CULTURA DE CUMPLIMIENTO: MÁS ALLÁ DE LA ÉTICA CORPORATIVA (Y DEL PRINCIPIO DEL HECHO)

ALEJANDRO TURIENZO FERNÁNDEZ [*] Y JAVIER CIGÜELA SOLA [**]

El contexto empresarial importa, no sólo porque durante el curso de la actividad societaria pueden originarse una serie de *outputs* lesivos, sino también porque, en ocasiones, ese mismo contexto facilita e incluso fomenta que los integrantes de la organización incurran en comportamientos delictivos [1]. Hace años que se habla más de la necesidad de combatir los «barriles podridos» (*rotten barrels*) que las «manzanas podridas» (*rotten apples*) [2]: aunque expulsemos de la organización al infractor individual, esta táctica no siempre impedirá que en la empresa vuelvan a cometerse delitos porque todavía existirá un ambiente tóxico que influirá negativamente en el comportamiento del resto [3]. A lo anterior podríamos referirnos, si se quiere, como la «enfermedad». Como reverso, hace falta que la organización introduzca herramientas que sirvan para corregir posibles factores criminógenos organizativos. Esto es: el *cri-*

[*] Profesor Lector de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.
[**] Profesor Lector de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

[1] Al respecto, *vid.* VAN ERP, J., «The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences», *Administrative Sciences*, Vol. 8, núm. 36, 2018, pp. 1 y ss. Particularmente, comentan ENT, M. R./BAUMEISTER, R. F., «The Four Roots of Organizational Evil», en Jurkiewicz, C. L., (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M. E. Sharpe, New York, 2012, p. 219 que, a pesar de que los delitos los cometen las personas físicas, las organizaciones pueden permitir, coordinar e incluso promover la maldad. Fundamental para entender cómo el contexto puede influir en la toma de decisiones individuales, hasta el punto de determinar que una persona realice actos nocivos que en condiciones normales no llevaría a cabo ZIMBARDO, P. G., *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2008, pp. 258 y ss.

[2] KAPTEIN, M., «Understanding unethical behavior by unraveling ethical culture», *Human Relations*, Vol. 64, núm. 6, 2011, p. 844.

[3] KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», *Ethikos*, 2017, p. 6.

minal compliance. Y quien asumirá la responsabilidad principal de verificar que las medidas de cumplimiento normativo funcionan debidamente no será otro que el *compliance officer*[4]. Por continuar con la metáfora, el *criminal compliance*, cuyo diseño quedaría en manos de la propia empresa, sería algo así como la «cura» contra esa «enfermedad», que es justo el modo como la organización se halla defectuosamente organizada[5].

En este sentido, y como se ha venido desarrollando tanto en relación con los factores criminógenos como en lo que a su prevención respecta[6], es posible distinguir en toda organización al menos dos dimensiones: la referida a las estructuras, esto es, aquellos procesos y sistemas que vertebran la actividad económica y comunicativa de la empresa (distribución de tareas y funciones, canales de comunicación, etc.); y la referida a la cultura corporativa, donde radican los valores, los hábitos conductuales y los conocimientos que circulan por la corporación y que influyen en el comportamiento –también el delictivo– de sus miembros. [7] Pues bien, si la discusión tradicional ha tendido a poner el foco en los factores de prevención de tipo estructural –existencia de un canal de denuncias, delimitación clara de responsabilidades, medidas de vigilancia y control, etc.–, en los últimos años se observa un giro hacia la prevención de tipo cultural: se asume que, a efectos de cumplimiento en la empresa, no basta con el establecimiento de estructuras de control, sino que se requieren toda una serie de medidas relativas a los valores y los contextos decisorios, complejas de establecer, pero esenciales para influir en el comportamiento individual.

Es precisamente esta dimensión cultural la que nos ocupa en el presente trabajo, tanto en sus formas más conocidas –liderazgo (2.1), selección de personal (2.2)– como en relación con técnicas más novedosas –*scripts* (2.3) y *nudges* (2.4)–. El objetivo es visibilizar formas de prevención cultural que van más allá del tratamiento tradicional, cuyo foco se ha puesto esencialmente en los Códigos de conducta y en las políticas de empresa (al respecto: I).

