020, *Tools and Ethics for Applied Behavioral Insights: The BASIC Toolkit*, OECD Publishing, 2019 y *Behavioural Insights and Public Policy Lessons from Around the World*, OECD Publishing, 2017). De forma muy interesante, en el año 2018 la OCDE publicó un informe en el que abogaba por usar las enseñanzas de la psicología del comportamiento humano para combatir la corrupción y promover la integridad (*Behavioural Insights for Public Integrity. Harnessing the Human Factor to Counter Corruption*, OECD Public Governance Review, OECD Publishing, 2018).

conductual ⁸ . Como otros ejemplos en el mundo financiero podemos referirnos al caso del Banco Central holandés (*De Nederlandsche Bank*), que a raíz de la crisis financiera de 2007 expandió su supervisión para incluir la evaluación del comportamiento tanto a nivel individual como a nivel de grupo ⁹ , o al más reciente caso de la OSFI (*Office of the Superintendent of Financial Institutions*) canadiense, que en febrero de 2023 publicó un borrador de guía sobre *Culture and Behaviour Risk* en donde se establecen las expectativas del regulador a la hora de llevar a cabo su labor de supervisión de la cultura y evaluación del impacto de patrones conductuales en la gestión efectiva del riesgo ¹⁰ .

En este ámbito, y con una relación más directa con el objeto de este trabajo, es destacable la publicación en el mes de diciembre de 2016 por la *Financial Conduct Authority* de un documento sobre comportamiento y *compliance* en las organizaciones en donde se advertía de la relevancia de las concepciones morales del comportamiento y del contexto social en el que se toman las decisiones a la hora de influir en el comportamiento relativo al *compliance* . Siguiendo la influencia de los postulados de la ética conductual, el regulador financiero británico señalaba que las acciones de las personas están constreñidas por el deseo de verse a sí mismas como personas virtuosas y morales, y abogaba por reducir los incumplimientos legales aumentando el rol de la moral en el proceso de toma de decisiones ¹¹ .

La economía y la psicología conductuales gozan, pues, de cierto predicamento entre reguladores y autoridades. Por su parte, algunas empresas muy potentes en su sector llevan ya tiempo usando la psicología conductual para tratar de reducir los costes derivados de los procedimientos penales y civiles. En 2015, *Business Insider* publicaba un artículo titulado “*JP Morgan is working on a new employee surveillance program*” ¹² donde se podía leer como el gigante financiero había gastado casi 800 millones de euros y contratado a 2.500 trabajadores

⁸ Kristine Erta, Stefan Hunt, Zanna Iscenko y Will Bramble: *Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority*, Occasional Paper No.1, 2013.

⁹ John M. Conley, Lodewijk Smeehuijzen, Cynthia A. Williams y Deborah E. Rupp: “Can Soft Regulation Prevent Financial Crises?: The Dutch Central Bank’s Supervision of Behavior and Culture”, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 51, pp. 774-821; vid también el libro editado por la propia institución: *Supervision of Behaviour and Culture. Foundations, practice & future developments*, online en (https://www.dnb.nl/media/1gmkp1vk/supervision-of-behaviour-and-culture_tcm46-380398-1.pdf).

¹⁰ Accesible online en (https://www.osfi-bsif.gc.ca/Eng/fi-if/rg-ro/gdn-ort/gl-lId/Pages/cbrsk_dft.aspx#fnb1).

¹¹ Zanna Iscenko, Chris Pickard, Laura Smart y Zita Vasas: *Behaviour and Compliance in Organisations*, Occasional Paper No. 24, 2016.

¹² Portia Crow: *JP Morgan is working on a new employee surveillance program, April 8, 2015* (<https://www.businessinsider.com/jpmorgans-employee-surveillance-program-2015-4>).

para el área de *compliance* para vigilar el comportamiento de los empleados. En otra noticia de 2017 podíamos leer como compañías como Facebook, Bank of America, HSBC, Google, Allianz o el departamento de recaudación de impuestos de Reino Unido cuentan con (u ofrecen empleos a) expertos en análisis de conductas entre sus filas ¹³. Del mismo modo, en un reciente artículo de la *Harvard Business Review* se indica que varias de las mayores entidades financieras europeas (el antiguo *Royal Bank of Scotland* ¹⁴, ING o ABN AMRO) han implementado un enfoque conductual a la gestión del riesgo mediante la creación de equipos que analizan cuál es el germen (*root cause*) de los comportamientos arriesgados que pueden dar lugar a la imposición de severas sanciones ¹⁵.

Otro ejemplo claro de la permeabilidad de las ciencias conductuales al ámbito privado lo encontramos en el gigante farmacéutico Novartis, que en 2020 renovó su código ético no solo con el *input* de miles de empleados, sino que lo basó en postulados conductuales ¹⁶. Por su parte, un importante despacho de abogados norteamericano lanzó a finales de julio de 2020 un departamento de consultoría conductual que aunaba el asesoramiento jurídico con la aplicación de las ciencias conductuales ¹⁷.

Entroncando con lo anterior, voces autorizadas como van Rooij y Sokol destacan que el *compliance* se ha convertido en una industria propia donde predominan las posiciones jurídicas, pero resaltan que, cada vez más, las empresas acuden a consultores, economistas conductuales, psicólogos y científicos organizacionales para comprender cómo pueden lograr una aplicación práctica de las reglas redactadas por los abogados ¹⁸. En este sentido, abogan por estudiar el *compliance*

¹³ Fai Makki: *Nudge units are just the tool for effective policy*, January 9, 2017 (<https://www.thenationalnews.com/business/nudge-units-are-just-the-tool-for-effective-policy-1.639363>).

¹⁴ Más en profundidad sobre la creación en 2015 del *behavioral risk team* como equipo dentro de la función de auditoría del RBS en Henry Engles: *Remaking Culture on Wall Street. A Behavioral Science Approach for Building Trust from the Bottom Up*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 74 y ss. Del libro, son especialmente interesantes los capítulos 6 (Behavioral Science: From Theory to Practice) y 7 (U.S. Regulators: Requiring Behavioral Risk Teams).

¹⁵ Wieke Scholten, Femke de Vries y Tijs Besieux: "A Better Approach to Avoiding Misconduct", en *Harvard Business Review*, mayo-junio 2022 (online en <https://hbr.org/2022/05/a-better-approach-to-avoiding-misconduct>).

¹⁶ <https://www.novartis.com/esg/ethics-risk-and-compliance/ethical-behavior/code-ethics>.

¹⁷ La noticia se puede leer en <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/news/2020/07/ropesgray-launches-legal-industrys-first-ever-analytics-and-behavioral-science-consulting-practice>.

¹⁸ El propio van Rooij junto con Adam Fine señala, al destacar el prominente rol que los abogados juegan tanto en la redacción como en la ejecución de la compleja regulación legal creada en las sociedades modernas dirigida a prevenir diferentes tipos de comportamientos dañinos, que los abogados apenas tienen conocimientos sobre las ciencias sociales que versan sobre el

desde un punto de vista *ex ante* en lo que se refiere a la relación entre las normas y el comportamiento, de manera que se ponga el foco de atención en determinar qué mecanismos juegan un papel relevante en cómo las normas modelan el comportamiento y qué intervenciones pueden activar dichos mecanismos (en vez de buscar qué normas son adecuadas para afrontar un determinado comportamiento ya acontecido en el pasado). Para ello, destacan la necesidad de realizar un análisis empírico y de inferencia causal para conocer el funcionamiento de dichos mecanismos y procesos conductuales ¹⁹ . Es claro, pues, que conocer cómo y por qué nos comportamos debería ser un punto básico a la hora de erigir el conjunto normativo que trata de prevenir, detectar y reaccionar ante los incumplimientos que puedan darse en el entorno empresarial.

Para bien o para mal, el *compliance* a día de hoy se asemeja más a un arte que a una ciencia ²⁰ . Para lograr una mayor eficacia en la consecución de sus objetivos debemos intentar usar las herramientas que otros saberes nos brindan para ofrecer una respuesta lo más *científica* posible y que, primordialmente, tenga en cuenta el contexto organizativo y los factores situaciones a él asociados que afectan a los comportamientos que deben ser el centro de gravedad de los programas de *compliance* . Coincidimos con autores como Haugh, quien sostiene que el estudio (ético) conductual es el futuro del *compliance* porque reconoce la importancia del riesgo conductual y las realidades de cómo puede ser mitigado ²¹ .

No cabe duda de que los réditos de la aplicación de las ciencias conductuales –en particular de la ética conductual– al *compliance* poco a poco se harán más visibles y ocuparán una posición más prominente

comportamiento humano. Ante la ausencia de estudios sobre lo que denominan “revolución conductual” que ha causado sensaciones en campos como la economía o la ética, los abogados se ven forzados a recurrir a sus propias intuiciones sobre lo que constituye un comportamiento contrario a derecho, muchas de las cuales han sido empíricamente desmentidas. En definitiva, acaban lamentándose que se haya dejado la codificación legal en manos de novatos conductuales (Benjamin van Rooij y Adam Fine: *The Behavioral Code: The Hidden Ways the Law Makes Us Better or Worse* , Beacon Press 2021, p. 10).

¹⁹ Benjamin van Rooij y D. Daniel Sokol: “*Compliance as the Interaction between Rules and Behavior*”, en *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, 2021.

²⁰ Langevoort: “*Global Behavioral Compliance* ”, en *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness* , Springer, 2022, p. 219.

²¹ Todd Haugh: *Leading a Healthier Company: Advancing a Public Health Model of Ethics and Compliance* , 2021, disponible en SSRN (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3843166#). Este mismo autor sostenía en un artículo previo que, pese a que desconocía datos significativos que demostrasen que los *empujones* éticos habían aumentado el comportamiento ético dentro de las organizaciones, el uso de estos mecanismos éticos estaba a la vanguardia del *compliance* (“*The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics*”, en *California Law Review* , Vol. 8, 2017, p. 11).

en el estudio de una disciplina con mucho recorrido ²². A través de las líneas que siguen, y sobre la base de un trabajo previo ²³, se pretende humildemente aprovechar el auge de la ética conductual para despertar una curiosidad en la materia que sirva para mejorar el *compliance* tal y como se concibe hoy en día.

II. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA ÉTICA CONDUCTUAL (*BEHAVIORAL ETHICS*)

2.1 Behavioral ethics meets behavioral law and economics

Se habla mucho en la Psicología y Economía conductuales de los numerosos sesgos que alteran nuestro proceso de toma de decisiones, que suponemos racional, a la hora de abordar aspectos económicos. Sostenía Pareto en 1906 que “*a veces las acciones del hombre concreto son, salvo un ligero error, las del homo oeconomicus; a veces concuerdan casi exactamente con las del homo ethicus*” ²⁴. Transcurridos más de 100 años desde que publicase su Manual de Economía Política, la Psicología nos ha demostrado que existen numerosos sesgos cognitivos, fallos en nuestro comportamiento cuasi automatizados y que transcurren en gran medida extra muros de nuestra consciencia y que hacen que nos comportemos de forma irracional en muchos aspectos de nuestra vida.

En la obra del premio Nobel Herbert A. Simon de 1957 ²⁵ encontramos la referencia al concepto de “*bounded rationality*”, que podemos traducir al español como racionalidad limitada. Sostenía Simon que ex-

²² Es comprensible el lamento de ciertos autores sobre el hecho de que, pese al claro valor añadido que presentan las ciencias conductuales, estas no hayan alcanzado su pleno potencial dentro de las organizaciones y de que, pese a la existencia de aportaciones científicas muy relevantes y muy bien desarrolladas sobre las ciencias del comportamiento humano, no exista una ciencia de cómo las organizaciones pueden incorporar las enseñanzas de las ciencias conductuales en sus operaciones. Así, si bien sobre la base de postulados más propios de la economía conductual que de la ética conductual, proponen diversos modos en los que una organización podría beneficiarse del impacto de las ciencias conductuales para crear lo que denominan una organización basada en el conocimiento conductual (*behaviorally informed organization*) que reconozca que sus *stakeholders* (entre ellos, sus propios empleados) son seres humanos y no agentes racionales y que se guíe por aspectos empíricos más que por el copia y pega de lo que implementan otras organizaciones (Bing Feng y Dilip Soman: *Four Roles for a Behavioral Scientist within Your Organization*, online en {<https://behavioralscientist.org/four-roles-for-a-behavioral-scientist-within-your-organization>}).

²³ Daniel Tejada Plana: *Behavioral Compliance: Reforzando el compliance a través de la ética conductual*, Aranzadi, 2021.

²⁴ Vilfredo Pareto: *Manual de Economía Política*, traducción de Guillermo Cabanellas, Atalaya, 1945, p. 21.

²⁵ Herbert A. Simon: *Models of Man: Social and Rational- Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, 1957. Vid también James March y Herbert Simon: *Organizations*, Second Edition, 1993, pp. 157-192. De forma más amplia, Ricardo Viale (ed.): *Routledge Handbook of Bounded Rationality*, Routledge, 2020.

istían dos tipos de hombres racionales: el consumidor y el empresario, cada uno queriendo maximizar su utilidad / beneficio y comportándose de modo racional para ello. Pese a que Simon no disputaba en su obra la utilidad de este hombre ideal como punto de partida para muchos problemas de análisis económico, sostenía que la especificidad de los problemas a los que se enfrentaba la teoría de la organización presentaban determinadas características que hacían que esta idealización fuese inadecuada, con poco o ningún espacio de utilidad. Por ello, proponía un cambio de enfoque que tomase en consideración los límites empíricos de la racionalidad humana y su limitación en comparación con las complejidades del mundo al que debe hacer frente. Este nuevo enfoque, más apegado a la realidad del comportamiento humano, lo denominó principio de la racionalidad limitada.

Simon pretendía reemplazar la asunción de una racionalidad global del hombre económico con un tipo de comportamiento racional que fuese a su vez compatible con el acceso a la información y las capacidades intelectuales de los hombres dentro de los ambientes en donde estos se mueven ²⁶. No obstante, sostenía que una de las dificultades más importantes a las que tenía que hacer frente la teoría del comportamiento social era la incorporación a la misma de los procesos cognitivos, ya que, por aquel entonces, no existía una buena descripción de esos procesos ²⁷.

Llenando ese vacío que achacaba Simon, Feldman indica que, durante los últimos 20 años, hemos asistido a un incremento espectacular en la influencia de la psicología en el campo de la economía y, en particular, en el movimiento del análisis económico del derecho ²⁸. A resultas de ello, se han dedicado esfuerzos significativos para cartografiar los sesgos en el conocimiento humano y para examinar sus implicaciones para entender cómo los individuos se desvían del

²⁶ Herbert A. Simon: *Models of Man: Social and Rational- Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, 1957, p. 241

²⁷ Herbert A. Simon: *Models of Man: Social and Rational- Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, 1957, p. 200.

²⁸ Mucho se ha escrito sobre el análisis económico-conductual del derecho (*behavioral law and economics*) y la economía conductual (*behavioral economics*). Sin ánimo de exhaustividad, vid Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard Thaler: "A Behavioral Approach to Law and Economics" en *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, pp. 1471-1550; Russell B. Korobkin y Thomas S. Ulen: "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", en *California Law Review*, Vol. 88, No. 4, pp. 1051-1144; Daniel Kahneman: *Thinking, Fast and Slow*, Penguin RandomHouse, 2012; Cass R. Sunstein (Ed.): *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2012; Eyal Zamir y Doron Teichman (Eds.): *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014; Richard H. Thaler: *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W. W. Norton Company, 2015.

proceso de toma de decisión racional ²⁹ .

Junto con los estudios centrados en resolver los misterios del comportamiento económico irracional existe un campo que comparte apellido con la economía conductual y que, aunque probablemente sea menos conocido, puede resultar sumamente provechoso para el *compliance* penal: la ética conductual (*behavioral ethics*) ³⁰ . Esta rama del estudio del comportamiento ético mediante el uso de mecanismos y técnicas de las ciencias sociales adopta un enfoque descriptivo (no prescriptivo / normativo) y trata de explicar cómo y por qué la gente toma las decisiones éticas y no éticas que toma; es decir, en vez de establecer cómo nos deberíamos comportar llegado el caso, busca entender cómo la gente se comporta *en realidad* al enfrentarse a dilemas éticos ³¹ .

De la suma de la ética conductual ³² y el *compliance* surge lo que podemos denominar *compliance* conductual (*behavioral compliance*) . Como nos recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, el fin último de los programas de *compliance* es la promoción de “una verdadera cultura ética empresarial”; por ello, la clave para valorar la verdadera eficacia de estos programas reside en *cómo estos afectan a la toma de decisiones* de los directivos y empleados de la empresa ³³ . Esto da muestra de la relevancia del tema abordado: no podremos erigir un *compliance* eficaz si no sabemos realmente cómo y por qué los miembros de la organización ³⁴ toman las decisiones que toman

²⁹ Yuval Feldman: “Behavioral Ethics Meets Behavioral Law and Economics”, en *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* , Oxford University Press, 2014, p. 213.

³⁰ El nacimiento de la *behavioral ethics* se puede situar a principios del siglo XXI a raíz del interés de Robert Folger en trasladar el enfoque de la economía conductual al campo de la ética (en este sentido, Marshall Schminke y Manuela Priesemuth: “Behavioral Business Ethics: Taking Context Seriously”, en *Behavioral Business Ethics. Shaping an Emerging Field* , Routledge, 2012, pp. 72-73; vid también el podcast del *College of Business* de la *University of Central Florida* : “Is Behavioral Ethics Really a Thing” – {<https://business.ucf.edu/behavioral-ethics-really-thing/>}?).

³¹ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It* , Princeton University Press, 2011, p. 4.

³² Así como de otras ciencias sociales como, principalmente, la psicología. No obstante, dado el foco de la ética conductual en el estudio de los distintos fallos éticos que pueden llegar a convertirse en verdaderos desastres desde un punto de vista de *compliance* , creemos que la rama que mejor puede servir como refuerzo para el *behavioral compliance* es la ética conductual.

³³ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 26. Ya en la versión de 2011 se indicaba, de un modo similar, que “*lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, compliance guide, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el art. 31 bis en la situación específica*” (p. 19).

³⁴ En frecuente tratar de achacar los grandes escándalos –de cualquier naturaleza– a unas pocas “manzanas podridas”, dejando intacto el recipiente que las contiene (organización). Como veremos, y como nos demuestra tozudamente la ética conductual, la realidad no se

(principalmente, aquellas que pueden dar con la persona jurídica en el banquillo de los acusados ³⁵).

Muchos de los esfuerzos en tratar de mejorar los sistemas de *compliance* pasan por alto que la gran mayoría de los comportamientos poco éticos (*unethical behaviors*) ocurren extramuros de la consciencia de quien los realiza ³⁶ . Y es aquí donde la ética conductual puede aportar su granito de arena a mejorar los sistemas de *compliance* y, dentro de este universo, la cultura de *compliance* . El principal argumento de la ética conductual es que, en un gran número de casos, las personas no llevamos a cabo ningún razonamiento moral deliberado y reflexivo antes de decidir cumplir o no con la ley ³⁷ . Por ello, si nos queremos tomar en serio el diseño de intervenciones más efectivas a la hora de prevenir el surgimiento de comportamientos poco éticos, necesitamos aumentar nuestra comprensión acerca de por qué y cómo las aproximaciones racionales a la ética fallan y por qué existe un elemento de irracionalidad en nuestro proceso de toma de decisiones éticas ³⁸ .

2.2 Usando la ética conductual para iluminar algunos puntos ciegos

Como ya hemos avanzado, el comportamiento de los seres humanos dista mucho de ser perfecto y coherente. Con frecuencia, no solo

suele acomparar con esta afirmación. Así, Max H. Bazerman y Mahzarin R. Banaji: “The Social Psychology of Ordinary Ethical Failures”, en *Social Justice Research* , Vol. 117, No. 2, 2004, p. 111; Benjamin van Rooij y Adam Fine “Toxic Corporate Culture: Assessing Organizational Processes of Deviancy” en *Administrative Sciences* , Vol. 8, Issue 3, 2019, pp. 1-38. Vid también el trabajo de Muel Kaptein: *Why good people sometimes do bad things: 52 reflections on ethics at work* y los entretenidísimos libros de Dan Ariely *Predictably irrational. The hidden forces that shape our decisions* , HarperCollins, 2010 y *The (Honest) Truth About Dishonesty. How We Lie To Everyone – Especially Ourselves* , HarperCollins, 2012.

³⁵ Aunque no solo esas. Como vienen destacando una serie de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la relevancia de los programas de *compliance* va más allá de los efectos *ad extra* que puedan tener (exención / atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica), ya que sirven también como mecanismo de defensa *ad intra* de la persona jurídica frente a aquellos delitos de los que esta pueda ser víctima (desde la primera STS 316/218, de 28 de junio, podemos citar las SSTS 365/2018, de 18 de julio; 192/2019, de 9 de abril; 338/2019, de 3 de julio; 109/2020, de 11 de marzo; 192/2021, de 8 de abril; 470/2021, de 2 de junio; 893/2021, de 18 de noviembre y 10/2022, de 13 de enero de 2023).

³⁶ Max H. Bazerman y Mahzarin R. Banaji: “The Social Psychology of Ordinary Ethical Failures”, en *Social Justice Research* , Vol. 117, No. 2, 2004, p. 111. Vid también David De Cremer y Celia Moore: “Toward a Better Understanding of Behavioral Ethics in the Workplace”, en *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior* , Vol. 7, 2020, pp. 371-372.

³⁷ Yuval Feldman: *The Law of Good People. Challenging States’ Ability to Regulate Human Behavior* , Cambridge University Press, 2019, p. 20.

³⁸ David De Cremer y Win Vandekerckhove: “Managing unethical behavior in organizations: The need for a behavioral business ethics approach”, en *Journal of Management and Organization* , 23:3, 2017., p. 441.

actuamos en contra de nuestros intereses económicos, sino que también, como nos indican estudios del campo de la ética conductual, somos inconsistentes en nuestra actuación con nuestras creencias y valores.

El enfoque de la ética conductual sugiere que los empleados se comportan de forma no ética no porque lleven a cabo una elección racional y deliberada, sino que este comportamiento se debe a una serie de limitaciones o tendencias que todos los individuos tenemos³⁹. Para estos autores, la ética conductual se basa en la identificación de la naturaleza irracional del proceso de toma de decisiones éticas de las personas. Argumentan que, debido a sus “puntos ciegos”⁴⁰, no logran (logramos) ver el significado y las consecuencias poco éticas de su (nuestro) propio comportamiento. En este punto la ética del comportamiento comparte un presupuesto común con la economía conductual: los seres humanos, en cuanto que decisores, a menudo se desvían de asunciones racionales –especialmente cuando se requieren decisiones éticas–. Al mismo tiempo, sin embargo, ambas ciencias conductuales difieren⁴¹. La rama económica tiene como objetivo entender por qué la gente no siempre sigue su propio interés racional, mientras que la sección ética quiere entender por qué la gente no siempre reconoce que el interés propio motiva de forma casi automáticamente sus acciones y, por lo tanto, conduce en muchas ocasiones a comportamientos poco éticos⁴².

Para O’Grady, la ética conductual, en vez de mirar la ética y la moral desde una perspectiva filosófica o basada en reglas de conducta, explora empíricamente como la gente se comporta en realidad cuando se enfrentan a dilemas éticos dentro del amplio contexto de prescrip-

³⁹ David De Cremer y Celia Moore: “Toward a Better Understanding of Behavioral Ethics in the Workplace”, en *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 7, 2020, p. 371.

⁴⁰ Ovu Sezer, Francesca Gino and Max H Bazerman: “Ethical blind spots: explaining unintentional unethical behavior”, en *Current Opinion in Psychology*, Vol. 6, 2015, pp. 7-81; Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What’s Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011. Por su parte, Guido Palazzo, Franciska Krings y Ulrich Hoffrage emplean el concepto de “ceguera ética”: la incapacidad temporal del sujeto decisor de ver la dimensión ética de la decisión en cuestión (“Ethical Blindness”, en *Journal of Business Ethics*, Vol. 109, 2012, pp. 323-338).

⁴¹ Todd Haugh: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, en *California Law Review*, Vol. 8, 2017, p. 5.

⁴² David De Cremer y Celia Moore: “Toward a Better Understanding of Behavioral Ethics in the Workplace”, en *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 7, 2020, p. 372. Señalando esta distinción entre la economía conductual y la ética del comportamiento también Yuval Feldman: “Behavioral Ethics Meets Behavioral Law and Economics”, en *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 214; y Eyal Zamir y Doron Teichman: *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press, 2018, p. 72.

ciones sociales ⁴³ . En un sentido similar, Treviño, Weaver y Reynolds destacan que los estudios de ética conductual tratan de explicar el comportamiento individual que ocurre en el contexto de prescripciones sociales más amplias que el propio individuo ⁴⁴ .

Es evidente que de nada sirve aprender qué debemos hacer y cómo queremos comportarnos si llegado el momento crucial, la *hora H del día D* , no hacemos lo que debemos y no nos comportamos como deseamos. O, peor aún, desconocemos a qué se debe esa falta de coherencia. O peor todavía: aun habiéndonos comportado de forma contraria a nuestras creencias y deseos, nos convencemos de que ello no es así, engañándonos para hacernos creer que seguimos siendo honestos. Si una de las funciones del *compliance* es la de tratar de evitar comportamientos entre los empleados y directivos que puedan generar responsabilidad penal para la persona jurídica, es evidente que habrá de tener las herramientas necesarias para conocer por qué los empleados y directivos se comportan como se comportan y por qué en no pocas ocasiones este comportamiento difiere de lo prescrito. Es por ello necesario un enfoque descriptivo –no prescriptivo– del comportamiento humano y de los fallos éticos que nos llevan a cometer hechos poco éticos que pueden acabar fácilmente en actos delictivos.

En su conocida obra acerca de los *puntos ciegos éticos* ⁴⁵ , los profesores de las Universidades de Harvard y Notre Dame, Bazerman y Tenbrunsel, establecen que una de las principales causas por las existe un trecho entre nuestro comportamiento moral esperado y nuestro comportamiento moral verdadero se debe a que nuestro actuar ético, al igual que sucede con nuestra racionalidad, está sujeto a una serie de limitaciones psicológico-cognitivas. En este sentido, destacan el concepto de ética limitada o comportamiento ético limitado (*bounded ethicality*), que se basa en “*la idea de que nuestra capacidad de tomar decisiones éticas se ve limitada o restringida por presiones internas y externas*” ⁴⁶ .

Tal y como señalan estos autores, este concepto se centra en los procesos psicológicos que llevan a gente normal, ética y honesta a comportarse de forma éticamente cuestionable, contradiciendo sus propios estándares éticos. De este modo, sostienen que la *bounded ethi-*

⁴³ Catherine Gage O’Grady: “Behavioral Legal Ethics, Decision Making, and the New Attorney’s Unique Professional Perspective”, en *Nevada Law Journal* , Vol. 15, No. 2, 2015, p. 674.

⁴⁴ Linda K. Treviño, Gary R. Weaver y Scott J. Reynolds : “Behavioral Ethics in Organizations: A Review”, en *Journal of Management* , Vol. 32, n° 6, 2006, p. 952.

⁴⁵ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What’s Right and What to Do about It* , Princeton University Press, 2011.

⁴⁶ Vid la definición en la página web de *Ethics Unwrapped* {<https://ethicsunwrapped.utexas.edu/glossary/bounded-ethicality?lang=es>}.

cality aparece cuando las personas tomamos decisiones que perjudican a otros, de forma inconsistente con nuestras preferencias y creencias conscientes. Todos estamos a expensas de unas limitaciones cognitivas y sistémicas en nuestra moral que favorecen nuestro propio interés a expensas del de los demás y que nos impiden apreciar las implicaciones morales de nuestras decisiones ⁴⁷. Para Feldman y Kaplan, la *bounded ethicality* hace referencia a un conjunto de sesgos que evitan que la gente puede tomar decisiones éticas de manera objetiva. Es decir, este concepto implica que la gente suele ser ciega a sus actos moralmente cuestionables, de modo que les resulta fácil actuar de modo no ético sin remordimientos ⁴⁸. Así pues, nuestra ética limitada supone una restricción crítica en la calidad de nuestro proceso de toma de decisiones éticas ⁴⁹ que nos hace ver *espejismos éticos* a la hora de comparar cómo queremos comportarnos y cómo nos hemos comportado en realidad ⁵⁰.

Es frecuente encontrar en la literatura especializada ⁵¹ referencias

⁴⁷ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011, p. 5, 8 y 30; Ting Zhang, Pinar O. Fletcher, Francesca Gino y Max H. Bazerman se refieren de un modo similar a la *bounded ethicality* como la toma de decisiones poco éticas que son inconsistentes con nuestros valores éticos al margen de nuestra consciencia ("Reducing bounded ethicality: How to help individuals notice and avoid unethical behavior", en *Organizational Dynamics*, Vol 44, 2015, p. 311).

⁴⁸ Yuval Feldman y Yotam Kaplan: "Big Data & Bounded Ethicality", en *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-05*, 2018, p. 4.

⁴⁹ Dolly Chugh, Max H. Bazerman y Mahzarin R. Banaji: "Bounded Ethicality as a Psychological Barrier to Recognizing Conflicts of Interest", en *Conflicts of Interest. Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy*, Cambridge University Press, 2005, p. 79. Al tratar este concepto, Kim, Monge y Strudler sostienen que el comportamiento ético limitado supone un desafío para la toma de decisiones morales (i.e. que la *bounded ethicality* hace psicológicamente imposible tomar decisiones que reflejen los principios morales que las personas respaldan). No obstante, basándose en el comportamiento de las minorías en los experimentos de Asch, Milgram y Darley y Batson (es decir, aquellos que no mostraron un comportamiento ético limitado), defienden que pese a que la *bounded ethicality* es una perniciosa influencia, este desafío se puede superar. Recomiendan a la ética conductual en este sentido que no caiga en la *ceguera* de la que muchas veces habla y dedique los mismos recursos a estudiar el comportamiento ético (no limitado) de aquellos sujetos que los que dedica a aquellos individuos que caen presa de sus limitaciones psicológico-cognitivas (Tae Wan Kim, Rosemarie Monge y Alan Strudler: "Bounded Ethicality and The Principle That "Ought" Implies "Can"", en *Business Ethics Quarterly*, Vol. 25, Issue 3, p. 341-361).

⁵⁰ Ann E. Tenbrunsel, Kristina A. Diekmann, Kimberly A. Wade-Benzoni y Max H. Bazerman: "The ethical mirage: A temporal explanation as to why we are not as ethical as we think we are", en *Research in Organizational Behavior*, Vol. 30, 2010, pp. 153-173.

⁵¹ Francesca Gino: "Understanding ordinary unethical behavior: why people who value morality act immorally", en *Current Opinion in Behavioral Sciences*, Vol. 3, 2015, pp. 107-108; Linda Klebe Treviño, Niki A. den Nieuwenboer y Jennifer J. Kish-Gephart: "(Un)Ethical Behavior in Organizations" en *Annual Review of Psychology*, Vol. 65, 2014, p. 638; Linda K. Treviño, Gary R. Weaver y Scott J. Reynolds: "Behavioral Ethics in Organizations: A Review", en *Journal*

al modelo de toma de decisiones éticas de Rest ⁵² . Dicho modelo –racional y consciente– consta de cuatro fases consecutivas:

1. Conciencia / sensibilidad moral (o identificación de la cuestión moral) → en esta primera fase el sujeto reconoce la cuestión que se le presenta como una cuestión con implicaciones morales o que requiere para su solución un principio o estándar moral.
2. Juicio o razonamiento moral → el sujeto decide qué es lo correcto ante esa situación, cuál sería el curso de acción más justificable desde un punto de vista moral.
3. Intención moral → una vez que el sujeto ha decidido cuál es el curso de acción más ético, ha de motivarse para llevarlo a la práctica.
4. Comportamiento moral → la conversión de las intenciones morales en actuaciones en el mundo real.

No obstante, existen posturas que cuestionan que la toma de decisiones éticas se lleve a cabo siguiendo este proceso reglamentado y lineal de forma consciente y deliberada ⁵³ . Así, Haidt pone de manifiesto que las intuiciones morales surgen automáticamente y casi instantáneamente, mucho antes de que el razonamiento moral tenga oportunidad de empezar; y son esas primeras intuiciones las que dirigen nuestro razonamiento posterior ⁵⁴ . Como señalan Biasucci y Prentice, cuando sentimos que estamos razonando acerca de un problema moral, lo que con frecuencia ocurre es que estamos creando racionalizaciones para decisiones que las partes emocionales de nuestro cerebro ya han asimilado ⁵⁵ .

of Management , Vol. 32, No. 6, 2006, pp. 952 y ss.; Milton C. Regan: “Moral Intuitions and Organizational Culture”, en *Saint Louis University Law Journal* , Vol. 51, 2006-2007, p. 951-953.

⁵² James Rest, Darcia Narvaez, Muriel J. Bebeau y Stephen Thoma: *Postconventional Moral Thinking: a Neo-Kohlbergian Approach* , L. Erlbaum Associates, 1999, p. 101.

⁵³ Johnatan Haidt: “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”, en *Psychological Review* , Vol. 108, No. 4, pp. 814-834.

⁵⁴ Johnatan Haidt: *The righteous mind : why good people are divided by politics and religion* , Panthenon Books, 2012, citado por Cara Biasucci y Robert Prentice: *Behavioral Ethics in Practice. Why We Sometimes Make the Wrong Decisions* , Routledge, 2020, p. 12.

⁵⁵ Id., p.12. De un modo similar, Nina Strohminger , Brendan Caldwell, Daryl Cameron, Jana Schaich Borg y Walter Sinnott-Armstrong afirman que las intuiciones morales y otras reacciones viscerales representan resultados cuyas bases no son accesibles introspectivamente; las razones que una persona da de ellas son frecuentemente poco más que una confabulación *ex post* (“Implicit Morality: A Methodological Survey”, en *Experimental Ethics. Toward an Empirical Moral Philosophy* , Palgrave Macmillan, 2014, p. 134).

Bazerman y Tenbrunsel también critican este modelo de toma de decisiones porque presupone 1) que la consciencia es necesaria para que una decisión tenga implicaciones morales, 2) que el razonamiento del individuo determina el juicio que hace y 3) que la intención moral es necesaria para que entienda su acción moral. Por el contrario, ellos sostienen que este modelo no tiene en cuenta las situaciones en donde carecemos de consciencia moral, juzgamos antes de razonar y calculamos mal la intención moral ⁵⁶. Para estos autores, el modelo de Rest, al ignorar decisiones poco éticas que ocurren extramuros de nuestra consciencia, dejan una parte importante de las decisiones —y de sus razones— poco éticas sin examinar ⁵⁷.

En este sentido, un concepto vinculado con el de *bounded ethicality* es el de *bounded awareness* (o consciencia limitada) ⁵⁸, que se refiere a la tendencia común de excluir información relevante para nuestra toma de decisiones al introducir límites arbitrarios y disfuncionales alrededor de nuestra definición de un problema, lo que produce que fallemos sistemáticamente a la hora de ver información relevante para nuestras decisiones ⁵⁹. Bazerman y Chugh definen esta falla cognitiva como un sesgo a la hora de observar determinada información y dejar de lado otra información igualmente accesible y perceptible ⁶⁰, un fallo a la hora de alinear la información necesaria para tomar una buena decisión y la información de la que finalmente somos conscientes ⁶¹.

De una forma también relacionada con los conceptos aquí esbozados, Tenbrunsel y Messick sostienen que las personas son incapaces de ver los componentes morales de una decisión no tanto debido a una falta de educación o formación en la materia, sino a causa de toda una serie de procesos psicológicos que hacen que los aspectos éticos de una decisión se difumen o desvanezcan. Introducen así el término de “desvanecimiento ético” (*ethical fading*) para definir el proceso por el cual los colores morales de una decisión ética se desvanecen y pasan

⁵⁶ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011, p. 29.

⁵⁷ Id., p. 33 in fine.

⁵⁸ Max H. Bazerman y Ovul Sezer: “Bounded awareness: Implications for ethical decision making”, en *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 136, 2016, pp. 95-105.

⁵⁹ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011, p. 7.

⁶⁰ Max Bazerman y Dolly Chugh: “Bounded Awareness: Focusing Failures in Negotiation”, en *Harvard Business School Working Paper 04-062*, 2004, p. 2.

⁶¹ Dolly Chugh y Max Bazerman: “Bounded awareness: what you fail to see can hurt you”, en *Mind & Society*, Vol. 6, Issue 1, 2007, p. 2; vid también Max Bazerman y Dolly Chugh: “Decisions Without Blinders”, en *Harvard Business Review*, 2006 (<https://hbr.org/2006/01/decisions-without-blinders>).

a ser tonos descoloridos carentes implicaciones morales ⁶² .

La labor de un *compliance officer* es sin duda complicada, y ha de atender a muchos asuntos a la vez, por lo que es normal que priorice aquellos puntos que representan un mayor peligro inmediato para la organización y que pueda prestar menos atención a ciertas transgresiones menores. También es posible que, precisamente por ser cuestiones menores, vuelen por debajo del radar y no hagan saltar las alarmas. Esto es incluso coherente con una metodología estándar de evaluación y mitigación de riesgos ⁶³ , que dados unos recursos limitados, alzaprima la gestión de aquellos riesgos más graves o de más probabilidad de ocurrencia. Es evidente que en el mundo real, con restricciones presupuestarias y limitaciones temporales y de recursos humanos, la función de *compliance* no puede llegar a todo.

No obstante, la psicología y la ética conductual nos indican que es importante atender al peligro de creación de pendientes resbaladizas que puedan hacer que la organización poco a poco vaya asumiendo de forma incremental riesgos pequeños que, combinados, hagan del asunto un verdadero problema ⁶⁴ . Y ello porque, al ser este crecimiento gradual, normalmente pasa desapercibido.

Un aspecto relacionado con lo anterior y que contribuye a hacer pensar sobre el peligro de este tipo de pendientes es el denominado sesgo del resultado (*outcome bias*) ⁶⁵ , que describe una tendencia a tomar en consideración los resultados al evaluar la calidad del proceso

⁶² Ann E. Tenbrunsel y David M. Messick: "Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior", en *Social Justice Research* , Vol. 17, No. 2, p. 224.

⁶³ La guía del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre evaluación de programas de *compliance* tiene en cuenta a la hora de considerar si un programa de *compliance* está bien diseñado el hecho de que exista una distribución de recursos *tailor-made* , esto es, que los recursos se centren en las áreas y transacciones de riesgo elevado (*U.S. Department of Justice Criminal Division Evaluation of Corporate Compliance Programs* , p. 3).

⁶⁴ Incluso la neurociencia aporta su granito de arena al estudio de las pendientes resbaladizas. En un experimento, Garret, Lazzaro, Ariely y Sharot usaron imágenes por resonancia magnética funcional para demostrar que la amígdala, una parte del cerebro muy relacionada con las emociones y el aprendizaje social, disminuía su actividad a medida que los participantes se comportaban de forma egoísta, produciéndose una suerte de adormecimiento neurológico con la exposición repetida a actos de deshonestidad (Neil Garrett, Stephanie C. Lazzaro, Dan Ariely & Tali Sharot: "The brain adapts to dishonesty", en *Nature Neuroscience* , Vol. 19, 2016, pp. 1717-1732). Sobre la relación entre la neurociencia y la toma de decisiones éticas en las empresas, vid recientemente José Félix Lozano: "Understanding Unethical Decision-Making in Organizations and Proposals for Its Avoidance: The Contribution of Neuroscience", en (Eds. Joé T. Martineau y Eric Racine) *Organizational Neuroethics. Reflections on the Contributions of Neuroscience to Management Theories and Business Practices* , Springer, 2020, pp. 147-165.

⁶⁵ Francesca Gino, Don A. Moore y Max H. Bazerman, "No Harm, No Foul: The Outcome Bias in Ethical Judgments," en *Harvard Business School* , Working Paper No. 08-080, 2008.

de toma de decisión que el sujeto ha llevado a cabo ⁶⁶. El hecho de que vayamos poco a poco escalando en nuestro comportamiento poco ético puede deberse en ocasiones a que los resultados que obtenemos con este comportamiento sean positivos. De este modo, pasamos por alto el deterioro progresivo del proceso de toma de decisiones por el hecho de que los resultados que nos proporcionan nuestras acciones son positivos. Dicho de otro modo, mientras que los resultados sean buenos, no nos centramos en cómo se han conseguido, algo que puede erosionar la cultura de *compliance* de la organización al dar la impresión de que está bien hacer las cosas mal mientras que los resultados sean buenos y no pase nada.

Es lógico pues, que muchos autores defiendan las ventajas que los reguladores podrían obtener si se familiarizasen con muchos de estos conceptos ético-psicológicos ⁶⁷. Y como demuestra el cada vez mayor uso de las ciencias conductuales que hacen numerosos organismos nacionales e internacionales, dejar de lado el *input* que la psicología y la ética conductuales pueden aportar para comprender de un modo más preciso el comportamiento humano y poder así ajustar mucho mejor los distintos elementos básicos de cualquier sistema de *compliance* (evaluación de riesgos, formación, retribuciones y recompensas, régimen sancionador...) más pronto que tarde dejará de ser una opción.

2.3 ¿Por qué yo...si todo el mundo lo hace?

En el memorándum que envié el 27 de septiembre de 2006 a los directivos de Berkshire Hathaway ⁶⁸, Warren Buffet comenzaba diciendo que las cinco palabras más peligrosas que hay en el mundo de los negocios es “todo el mundo lo hace” (de hecho, destacaba el conocido inversor que esas palabras deberían hacer saltar una enorme alerta roja). El *oráculo de Omaha* sostenía que cumplir con la legalidad era una condición necesaria, pero no suficiente; sus empleados debían hacer siempre aquello con lo que estuviesen cómodos si se imprimiese en la primera página de los periódicos; y nunca dejarse llevar por lo que hiciesen los demás.

Esta lección del avezado inversor, que guarda relación con los procesos de “contagio social” ⁶⁹, nos sirve para introducir, junto con todo

⁶⁶ Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011, p. 95.

⁶⁷ Linda K. Treviño, Jonathan Haidt y Azish E. Filabi: “Regulating for ethical culture”, en *Behavioral Science & Policy*, Vol. 3, Issue 2, 2017, p. 60.

⁶⁸ Vid el texto en {<https://www.ft.com/content/48312832-57d4-11db-begf-0000779e2340>}.

⁶⁹ Sobre el particular, vid Siegwart Lindenberg, Frédérique Six y Kess Keizer: “Social Contagion and Goal Framing”: The Sustainability of Rule *Compliance*, en *The Cambridge Handbook of*

el conjunto de procesos psicológicos a los que nos hemos referido, el trabajo del psicólogo canadiense Albert Bandura sobre la desconexión moral (*moral disengagement*)⁷⁰. Bandura sostiene que los estándares morales no operan de forma automática, sino que han de ser activados. El problema es que existen toda una serie de factores sociales y psicológicos que nos permiten desactivar nuestros controles morales, lo que permite diferentes tipos de conducta por personas con los mismos estándares morales bajo distintas circunstancias. Bandura describe ocho mecanismos de desactivación o desconexión, cuya ocurrencia es perfectamente plausible en el ámbito organizativo⁷¹:

1. Justificación moral, social o económica: reconstrucción cognitiva de nuestro comportamiento sobre la base de distintas justificaciones para convencernos de que nuestra conducta es personal y socialmente aceptable.
2. Lenguaje eufemístico: uso de eufemismos para enmascarar o camuflar la realidad de la conducta.
3. Comparación ventajosa: comparación del comportamiento poco ético con otros comportamientos peores para hacer más aceptable nuestras acciones, haciendo ver la opción no ética que tomamos como mejor que las alternativas.
4. Desplazamiento de la responsabilidad: no nos sentimos responsables cuando llevamos a cabo las órdenes de nuestros superiores, desplazando la inmoralidad del acto hacia arriba.
5. Difusión de la responsabilidad: al formar parte de un grupo, diluimos nuestra responsabilidad o creemos que nuestra acción dentro del plan más complejo es moral, mientras que el resto no.

Compliance, Cambridge University Press, 2021.

⁷⁰ Albert Bandura: "Moral Disengagement in the Perpetration of Inhumanities", en *Personality and Social Psychological Review*, Vol. 3, No. 3, 1999, pp. 193-209; Albert Bandura: "Selective Moral Disengagement in the Exercise of Moral Agency", en *Journal of Moral Education*, Vol. 31, No. 2, 2002, pp. 101-119; Albert Bandura: *Moral Disengagement. How People Do Harm and Live With Themselves*, Worth Publishers, 2016, en particular capítulos 1 y 2, pp. 1-103. Más recientemente, vid Alexander Newman, Huong Le, Andrea North-Samardzic y Michael Cohen: "Moral Disengagement at Work: A Review and Research Agenda", en *Journal of Business Ethics*, Vol. 167, Issue 3, 2020, pp. 535-570.

⁷¹ Así, por ejemplo, Celia Moore, James R. Detert, Linda Kleve Treviño, Vicki L. Baker y David M. Mayer: "Why Employees Do Bad Things: Moral Disengagement and Unethical Organizational Behavior", en *Personnel Psychology*, Vol. 65, 2012, pp. 4 y 11. Estos autores sostienen que la propensión a la desconexión moral (que ellos proponen medir sobre la base de un cuestionario -Id., pp. 47-48) sirve como predictor de toda una serie de comportamientos poco éticos en el ámbito organizativo.

6. Trivialización de las consecuencias de las acciones para hacerlas más aceptables o distorsión de la evidencia que apunta a la existencia de consecuencias negativas.
7. Deshumanización de las víctimas: muchas veces el convertir a las potenciales víctimas en números o estadísticas hace más fácil la comisión del acto no ético.
8. Atribución de la culpa a la víctima, de modo que nos auto-justifiquemos que es la propia víctima quien ha provocado su sufrimiento o que este es merecido por cualquier razón.

Puede parecer que estos aspectos que se acaban de destacar estén alejados de una aplicación práctica en el día a día de las empresas o que no se vea su utilidad a la hora de reforzar un modelo de prevención de delitos. No obstante, Hess afirma que las racionalizaciones y la desconexión moral no solo son dos conceptos muy importantes para entender por qué los individuos cometen ilícitos en contextos organizativos, sino también útiles para comprender por qué los programas de *compliance* comienzan a deteriorarse ⁷². Por ejemplo, de una manera similar a los mecanismos de Bandura, Haugh ⁷³, sobre la base de las teorías criminológicas de la asociación diferencial y la racionalización de Sutherland y Cressey ⁷⁴ y de la neutralización de Sykes y Matza ⁷⁵, lista también ocho mecanismos de racionalización propios de la criminalidad empresarial ⁷⁶.

Por su parte, Kaptein y van Helvoort llegaron a identificar 1.251 técnicas de neutralización diferentes que finalmente agruparon en

⁷² David Hess: "Chipping Away at *Compliance*: How *Compliance* Programs Lose Legitimacy and its Impact on Unethical Behavior", en *Brookling Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 14, Issue 1, 2019, p. 10.

⁷³ Todd Haugh: "The Criminalization of *Compliance*", en *Notre Dame Law Review*, Vol. 92, Issue 3, 2017, pp. 1252-1259; Todd Haugh "Harmonizing Governance, Risk Management, and *Compliance* through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk", en *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, No. 4, 2019, p. 892.

⁷⁴ Vid, entre otros, Edwin H. Sutherland: *White Collar Crime. The Uncut Version*, Yale University Press, 1983, pp. 240-257; Donald R. Cressey: *Delinquency, Crime and Differential Association*, Martinus Nijhoff, 1964; Donald R. Cressey, "The Respectable Criminal", en *Criminologica*, May 1965, pp. 13-16; Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey y David Luckenbill: "The Theory of Differential Association", en *Deviance. A Symbolic Interactionist Approach*, General Hall, 1995, pp. 64-68.

⁷⁵ Gresham M. Sykes y David Matza: "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", en *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 6, 1957, pp. 664-670.

⁷⁶ Proporcionando numerosos ejemplos del mundo real, Eugene Soltes: *Why They Do It: Inside the Mind of the White-Collar Criminal*, Public Affairs, 2016.

cuatro grandes categorías ⁷⁷ :

- Distorsión de los hechos (i.e. reconstruir de forma incorrecta los hechos a uno mismo o a terceros de modo que no supongan una violación de una norma particular);
- Negación de la norma que debe ser aplicada a la situación o comportamiento en cuestión (bien negando que exista una norma, bien reconociendo que existe una norma que se ha infringido pero porque se ha cumplido una más importante, bien porque se relativiza la infracción comparándola con otros comportamientos);
- Culpabilización de las circunstancias, ya sea porque uno no tiene más opciones o porque el rol que juega no permite un comportamiento distinto;
- Ocultación tras uno mismo, indicando que no se tiene un conocimiento perfecto y completo de la situación o que no se poseen las cualidades necesarias para tomar otro curso de acción.

Todos estos mecanismos nos sirven para reducir lo que Ayal y Gino denominan *disonancia ética*: ⁷⁸ la tensión que surge de la inconsistencia entre el comportamiento deshonesto de un individuo y sus actitudes y valores éticos ⁷⁹ .

Otro elemento claramente relacionado con las técnicas de racionalización como palancas favorecedoras del comportamiento poco ético es la ambigüedad: cuanto mayor sea el margen de maniobra para justificar ante nosotros mismos un comportamiento poco ético, mayores son las posibilidades de que caigamos en la tentación ⁸⁰ . Cuando las normas no son claras y crean zonas grises de comportamiento, los directivos y empleados pueden tender a interpretarlas de la manera que les sea más beneficiosa. Cuando no se establecen límites tajantes sobre determinadas conductas (piénsese por ejemplo en los denominados pagos de engrase o de facilitación en el ámbito de la corrupción

⁷⁷ Muel Kaptein y Martien van Helvoort: "A Model of Neutralization Techniques", en *Deviant Behavior* , Vol. 40, No. 10, 2019, pp. 1260-1285.

⁷⁸ Este concepto trae causa del de disonancia cognitiva, elaborado por Leon Festinger en 1957 (*A Theory of Cognitive Dissonance* , Stanford University Press, 1957).

⁷⁹ Shahar Ayal y Francesca Gino: "Honest Rationales for Dishonest Behavior", en *The social psychology of morality: Exploring the causes of good and evil* , American Psychological Association , 2012, pp. 149-166.

⁸⁰ Vid también David M. Bersoff: "Why Good People Sometimes Do Bad Things: Motivated Reasoning and Unethical Behavior", en *Personality and Social Psychology Bulletin* , Vol. 25, No. 1, pp. 28-39.

internacional o en prácticas contables o fiscales demasiado agresivas) o se repiten determinados comportamientos que están en la delgada línea roja que separa en ocasiones lo lícito de lo ilícito, se abre una puerta (ambigüedad) por donde el comportamiento poco ético puede entrar con suma facilidad al ser mucho más sencillo la justificación del comportamiento. Como señala Zúñiga Rodríguez

*“en muchas operaciones comerciales no están tan claras las fronteras entre un comportamiento agresivo pero lícito, de aquél que supera las barreras de lo autorizado. Este aspecto conlleva dos cuestiones relevantes para el asunto de la responsabilidad y la prevención de los comportamientos, asuntos claves para el Derecho Penal. Primero, los sujetos no tienen conciencia real del carácter ilícito de su conducta —salvo casos flagrantes—, con la consiguiente falta de arrepentimiento y posible reiteración de los delitos.”*⁸¹

Otro aspecto relacionado con la ambigüedad y que se ha señalado anteriormente como uno de los mecanismos de desconexión moral es el uso de eufemismos. Como destacan Moore y Gino, existen estudios empíricos confirman que el uso de etiquetas eufemísticas puede suavizar prácticas poco éticas⁸², facilitando de este modo nuestra participación en ellas. En parte, sostienen estas autoras, es porque el lenguaje señala cómo debemos entender una decisión, lo que a su vez cambia la elección adecuada en ese contexto en particular⁸³. Es importante, pues, que la función de *compliance* esté atenta a las comunicaciones y a los mensajes que se envían en la organización

⁸¹ Laura Zúñiga Rodríguez: “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, en *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 512. Esto entronca claramente con la cultura de cumplimiento de una organización, pues como señala Ana Isabel Pérez Machío, “*la percepción que, en ocasiones pueden tener estos miembros de la organización que subyace a la persona jurídica respecto de qué es legal y qué no lo es, se vea notablemente afectada por esa cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad*” (“Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva” en *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 488). Esto es muy relevante, ya que como destacar Casanovas Ysla, “*la sociedad civil evidencia un interés creciente en las buenas prácticas de gobernanza corporativa, mostrándose poco tolerante con comportamientos éticamente reprobables, incluso cuando puedan interpretarse legalmente admisibles*” (Alain Casanovas Ysla: “*«Compliance >»: de la gestión a la gobernanza*”, en *Actualidad Compliance 2018*, Aranzadi, 2018, p. 83).

⁸² En la demanda presentada por la Fiscalía del Estado de Nueva York contra Intel en 2009 por prácticas anticompetitivas se relata cómo, pese a aparecer en la *Harvard Business Review* como uno de los mejores programas de *compliance*, los correos internos revisados en la investigación revelaron que el programa de *compliance* lo que realmente provocaba era el encubrimiento de las prácticas anticompetitivas, llegando a detectarse casos en los que los directivos eran instruidos para emplear un lenguaje poco transparente para enmascarar prácticas que pudiesen provocar problemas legales o de *antitrust* (la demanda se puede ver online en (<https://ag.ny.gov/sites/default/files/pdfs/bureaus/antitrust/litigation/09-11-03%20Complaint.pdf>)).

⁸³ Celia Moore y Francesca Gino: “Ethically adrift: How others pull our moral compass from true North, and how we can fix it”, en *Research in Organizational Behavior*, Vol. 33, 2013, p. 63.

para poder detectar este tipo de prácticas y corregirlas para que no deterioren la cultura organizativa.

Di Miceli relata en su libro ⁸⁴ como en Siemens se referían a los sobornos como “gastos útiles” (*nützliche Aufwendungen*) y hablaban de “consultores de negocio” para referirse a las personas empleadas para el pago de los sobornos; como Enron describía los millones de dólares en sobornos pagados en India como “fondos para educar a los indios” o como Oderbrechth creó una unidad denominada “División de Operaciones Estructuradas” que fue denominada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos como un “departamento de sobornos” en la querrela presentada en diciembre de 2016. También destaca cómo en Lehman Brothers se empleaban metáforas relacionadas con el mundo del juego, lo que permitía a sus empleados a crear la ilusión de que estaban actuando en una realidad paralela donde no había consecuencias ⁸⁵. De modo similar, Campbell y Göritz describen el uso de metáforas de guerra en organizaciones corruptas, que se perciben a sí mismas como si se encontrasen luchando en una especie de guerra. En su estudio, estos autores vieron cómo las organizaciones corruptas se percibían a sí mismas más como una fuerza militar que como una compañía ordinaria: los empleados percibían a sus organizaciones en una incesante lucha por contratos y a las organizaciones competidoras como enemigos que necesitaban ser derrotados para asegurar la continuidad de su propia compañía, lo que desataba un torrente de racionalizaciones ⁸⁶.

En este sentido, hay que tener en cuenta que una de las funciones claves de la función de *compliance* es descubrir las impresiones ⁸⁷ y el lenguaje cultural que facilita el comportamiento y el pensamiento arriesgado que puede llevar a la larga a fallos éticos ⁸⁸.

⁸⁴ Alexandre Di Miceli Da Silveira: *The Virtuous Barrel. How to Transform Corporate Scandals Into Good Business Via Behavioral Ethics*, 2018, p. 87.

⁸⁵ Id., p. 89.

⁸⁶ Jamie-Lee Campbell y Anja S. Göritz: “Culture Corrupts! A Qualitative Study of Organizational Culture in Corrupt Organizations”, en *Journal of Business Ethics*, Vol. 120, 2014, p. 298.

⁸⁷ Por ejemplo, experimentos demuestran que los mecanismos de *disclosure* per se pueden fomentar el comportamiento poco ético al crear una paradoja: puesto que mi contraparte es conocedora de toda la información que necesita saber –como, por ejemplo, la existencia de un posible conflicto de interés por mi parte–, tengo vía libre para explotar ese conflicto de interés en mi beneficio y en detrimento de la contraparte (vid sobre este punto Daylian M. Cain, George Loewenstein y Don A. Moore: “The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest”, en *The Journal of Legal Studies* Vol. 34, No. 1, 2005, pp. 1-25).

⁸⁸ Donald C. Langevoort: “Cultures of *Compliance*”, en *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, p. 966.

2.4 JUST-IN-TIME COMPLIANCE

De acuerdo con Feldman y Kaplan, nuestra percepción de la regulación y el *enforcement* debe cambiar para acomodar los hallazgos de la ética conductual y el concepto de la ética limitada (*bounded ethicality*), de modo que se incida más en la deliberación ética y se reduzca el margen de racionalización⁸⁹. Para reducir el comportamiento poco ético, proponen no solo llevar a cabo intervenciones específicas y concretas, sino también *en tiempo real*, esto es, cuando los individuos están tomando sus decisiones éticas / no éticas⁹⁰, usando lo que denominan como *alertas éticas*⁹¹.

En su libro acerca de la deshonestidad⁹², Ariely relata el famoso experimento de las matrices para mostrar cómo los recordatorios en momentos clave pueden reducir nuestro comportamiento deshonesto⁹³. En la versión del experimento en la que los estudiantes podían hacer trampas al triturar sus resultados, se pidió la mitad de los estudiantes antes de comenzar con la prueba que trataran de recordar los Diez Mandamientos⁹⁴; a la otra mitad, que recordasen diez libros que habían leído en el instituto. ¿Los resultados? Entre aquellos estudiantes a quienes se les pidió que recordasen los Diez Mandamientos (con independencia de que recordasen todos, alguno o ninguno) el número de tramposos fue significativamente menor que entre aquellos a los que solo se les pidió recordar libros. Alejándose del contexto religioso, Ariely hizo la misma prueba con códigos de honor de distintas universidades y obtuvo resultados similares: aquellos estudiantes que firmaban el código ético antes del ejercicio de las matrices mentían menos a la hora de indicar el número de matrices resueltas⁹⁵.

⁸⁹ Yuval Feldman y Yotam Kaplan: "Big Data & Bounded Ethicality", en *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-05*, 2018, p. 9.

⁹⁰ Id., p. 10.

⁹¹ Id., p. 29.

⁹² Dan Ariely: *The (Honest) Truth About Dishonesty. How We Lie to Everyone – Especially Ourselves*, HarperCollins, 2012, pp. 39-53.

⁹³ Vid también Nina Mazar, On Amir y Dan Ariely: "The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance", en *Journal of Marketing Research*, Vol. XLV, 2008, pp. 633-644.

⁹⁴ Sobre el *priming effect* de conceptos religiosos y su reducción en los comportamientos poco éticos, vid también Brandon Randolph-Seng y Michael E. Nielsen: "Honesty: one effect of primed religious representations", en *The International Journal for the Psychology of Religion*, Vol. 17, Issue 4, pp. 303-315.

⁹⁵ Sobre estos puntos, vid también Lisa S. Shu, Francesca Gino y Max H. Bazerman: "Dishonest Deed, Clear Conscience: Self-Preservation through Moral Disengagement and Motivated Forgetting", *Harvard Business School Working Paper 09-078*, 2009. De forma interesante, señalan que, teniendo la oportunidad de hacer trampas, aquellos participantes que leían el código de honor hacían menos trampas, pero las hacían; por el contrario, aquellos que lo firmaban no las hacían (vid p. 27).

Otro ejemplo muy relacionado lo encontramos en un artículo publicado en 2012 por cinco reconocidos autores en el campo de la psicología y la ética en el que sugirieron una interesante forma de reducir el comportamiento poco ético: firmando al principio de un documento una suerte de “declaración de honestidad” se conseguía despertar un componente ético que disminuía las posibilidades de mentir en el documento en cuestión ⁹⁶. En un claro ejemplo de *empujón* ético, estos autores defendían que algo tan simple como hacer firmar un compromiso de *compliance* antes de rellenar un formulario –en vez de hacerlo al final– podía reducir el comportamiento poco ético al *despertar* el comportamiento moral justo en el momento oportuno. Por el contrario, hacerlo después permite al individuo embarcarse en toda una serie de trucos mentales para justificar su comportamiento (piénsese en que los testigos juran o prometen decir la verdad antes de prestar testimonio y no después). En el experimento que llevaron a cabo, el firmar al principio en vez de al final reducía el comportamiento poco ético de un 79% a un 37% (una reducción de un 113%).

Este tipo de experimentos pueden ser de gran valor al mundo del *compliance*. Como señala Cigüela Sola, “*es preferible que los mensajes éticos incidan en momentos temporalmente próximos a las decisiones de riesgo, pues aquellos que se envían descontextualizados o con mucha antelación respecto a la actividad dilemática tienden a perder efectividad y diluirse*” ⁹⁷. En un sentido similar, Treviño, Nieuwenboer y Kish-Gephart sugieren, sobre la base del estudio anteriormente expuesto, que puede ser útil para los directivos solicitar a los empleados que firmen un formulario antes de eventos importantes ⁹⁸.

Es decir, el “recordatorio ético” justo antes de llevar a cabo una conducta es más útil para prevenir comportamientos poco éticos que hacerlo al final. Por ello, en vez de hacer firmar a los empleados que han elaborado y presentado la oferta de la empresa para una subasta que reconozcan que no han sobornado al funcionario o director de compras de turno *después* de haber llevado a cabo la conducta, es preferible hacerlo *antes*. Dará mayores resultados el obligar a los empleados que ocupen posiciones especialmente expuestas al riesgo

⁹⁶ Lisa L. Shu, Nina Mazar, Francesca Gino, Dan Ariely y Max H. Bazerman: “Signing at the beginning makes ethics salient and decreases dishonest self-reports in comparison to signing at the end”, en *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 109, No. 38, 2012, pp. 15197–15200.

⁹⁷ Javier Cigüela Sola: “Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal”, en LA LEY *compliance* penal, N° 2, Tercer trimestre de 2020, p. 11 (formato online).

⁹⁸ Linda Klebe Treviño, Niki A. den Nieuwenboer y Jennifer J. Kish-Gephart: “(Un)Ethical Behavior in Organizations” en *Annual Review of Psychology*, Vol. 65, 2014, p. 639.

(o expuestas a más que un riesgo bajo de soborno, por emplear la terminología de la UNE-ISO 37001) a que firmen un documento en el que reconocen conocer y cumplir el código antisoborno de la empresa *antes* de llevar a cabo la búsqueda y selección de una agente en Oriente Medio o en Asia que *después*. Del mismo modo, ofrecerá una mayor seguridad el hacer firmar a los directores de ventas que acuden a una reunión con competidores el código de conducta referente a prácticas anticompetitivas *antes* de que entren en la sala que hacerlo al terminar ⁹⁹.

Otros autores han llevado a cabo experimentos que demuestran la utilidad de reforzar los mecanismos de alerta temprana antes de dejarse guiar por opciones que parecen demasiado buenas para ser verdad. Debido a la existencia de sesgos cognitivos que influyen de manera inconsciente en nuestra toma de decisiones morales y la tendencia de buscar aquella información que confirme nuestras creencias, las personas nos encontramos en una precaria situación a la hora de detectar problemas éticos. En un artículo en el año 2015 ¹⁰⁰, Zhang, Fletcher, Gino y Bazerman llevaron a cabo un experimento que demuestra la necesidad de llevar a cabo un periodo de reflexión previo a la toma de determinadas decisiones que pueden tener connotaciones éticas o que hagan saltar algún tipo de alarma de *compliance* (por ejemplo, si contratar o no un agente en un país con un índice de corrupción elevado o qué condiciones hacerlo).

En cualquier caso, los autores hacen notar que, pese a la reducción en el grado de recomendaciones que se consigue haciendo la reflexión antes de llevar a cabo la decisión en comparación con hacerla después, el porcentaje de participantes que recomendó el fondo de Madoff fue muy elevado. Por ello, junto con el refuerzo de los mecanismos de alerta previos a la toma de decisiones, destacan una serie de herramientas que pueden ayudar a los individuos a evitar tomar decisiones poco éticas sin ser conscientes de ello:

1. Hacer preguntas. Aun cuando parezca obvio, muchas veces nos limitamos a tomar una decisión con la información que está sobre la mesa, sin que se nos ocurra ampliar el abanico informativo ¹⁰¹

⁹⁹ Vid otros ejemplos similares en Jeff Kaplan y Azish Filabi: *Head to Head: A Conversation on Behavioral Science and Ethics*, EthicalSystems, p. 33 –disponible online en (<https://www.ethicalsystems.org/head-to-head-a-conversation-on-behavioral-science-and-ethics/>).

¹⁰⁰ Ting Zhang, Pinar O. Fletcher, Francesca Gino y Max H. Bazerman: “Reducing bounded ethicality: How to help individuals notice and avoid unethical behavior”, en *Organizational Dynamics*, Vol 44, 2015, p. 310-317.

¹⁰¹ Daniel Kahneman usa el acrónimo WYSIATI (*What You See Is All There Is* – lo que ves es todo lo que hay) para reflejar la tendencia de las personas a tomar conclusiones apresuradas

- . Como destacan Bazerman y Tenbrunsel, una manifestación de nuestro comportamiento ético limitado consiste en tomar una decisión con la información disponible en un primer momento en vez de preguntarse primero qué información sería importante tener para poder responder a la pregunta que se plantea y cómo afectaría la decisión a otros aspectos de la situación o de otras personas ¹⁰² .
2. Abordar la cuestión sobre varias perspectivas, ya sea con preguntas indirectas que te permitan obtener la información que una interpelación más directa no te brindaría, ya sea tratando de obtener información sobre el tema de distintas fuentes.
 3. Valorar la razonabilidad de la información que se obtiene para poder confirmar si los datos que obtienes son demasiado buenos para ser verdad o entran dentro de lo razonable.
 4. Prestar atención a respuestas evasivas que tiendan a distraer la atención sobre el foco del asunto.
 5. Tomarse más tiempo para decidir. En uno de sus libros ¹⁰³ , Gladwell hace referencia al experimento llevado a cabo por dos psicólogos de Princeton ¹⁰⁴ en donde les pedían a un grupo de estudiantes de teología que diesen una charla sobre la parábola del Buen Samaritano en un edificio cercano. En uno de los supuestos, los experimentadores metían prisa a los estudiantes y en otra de las variantes les animaban a ir yendo con tiempo para poder preparar bien la charla. En el camino a dar la charla, los estudiantes se encontraban con un hombre desplomado en un callejón, con la cabeza en el suelo, tosiendo y quejándose. Pues bien, solo el 10% de los estudiantes que iban con prisa paró a ayudar, mientras que un 63% de los estudiantes a los que se les habían indicado que tenían más tiempo paró a ayudar.

con la, en muchas ocasiones, escasa información disponible (Daniel Kahneman: *Thinking, Fast and Slow* , Penguin Books, 2012, pp. 85-88).

¹⁰² Max H. Bazerman y Ann E. Tenbrunsel: *Blind Spots. Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It* , Princeton University Press, 2011, p. 15.

¹⁰³ Malcom Gladwell: *The Tipping Point. How Little Things Can Make a Big Difference* , Hachette Book Group USA, 2001, pp. 163-168.

¹⁰⁴ John M. Darley y C. Daniel Batson: "From Jerusalem to Jericho: A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior", en *Journal of Personality and Social Psychology* , Vol. 27, 1973, pp. 100-108.

2.5 Compliance *e incentivos*

Los incentivos existentes en una organización y las consecuencias indeseadas que estos pueden tener en el comportamiento de los empleados son, sin duda, un elemento al que la función de *compliance* tiene que prestar un especial cuidado ¹⁰⁵. No en vano, tanto la UNE 19601 como la UNE-ISO 37001 establecen como medidas de diligencia debida aplicables a aquellos empleados especialmente expuestos a riesgos penales la revisión de los objetivos y las primas por rendimiento, así como otro tipo de elementos de remuneración ¹⁰⁶.

La fijación de objetivos se ha visto como una poderosa herramienta motivacional, pero existe un conjunto sustancial de evidencia empírica que demuestra que, además de motivar la realización de esfuerzos constructivos, la fijación de objetivos también puede inducir comportamiento poco ético, pudiendo incluso crear un clima propicio a este tipo de conductas ¹⁰⁷. Un ejemplo cercano es el la filial brasileña del Banco Santander, que en 2017 se enfrentó a una demanda colectiva en donde la Fiscalía brasileña sostenía, entre otras cuestiones, que la entidad financiera aplicaba una presión constante para cumplir con objetivos abusivos, excesivos y continuamente incrementados, realizaba demandas excesivas e inapropiadas, imponía excesivas cargas de trabajo que provocaban tensión física y psicológica y hacía constantes amenazas de despido por no cumplir los objetivos ¹⁰⁸.

No cabe duda de que es un tanto ilusorio recompensar una determinada conducta y esperar al mismo tiempo obtener un comportamiento

¹⁰⁵ Un claro ejemplo de la importancia de la relación entre las estructuras de compensación de los empleados y el *compliance* lo encontramos en los últimos pasos dados por el Departamento de Justicia norteamericano desde septiembre de 2022 (vid el denominado como *Monaco Memorandum* de 15 de septiembre de 2022, en cuya página 9 encontramos un apartado titulado “*Compensation Structures that Promote Compliance*”) hasta este mes de marzo de 2023 (vid el programa piloto sobre incentivos en materia de remuneración y cláusulas *clawback* de 3 de marzo de 2023 – {<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1571906/download>}–y la reciente actualización del documento empleado por el DOJ en la evaluación de los programas de *compliance* que modifica el apartado C del bloque II para enfocarse más en las estructuras de compensación).

¹⁰⁶ Vid apartado 7.3.2.2 de la UNE 19601 y apartado 7.2.2.2 UNE-ISO 37001. La ISO 37301 también contempla la revisión periódica de los incentivos para verificar que no se fomenta el incumplimiento del *compliance* (apartado 7.7.2).

¹⁰⁷ Lisa D. Ordóñez, Maurice E. Schweitzer, Adam D. Galinsky y Max H. Bazerman: “Goals Gone Wild: The Systematic Side Effects of Overprescribing Goal Setting”, en *Academy of Management Perspectives*, Vol. 23, Issue, 1, 2009, p. 10. Estos autores comparan, de forma muy gráfica, la fijación de objetivos con la prescripción de medicamentos: es bueno utilizarlos, pero hay que tener en cuenta los posibles efectos adversos (Id., p. 12).

¹⁰⁸ Información procedente de la documentación presentada por Banco Santander Brasil, S.A. a la *Securities and Exchange Commission* en junio de 2016 (disponible en {https://cms.santander.com.br/sites/WRI/documentos/url-rel-2of-2019-eng/20-03-06_232049_dp123082_2of-v18.pdf}, vid p. 188).

distinto a aquel que se recompensa ¹⁰⁹ . Por ello, una misión muy relevante de la función de *compliance* es comprobar la alineación de los objetivos globales de la organización y de las recompensas establecidas para su consecución con los objetivos propios de *compliance* ¹¹⁰ . En este sentido, es muy importante tener en cuenta no solo los aspectos puramente cuantitativos relacionados con la fijación de objetivos (que sean razonablemente alcanzables), sino también los cualitativos (las habilidades y los recursos para cumplir dichos objetivos). Es decir, es necesario tener en cuenta, entre otros aspectos, la formación que se da a los empleados y los recursos que se ponen a su disposición a la hora de fijar sus objetivos y ver si estos son coherentes. Además, la propia función de *compliance* ha de tener en cuenta la existencia de puntos ciegos que le pueden afectar a ella de forma concreta en este ámbito ¹¹¹ .

Naturalmente, no se aboga aquí por la erradicación de la fijación de objetivos como herramienta de gestión útil ¹¹² , sino por una utilización que tenga en cuenta las posibles consecuencias indeseadas que este mecanismo pueda provocar ¹¹³ . La fijación de objetivos ambiciosos puede deparar resultados muy positivos para las organizaciones, pero desde la función de *compliance* se ha de estar muy atento a lo que se ha denominado como la paradoja de los “objetivos imposibles” (*the stretch goals paradox*) ¹¹⁴ .

¹⁰⁹ Steven Kerr: “On the Folly of Rewarding A, while Hoping for B”, en *The Academy of Management Executive* , Vol. 18, No. 4, 1975, pp. 769-783 y en *The Academy of Management Executive* , Vol. 9, No. 1, 1995, pp. 7-14. Kerr fue el primer *Chief Learning Officer* , puesto que desempeñó para General Electric en los 90 y posteriormente en Goldman Sachs. Sobre este puesto, vid el reciente artículo de Abbie Lundberg y George Wsterman en *Harvard Business Review* “The Transformer CLO” (<https://hbr.org/2020/01/the-transformer-clo>).

¹¹⁰ Vid el principio 25 (y las recomendaciones asociadas) del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la CNMV revisado en 2020. En el ámbito anglosajón, vid Joseph E. Murphy: *Using Incentives in Your Compliance and Ethics Program* , SCCE, 2011; Michael W. Peregrine, Andrew C. Liazos y Timothy J. Cotter: “Clawbacks, *Compliance* and Incentive Compensation: A Supplemental Approach”, en *The CLS Blue Sky Blog* , June 17, 2014; Lori A. Richards: *Incentivizing Good Compliance, October 30, 2008* (<https://www.sec.gov/news/speech/2008/spch103008lar.htm>).

¹¹¹ Miriam H. Baer: “*Compliance Elites*”, en *Fordham Law Review* , Vol. 88, Issue 5, pp. 1599-1630 (en particular, pp. 1623 y ss.).

¹¹² Vid sobre el particular, Edwin A. Locke y Gary P. Latham: *A theory of goal setting and task performance* , Prentice-Hall, 1990.

¹¹³ Adam Barsky: “Understanding the Ethical Cost of Organizational Goal-Setting: A Review and Theory Development”, en *Journal of Business Ethics* , Vol. 81, 2008, pp. 63-81.

¹¹⁴ Sim B. Sitkin, Kelly E. See, C. Chet Miller, Michael W. Lawless y Andrew M. Carton: “The Paradox of Stretch Goals: Organizations in Pursuit of the Seemingly Impossible”, en *Academy of Management Review* , Vol. 36, No. 3, 2011, pp. 544-566. Vid también en *Havard Business Review* el artículo de Sitkin, See y Miller “The Stretch Goal Paradox” (<https://hbr.org/2017/01/the-stretch-goal-paradox>).

De forma reveladora, en 2016 Ernst & Young llevó a cabo su décimo cuarta encuesta sobre el fraude global en la que entrevistó a casi 3.000 altos directivos y los datos obtenidos parecen casar con lo que se ha puesto de manifiesto anteriormente: un 42% de los encuestados defendió que el comportamiento poco ético era justificable para alcanzar los objetivos financieros y un 36% sostuvo que este tipo de comportamientos eran defendibles para ayudar a la organización a sobrevivir en una recesión económica ¹¹⁵. De forma similar, en el informe sobre integridad global elaborado por la misma firma en el año 2020, un 30% de los encuestados afirmó que estarían dispuestos a dejar de lado la ética para mejorar su progresión profesional o su paquete de remuneración ¹¹⁶. Por su parte, una encuesta previa de 2013 realizada por otra *big four* (KPMG) reveló que la principal causa (*root cause*) del comportamiento ilícito era la presión por llegar a cumplir los objetivos costase lo que costase ¹¹⁷.

Estos números ciertamente deben poner sobre alerta a la función de *compliance* y no perder de vista los estudios conductuales que revelan la interrelación entre los incentivos y sus aspectos ocultos.

III. *BEHAVIORAL ETHICS* Y *COMPLIANCE* : UNA SIMBIOSIS EN PRO DE LA EFICACIA

La eficacia de los programas de *compliance* es el *punctum dolens* de esta nueva herramienta que nos lleva acompañando, de manera especialmente intensa, desde 2015. Cuando se introdujo en 2010 la responsabilidad penal de la persona jurídica, no se ofrecía ninguna pauta de qué eran ni cómo debían articularse. En 2015, y pese a las críticas que ello suscitó ¹¹⁸, el Código Penal (art. 31 bis.5) *reglamentó*

¹¹⁵ *EY 14 Global Fraud Survey 2016: Corporate misconduct — individual consequences*, p. 5. De los 57 países de procedencia de los entrevistados, España se situaba en el puesto 21 con un 46% de altos directivos que justificarían este tipo de comportamiento (Id., p. 45).

¹¹⁶ *EY Global Integrity Report 2020*, p. 7 (disponible online en https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/ja_jp/news/2020/pdf/ey-global-integrity-report-2020-en.pdf).

¹¹⁷ KPMG Forensic Integrity Survey 2013 (<https://advisory.kpmg.us/content/dam/advisory/en/pdfs/fraud-and-misconduct/forensic-integrity-survey.pdf>). Si bien es cierto que han transcurrido 10 años desde que se obtuvieron los resultados de dicha encuesta, otras más recientes no ofrecen un mejor retrato. Así, en la *Global Business Ethics Survey Report* de la *Ethics and Compliance Initiative* de 2021 se resaltaba que la presión para comprometer los estándares éticos de las empresas estaba en niveles récord (p. 13).

¹¹⁸ El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el anteproyecto de ley que acabaría llegando al BOE como LO 1/2015, ponía de manifiesto que “una regulación tan prolija de los requisitos que han de cumplir las personas jurídicas en orden a quedar exentas de responsabilidad por ciertos delitos aspira sin duda al loable objetivo de lograr un elevado grado de seguridad jurídica en la aplicación de la norma. Pese a ello, el Consejo de Estado considera necesario subrayar que tal grado de detalle no parece

los requisitos que debían cumplir los modelos de organización y gestión (programas de *compliance* penal) para poder operar como eximente¹¹⁹.

Desde 2015 nuestro Código Penal habla de adoptar y ejecutar “con *eficacia*” programas de *compliance* que incluyan medidas “*idóneas* para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, de supervisar la “*eficacia* de los controles internos”, de disponer de “de modelos de gestión de los recursos financieros *adecuados*” y de establecer “un sistema disciplinario que sancione *adecuadamente* el incumplimiento”. No obstante, no existe un verdadero conocimiento de qué medidas son eficaces y adecuadas para conseguir que los programas de *compliance* sirvan realmente para prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de aquellos ilícitos generadores de responsabilidad penal para la persona jurídica. Gran parte de la valoración de los programas de *compliance* se centra en los esfuerzos llevados a cabo y en los recursos invertidos, con poco o ningún conocimiento de si todos esos inputs realmente están dando como resultado el output deseado. Esta es la principal crítica que hace una reputada experta como Hui Chen, quien critica que muchas veces las mediciones sean una mera verificación de si algo existe (una concreta política, por ejemplo) o si se ha llevado a cabo (sesiones de formación).

Hoy en día, el *compliance* atrae una atención y recursos por parte de las empresas que crece rápidamente¹²⁰. Esto, sin embargo, como resalta Langevoort¹²¹, no ha evitado una dinámica consistente en

propio de una norma del rango de un Código Penal”.

¹¹⁹ La prevención de la criminalidad empresarial (*corporate crime*) cuenta desde entonces con un potencial poderoso aliado, para, a través de la generación de una necesaria cultura de respeto a la ley, reducir la comisión de ilícitos penales. No obstante, desde la criminología se nos viene advirtiendo que son pocos los estudios empíricos de peso sobre qué estrategias de disuasión de la criminalidad corporativa funcionan realmente. En este sentido, vid el trabajo de la prestigiosa criminóloga Sally S. Simpson *et al*: “Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review”, Campbell Systematic Review, 2014. Los autores llevan a cabo una revisión sistemática de diversos estudios y publicaciones sobre prevención y control de la criminalidad corporativa (aunque entendida en un sentido amplio e inclusiva de actos que son ilícitos civiles y administrativos, pero siempre en los que se busca la consecución de objetivos / beneficios organizativos) para evaluar la evidencia empírica sobre las estrategias de prevención en este ámbito y señalan que la criminalidad corporativa (*corporate crime*) es un problema mal entendido y sobre el que se conoce poco acerca de las estrategias para prevenir y controlarlo.

¹²⁰ Por ofrecer un dato relacionado: un estudio cifra el mercado global de *enterprise governance, risk and compliance* en 47.200 millones de dólares en 2022, que se aumentará a 54.600 millones de dólares en el presente 2023 (<https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/enterprise-governance-risk-compliance-egrc-market>).

¹²¹ Donald C. Langevoort: “Cultures of *compliance*”, en *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, p. 933.

la difusión de prácticas comunes más por la presión a la que se ven sometidas las empresas por igualarse con sus pares que por evidencia real acerca de qué funciona y qué no funciona ¹²² ; es decir, se acude al copia y pega en gran parte a la ausencia de métricas adecuadas para medir los resultados obtenidos por los programas de *compliance* ¹²³ .

En nuestro país, la Fiscalía se refería a un problema similar en su Circular 1/2016 cuando señalaba que

“No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.” ¹²⁴

Son varios los autores que señalan que se sabe poco acerca de la estructura y eficacia de los programas de *compliance* y que en muchos foros, cuando se habla de programas de *compliance* efectivos, en realidad se habla únicamente de cómo crear programas de *compliance* que merezcan el calificativo de efectivos a los ojos de la regulación vigente, sin que necesariamente sean eficaces ¹²⁵ .

¹²² De un modo similar, Griffith defiende que pese a los esfuerzos realizados, sigue siendo difícil demostrar la efectividad del *compliance* (Sean J. Griffith: “Corporate Governance in an Era of *Compliance*”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, Issue 6, 2016, p. 2105). En un sentido similar, vid Eugene Soltes: “Evaluating the Effectiveness of Corporate *Compliance* Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms”, en *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 14, No. 3, 2018, pp. 970 y ss; Maurice E. Stucke: “In Search of Effective Ethics & *Compliance* Programs”, en *The Journal of Corporation Law*, Vol. 39, 2014, pp. 801-803.

¹²³ Langevoort: “Global Behavioral *Compliance*”, en *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer, 2022, p. 219.

¹²⁴ Circular FGE 1/2016, p. 22. La Fiscalía también recela de las certificaciones, sobre las que indica que “*podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial*” (p. 27). Hay autores que apuntan a lo que denominan dilemas de *compliance* derivados de los procesos de estandarización: se crea una presión hacia la creación de arquitecturas organizativas “auditables”, de tal modo que los programas de *compliance* se configuran para ajustarse a tales patrones y no tanto a la necesidad de efectividad. Es decir, en no pocas ocasiones nos centramos más en buscar controles auditables que en la efectividad del *compliance* (Giuseppe Rotolo: “Cognitive Dynamics of *Compliance* and Models of Self-regulation: In Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention” en *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer, 2022, p. 48).

¹²⁵ John Armour Jeffrey Gordon y Geeyoung Min: “Taking *Compliance* Seriously”, en *Yale Journal on Regulation*, Vol. 37, Issue 1, 2020, p. 15. Estos autores consideran eficaces los programas de *compliance* a aquellos que minimizan la suma de los costes de la comisión de actos ilícitos y los costes de detectar y evitar dichos actos. En el mismo sentido John Armour, Brandon Garrett, Jeffrey Gordon y Geeyoung Min: “Board *Compliance*”, en *Minnesota Law Review*, Vol. 104,

En el capítulo introductorio de un reciente libro dedicado exclusivamente a la medición del *compliance*, sus editores destacan que el problema fundamental es que ha sido –y sigue siendo, se podría añadir– muy complicado establecer si los programas de *compliance* son efectivos a la hora de detectar y prevenir comportamientos ilícitos, pero afirman que existe un gran potencial tanto para los que ven el *compliance* desde el mundo académico como para los que lo viven día a día para evaluar *realmente* el *compliance*, es decir, ir más allá de medir aquello que resulta conveniente y fácil (como el número de formaciones impartidas, el dinero invertido en *compliance*) para pasar a evaluar si realmente el proceso de *compliance* está produciendo los resultados deseados ¹²⁶.

De manera similar, otros autores abogan por pasar de un *compliance* basado en las esperanzas (*hope-based compliance*, o la mentalidad que lleva tanto a los *insiders* como a los *outsiders* a valorar los programas de *compliance* examinando cuántos recursos se invierten en ellos y si estos programas realizan esfuerzos razonables o cumplen con las *best practices* de la industria) a un *compliance* más empírico sustentado en evidencias (*evidence-based compliance*). En otras palabras, la implementación de programas de *compliance* sin una evaluación rigurosa no es más que una esperanza en que estos sirvan para prevenir los ilícitos organizativos, por lo que sentencian que la revolución del *compliance* debe ser empíricamente probada o será una revolución fallida ¹²⁷.

Así pues, si queremos ver el diseño de los programas de *compliance* como una inversión que nos proporcione una ventaja competitiva ¹²⁸, creemos que las enseñanzas de la ética de la conducta pueden resultar de suma utilidad para ayudar a construir programas de *compliance* mucho más apegados a la realidad conductual de la empresa y que, por ende, sean más eficaces: un *compliance* conductual ¹²⁹. En este

2020, pp. 1207-1208.

¹²⁶ Benjamin van Rooij y Melissa Rorie: “Measuring *Compliance*: The Challenges in Assessing and Understanding the Interaction between Law and Organizational Misconduct”, en *Measuring Compliance. Assessing Corporate Crime and Misconduct Prevention* (eds. Melissa Rori y Benjamin van Rooij), Cambridge University Press, 2022, pp. 3 y 6.

¹²⁷ Brandon L. Garret y Gregory Mitchell: “Testing *Compliance*” en *Law and contemporary problems*, n.º 4, 2020, pp. 48-49. En el mismo sentido, Tom R. Tyler enfatiza la necesidad de desarrollar políticas y prácticas de *compliance* basadas en la evidencia empírica a través de una revisión independiente de aquello que realmente funciona (“Reducing Corporate Criminality: The Role of Values”, en *American Criminal Law Review*, Vol 51, 2014, p. 267).

¹²⁸ Robert C. Bird y Stephen Kim Park: “Turning Corporate *Compliance* Into Competitive Advantage”, en *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 19, Issue 2, p. 285-339. Como estos autores sostienen, lo único más caro que el *compliance* es el *noncompliance* (Id., p. 287).

¹²⁹ Como señala Langevoort, el *compliance* conductual no es sino una nueva perspectiva a la

sentido, autores tan reconocidos al otro lado del Atlántico como el ya citado Langevoort han sostenido ya hace tiempo la necesidad de tener en cuenta habilidades predictivas del comportamiento humano a la hora de diseñar programas de *compliance* efectivos y la necesidad de huir de asunciones de comportamientos racionales y de centrarse en posibilidades conductuales más *sutiles*. Este autor destaca la utilidad práctica de la ética conductual para el *compliance*, y la fija en el conocimiento que se puede tener de comportamientos reales a través del enfoque descriptivo (antes que prescriptivo) de esta disciplina, lo que ofrece una mejor oportunidad para prevenir y detectar comportamientos irregulares allí donde su ocurrencia es más probable. Es por ello por lo que aboga por un enfoque distinto del clásico “*sticks and carrots*”, porque si nuestra actuación discurre por senderos ajenos a nuestra consciencia, es muy probable que ni los incentivos ni las sanciones funcionen (o, al menos, no con toda la eficacia que podrían / deberían) ¹³⁰.

Como destaca Ortiz de Urbina ¹³¹, precisamente una de las críticas dirigidas al Análisis Económico del Derecho se basan en que el modelo de elección racional presupone la existencia de sujetos absolutamente racionales, algo inexistente en la realidad. De este modo, partir de unos destinatarios ideales de nuestro programa de *compliance* nos puede llevar a elaborar un programa tan ideal como alejado de las necesidades prácticas. El no incorporar los sesgos y fallos éticos (así como los sesgos cognitivos) y la realidad de las consecuencias que tienen las múltiples interacciones sociales (que, a la larga, acaban construyendo la cultura de la organización) a la receta de cómo elaborar nuestro programa de cumplimiento nos puede llevar a resultados, cuando menos, insatisfactorios. Si los sistemas de *compliance* penal parten de una premisa equivocada, si los empleados (algunos) actúan de tal manera que inconscientemente pueden ignorar o sortear las salvaguardas instauradas por aquellos, cantidades ingentes de dinero serán malgastadas ¹³².

hora de abordar esta disciplina, en la que se necesitan, junto con conocimientos económicos, otro tipo de conocimientos psicológicos para predecir cómo los incentivos y los mensajes de *compliance* serán procesados e interpretados y cómo actuarán los destinatarios de los mismos. Para este autor, todos las funciones del *compliance* y los retos que plantean deben ser deconstruidos y repensados de forma rigurosa para anticipar las distintas respuestas que puedan provocar (Donald C. Langevoort: “Behavioral Ethics, Behavioral *Compliance*”, en *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 1507*, 2015, p. 18.

¹³⁰ Donald C. Langevoort: “Behavioral Ethics, Behavioral *Compliance*”, en *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 1507*, 2015, pp. 1-4.

¹³¹ Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno: “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, n^o extraordinario 2, 2004, p. 39.

¹³² Linda Klebe Treviño, Niki A. den Nieuwenboer y Jennifer J. Kish-Gephart defienden en este

En nuestro país, existen autoras como Hernández Cuadra que defienden que

“para que exista una prevención efectiva, es necesario que se desarrollen programas de compliance que contemplen no solo cuáles son las obligaciones de la empresa [legales, regulatorias e internas], sino también qué elementos influyen en la conducta de los individuos que integran la organización... De este modo las empresas podrán establecer mecanismos que potencien aquellos factores que propicien un impacto positivo en la conducta y eliminen aquellos que ocasionen un impacto negativo ” ¹³³ .

Por ello, añade la autora, es *“necesario y fundamental, dotar a los profesionales de compliance de herramientas y conocimientos que les ayuden a profundizar más en [cuestiones acerca de cómo nos comportamos realmente y cuál es el proceso de toma de decisiones éticas], y poder dinamizar el desarrollo de una verdadera cultura ética corporativa ”* ¹³⁴ . En este sentido es importante ver el *compliance* , como lo contempla Griffith, esto es, como un conjunto de procesos internos usados por las empresas para adaptar el comportamiento a las normas aplicables ¹³⁵ . Esta eficacia y efectividad de las reglas internas requiere, por un lado, asegurarse de que la historia, experiencia y cultura de la organización están incorporadas en esas normas y, por otro lado, de la disponibilidad de un amplio conocimiento empírico que permita a aquellos que hacen las normas predecir y prevenir posibles comportamientos ilícitos ¹³⁶ .

De forma consistente con lo puesto de relieve en nuestro país por Hernández Cuadra, Feldman y Kaplan ¹³⁷ defienden que muchas teorías actuales de la disuasión deben ser repensadas a la luz de los hallazgos de la ética conductual. Para mejorar el *compliance* no solo hay que desarrollar un conjunto de sanciones efectivas, sino que también

sentido que las organizaciones gastan millones de dólares al año en formación ética para sus empleados con muy poca información sobre si mejora o no el comportamiento y los procesos de toma de decisión éticos (“(Un)Ethical Behavior in Organizations” en *Annual Review of Psychology* , Vol. 65, 2014, p. 640).

¹³³ Esperanza Hernández Cuadra: “La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de *compliance* ”, en *Actualidad Compliance 2018* , Aranzadi, 2018, p. 31.

¹³⁴ Id., p. 34.

¹³⁵ Sean J. Griffith: “Corporate Governance in an Era of *Compliance* ”, en *William & Mary Law Review* , Vol. 57, Issue 6, 2016, p. 2082.

¹³⁶ Francesco Centonze: “The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate *Compliance* and Co-regulation” en *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness* , Springer, 2022, p. 48. Para Centonze, el corporate *compliance* consiste en anticipar el potencial comportamiento delictivo de los individuos dentro de la organización y su reacción a un sistema de incentivos positivos y negativos (id., p. 48).

¹³⁷ Yuval Feldman y Yotam Kaplan: “Behavioral Ethics as *Compliance* ”, en *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper* No. 19-18, 2019, p. 7 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3458582>).

es necesario considerar el modo en que estas sanciones afectan la reflexión y la conciencia ética de los agentes en tiempo real a la luz de su capacidad de comprender su propia ilicitud sobre la base de toda una serie de puntos ciegos éticos ¹³⁸. Es decir, si desconocemos los mecanismos subconscientes que en no pocas ocasiones conducen a los empleados a actuar, es evidente que los mecanismos de *compliance* que una empresa pueda tener en pie no serán los más adecuados (cuando menos serán mejorables) para prevenir, detectar y sancionar comportamientos que podrían servir como presupuesto para la responsabilidad penal y/o civil o administrativa de la persona jurídica.

Creemos que Haugh tiene razón cuando afirma que los programas de *compliance* no deben construirse pensando en cuál va a ser la reacción de las autoridades, sino en cuál va a ser el impacto en los verdaderos *clientes* de estos programas: los propios empleados de la organización. El *compliance* conductual considera de forma inherente las implicaciones conductuales de los programas de *compliance* y especialmente atiende a cómo las políticas de la compañía pueden fomentar o desterrar las racionalizaciones por parte de los empleados –lo que para el autor es un aspecto nuclear de la criminalidad empresarial– ¹³⁹. Por ello, sostiene este autor que la mejor manera de mejorar la efectividad de los programas de *compliance* es centrándose en el comportamiento de los empleados ¹⁴⁰.

Esto entronca con las palabras del Profesor Silva Sánchez, quien sostiene que “*parece razonable considerar que los sesgos cognitivos y otros efectos de fuerzas situacionales sean considerados expresivos de una organización o, en otros términos, de una cultura corporativa defectuosa*” ¹⁴¹. Por ello, aboga por incorporar a los programas de *compliance* “*un sistema de control constante sobre la tendencia de los sujetos (y del grupo) a los sesgos*

¹³⁸ Del mismo modo, Haugh sostiene que, desgraciadamente, la mayoría de las empresas tienen un conocimiento exiguo de cómo sus empleados toman en realidad decisiones éticas y mucho menor de cómo usar esa información para alcanzar los objetivos de *compliance* (Todd Haugh: “Nudging Corporate *Compliance*”, en *American Business Law Journal*, Vol. 54, Issue 4, 2017, p. 685).

¹³⁹ Todd Haugh: ““Cadillac *Compliance*” Breakdown”, en *Stanford Law Review Online*, Vol. 69, 2017, p. 204. En este sentido, pone de manifiesto la necesidad de contratar -o formar- a expertos en el comportamiento humano para integrarlos dentro de los equipos de *compliance* o fomentar el *storytelling* por parte de los empleados y directivos en materia de ética y *compliance* (Id., pp. 204-205).

¹⁴⁰ Todd Haugh: “The Trouble With Corporate *Compliance* Programs”, en *Mit Sloan Management Review*, Vol. 59, No. 1, 2017, p. 56.

¹⁴¹ Jesús-María Silva Sánchez: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo” en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2^a edición, Edisofer, 2016, p. 281.

cognitivos y a la influencia nociva del contexto ”¹⁴² . En este sentido, afirma que en las empresas se puede hablar de dos deberes de garante relacionados con los sesgos cognitivos donde el *compliance* puede jugar un papel fundamental: un deber de garante de protección de los empleados respecto de sus propios sesgos y un deber de garante de control de aquellos empleados con sesgos¹⁴³ . Para Silva Sánchez, el deber de neutralizar esos sesgos cognitivos nos incumbe a cada uno de nosotros pero, y aquí es lo interesante a los efectos que nos importan, también afirma que “*dicho deber de neutralización podría integrarse en la posición de garantía de un tercero que tuviera deberes de control sobre los riesgos generados a través del agente que padece el sesgo* ”¹⁴⁴ .

Esto es relevante, pues, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 123/2019, de 8 de marzo (Pte. Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca):

“la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos ” .

En cualquier caso, rescatando las palabras de Paine allá por 1994¹⁴⁵ , el reconocer la importancia del contexto organizativo –y los distintos sesgos y reacciones psicológicas que ello genera– a la hora de explicar el comportamiento de los empleados no supone exculpar a quienes cometan actos ilícitos¹⁴⁶ , no podemos caer en la dicotomía de hacer

¹⁴² Id., p. 281.

¹⁴³ Id., p. 279, donde Silva Sánchez llega incluso a plantear la posibilidad de una “*imputación en autoría mediata por contribución a la creación o bien por aprovechamiento de sesgos cognitivos ajenos* ”.

¹⁴⁴ Id., p. 261. De un modo similar, pero desde una perspectiva no jurídica, Kim, Moge y Strudler señalan que las obligaciones de los actores morales son las mismas con independencia de su conocimiento de sus capacidades éticas limitadas (*bounded ethicality*) o su habilidad para combatirla de un modo efectivo. Ahora bien, sostienen que el conocimiento de que existen tales limitaciones puede generar nuevas obligaciones para los actores morales como, por ejemplo, la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para combatir las influencias sociales y psicológicas causantes de dicha *bounded ethicality* (Tae Wan Kim, Roser Marie Monge y Alan Strudler: “Bounded Ethicality and The Principle That “Ought” Implies “Can””, en *Business Ethics Quarterly* , Vol. 25, Issue 3, p. 334).

¹⁴⁵ Lynn S. Paine: “Managing for Organizational Integrity”, en *Harvard Business Review* , 1994 (disponible online en {<https://hbr.org/1994/03/managing-for-organizational-integrity>}).

¹⁴⁶ Como se ha destacado en el ámbito de la psicología organizacional, el comportamiento en las organizaciones, ya sea ético o poco ético, es un producto tanto de las influencias individuales –cómo los individuos reflexionan sobre cuestiones éticas– como organizacionales –cómo las organizaciones gestionan las recompensas y las sanciones– (Linda Klebe Trevino y Stuart A. Youngblood: “Bad Apples in Bad Barrels: A Causal Analysis of Ethical Decision-Making Behavior”, en *Journal of Applied Psychology* , Vol. 75, No. 4, 1990, pp. 378-385). Vid el trabajo previo de

responsable al empleado o al sistema, pero debemos tener en cuenta y conocer todas las influencias si queremos desarrollar un sistema de *compliance* lo más efectivo posible. Es decir, lo que aquí se pretende es potenciar un modelo complementario, no alternativo.

No podemos perder de vista que la aplicación de la ética conductual al *compliance* ha de verse como un añadido al que todavía le falta un largo proceso de refinamiento y siempre teniendo en cuenta que no puede considerarse exenta de riesgos y/o problemas ¹⁴⁷. En cualquier caso, creemos que la aplicación de las ciencias conductuales al *compliance* y, en definitiva, un enfoque más empírico para saber qué es lo que funciona y qué no será algo cada vez más difícil de obviar en el día a día de la función de *compliance* ¹⁴⁸.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El *compliance* es una disciplina que, si bien tiene una relación intensa con el Derecho penal, abarca aspectos más amplios y complejos si cabe que la responsabilidad propia de este ámbito. No solo trata de evitar que las personas jurídicas incurran en responsabilidad penal, sino, como indica en nuestro país el Ministerio Público, fomentar una cultura de respeto al Derecho para de este modo crear buenos ciudadanos corporativos. Ciencias sociales como la psicología, la sociología, la gestión empresarial y la criminología nos advierten de que las organizaciones tienen una serie de elementos que las hacen únicas y que es necesario tener en cuenta si queremos que la configuración de los programas de *compliance* sea realmente eficaz.

Si los comportamientos ilícitos surgen sin que haya habido antes

Treviño desarrollando un modelo interaccionista en “Ethical Decision Making in Organizations: A Person-Situation Interactionist Model”, en *The Academy of Management Review*, Vol. 11, No. 3, 1986, pp. 601-617.

¹⁴⁷ Vid en este sentido, por ejemplo, Yuval Feldman y Yotam Kaplan: “Big Data & Bounded Ethicality”, en *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-05*, 2018, p. 37; Todd Haugh: “Nudging Corporate Compliance”, en *American Business Law Journal*, Vol. 54, Issue 4, 2017, p. 715 y ss.; Robert Baldwin: “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree” en *The Modern Law Review*, Vol. 77, No. 6, 2017, p. 844.

¹⁴⁸ En la encuesta de Deloitte de 2021 sobre el estado de *compliance* (p. 7) se ponía de manifiesto la gran necesidad de espacio para mejorar -por parte de la función de *compliance* - las habilidades de análisis de datos (online en <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/audit/au-audit-state-of-compliance-survey-2022-110422.pdf>). Ya en el informe de 2019 sobre el estado del *compliance* elaborado por PwC se establecía como un aspecto a considerar para el futuro (p. 28) el desarrollo de un proceso de desarrollo del talento que pueda adaptarse al cambiante perfil de riesgo de la organización y que, sobre todo, reconozca que las necesidades pueden ser muy diferentes a las que tradicionalmente ha poseído la función de *compliance* (online en <https://www.pwc.co.uk/audit-assurance/assets/pdf/2019-state-of-compliance.pdf>).

un proceso deliberado y racional, sino inconsciente y oculto, conocer realmente cómo es ese proceso nos llevará a aumentar las posibilidades de evitarlo. En este sentido, los postulados y las enseñanzas de ética conductual son de gran utilidad.

El *compliance* penal busca en primer lugar prevenir la comisión de comportamientos ilícitos; en segundo lugar, en un estadio posterior –es decir, si estos ya se han cometido– busca detectarlos y, como último fin, sancionarlos y evitar que se vuelvan a repetir. Por lo tanto, parece evidente que es necesario aprehender cuáles son los mecanismos cognitivos que entran en juego a la hora de tomar decisiones y comportarse en el marco organizativo para que el *compliance* penal pueda desplegar todo su potencial. Si el *input* con el que construimos nuestro sistema de *compliance* y los métodos con los que desarrollamos los mecanismos de prevención, detección y reacción que implementamos no son los correctos, el *output* necesariamente no será el adecuado (o cuando menos, contará con un amplio margen de mejora). Por otro lado, también es evidente que es necesario conocer ante qué situaciones de riesgo penal van a tener que enfrentarse los empleados de nuestra organización y cómo se comportan al desempeñar sus funciones para poder determinar si existe un *salto* entre la prescripción de la normativa interna de *compliance* y la realidad conductual de los empleados. Lógicamente, si nuestro modelo de *compliance* no prevé determinados riesgos (i.e. aquellos que provienen de las deficiencias cognitivas de los empleados) es evidente que tampoco preverá mecanismos para evitar su comisión.

El Derecho como disciplina social que reprende comportamientos indeseables no puede ser ajeno a otras disciplinas sociales que sirven para entender cómo nos comportamos. El Derecho penal no puede operar como un compartimento estanco al margen de las conocimientos que proporcionan otras ciencias, máxime si este conocimiento permite refinar y mejorar el propio Derecho penal (o, en este caso, la disciplina del *compliance*). Si usamos las gafas de la ética conductual podemos enfocar mejor el problema de la criminalidad producida en el seno de las organizaciones, ya sea *ad intra* o *ad extra*, y conseguir una solución mucho más satisfactoria.

Esto entronca con muchas de las críticas –en no pocas ocasiones merecidas– de las autoridades y parte de la doctrina sobre los denominados como *paper / fake / cosmetic compliance*. El *compliance* penal no ha de verse como un seguro para evitar las imputaciones penales, puede y debe ir mucho más allá, creando una verdadera cultura ética de respeto a la legalidad. En un mundo cada vez más globalizado, en donde existen compañías que pueden considerarse más grandes y con más medios que muchos estados, la importancia de que estas se doten

de mecanismos que sirvan para alentar y desarrollar una –verdadera– cultura de cumplimiento no puede desdeñarse.

Los Abogados juegan un papel esencial en la configuración de los sistemas de *compliance*, pero en modo alguno es un terreno exclusivo de este gremio. De la misma manera que los Abogados buscamos información sobre hechos pasados similares al caso que se nos presenta y que nos permite ofrecer una solución en cierto modo predictiva sobre lo que es razonable esperar, para así evitar los problemas legales antes de que surjan o gestionarlos si ya nos vemos abocados a ello, las empresas deberían introducir perfiles que tengan conocimiento sobre desastres éticos acaecidos en otras empresas (que, en la mayoría de las ocasiones, van acompañados de desastres de naturaleza legal, ya sea civil, administrativa o penal) y sobre la cultura y los comportamientos y fallos cognitivos y éticos que los desencadenaron. Se trata en este sentido de crear una suerte de jurisprudencia conductual que permita a los departamentos de *compliance*, contando con el asesoramiento de expertos en el comportamiento humano y en cómo los distintos sesgos y el contexto organizativo inciden en cómo los empleados se comportan, mejorar su función de prevención.

Como en toda buena mudanza, algo se pierde por el camino. Es claro que los resultados obtenidos en los experimentos pueden diferir de los que obtengamos al extrapolarlos al mundo real de los negocios, cada vez más competitivo a causa de la globalización. En cualquier caso, los resultados obtenidos son prometedores y el intento merece la pena. Cada vez son más las voces que señalan que el *compliance*, tal y como está hoy en día configurado y es aplicado, puede mejorarse; y que el uso de evidencias empíricas y el apoyo en las ciencias conductuales es un camino que, tarde o temprano, el *compliance* (que en España está en un estado todavía muy incipiente) tendrá que recorrer. Al hacer este camino no fracasaremos, sino que encontraremos maneras de cómo no hacer las cosas y mejorar una herramienta básica para la gestión del riesgo y el fomento de una cultura de (mayor) respeto al Derecho.