---

[4] Sobre la figura del *compliance officer* y su abanico de deberes, *vid.* Turienzo Fernández, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 35 y ss.

[5] Van Erp, J., «The Organization of Corporate Crime…», pp. 3 y ss., entiende que la organización ocupa una posición dual, puesto que tanto es la «causa» como la «cura» contra la delincuencia corporativa.

[6] Cigüela Sola, J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», *InDret* 4/2019, pp. 11 y ss.

[7] Muy al contrario de lo que apostilla la CFGE 1/2016 en su Apartado 5.6., la cultura de cumplimiento no es un fin con entidad propia sino, más bien, un poderoso recurso contra la criminalidad de empresa basado en una multitud de medidas de cumplimiento normativo. En este sentido, acertadamente, Ortiz de Urbina, I., «Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm., 6, 2018, pp. 4 y ss.

I. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL: CÓDIGOS DE CONDUCTA, POLÍTICAS DE EMPRESA, FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

Beccaria dejó por escrito que una ley debe ser clara y comprensible para los ciudadanos si se quiere que sea eficaz en la prevención de la delincuencia [8]. El problema es que el contexto corporativo se encuentra plagado de complejas normas jurídicas tanto penales como de otra naturaleza (tributaria, mercantil, administrativa, etc.) que han de ser acatadas. Por si fuera poco, en el campo del cumplimiento normativo, a la empresa le interesará tener presentes distintas normas de *soft law* como, paradigmáticamente, las normas ISO y UNE. Frente a tal complejidad y densidad normativa, no parece realista presumir que los integrantes de la mercantil conocerán con exactitud y en todo momento cómo se espera que actúen en su quehacer diario [9], extremo que naturalmente dificultará el cumplimiento de las normas [10]. A fin de garantizar que el mensaje normativo (particularmente el penal) es recibido exitosamente, la organización ha de operar como intermediaria entre el Derecho y sus destinatarios, definiendo claramente cuáles son los estándares ético-sociales a los que estos han de adherirse [11]. Con tal de acometer dicho objetivo, tendría a su alcance diversas herramientas: los Códigos de conducta, las políticas de empresa, los cursos de formación y las campañas de sensibilización.

Los Códigos de conducta son documentos de corta extensión, generalmente de acceso abierto y caracterizados por el uso de un lenguaje sencillo y ameno, alejado de tecnicismos [12]. Respecto a su contenido, es verdad que, en el fondo, los Códigos de conducta se limitan a extrapolar aquello que ya figura en la legislación penal: que la empresa haga alarde de una política de tolerancia

---

[8] Beccaria, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1764), pp. 24-25.

[9] Coca Vila, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez, J. M., (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 72 habla de la menor fuerza con la que suele llegar el mensaje normativo al seno de las corporaciones.

[10] Señala Robinson, P. H., *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012 (2008), p. 55 que la gente no suele conocer las normas que rigen sus vidas. También ponen de relieve la extendida falta de conocimiento de la ciudadanía sobre lo que dicta la ley, inclusive aspectos básicos del derecho penal Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, Beacon Press, Boston, 2021, pp. 138 y ss. En este sentido, Ball, J. C., «The deterrence concept in criminology and law», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Political Science*, 1955, Vol. 46, núm. 3, p. 351 comenta que una ley no podrá ejercer influencia disuasoria sobre un criminal en potencia si éste desconoce su existencia.

[11] Kaptein, M., «Understanding unethical behavior by unraveling ethical culture», pp. 847-848. En general, Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, pp. 141-142.

[12] Sobre cómo han de redactarse los Códigos éticos y los contenidos que han de figurar en estos, *vid.* Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en Nieto Martín, A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 143-144.

cero con la corrupción o que prohíba determinadas prácticas dañinas para el medioambiente poco o nada añade a las prohibiciones o mandatos que ya se derivan de las normas jurídico-penales, a no ser que las demandas de la mercantil sean más exigentes que las de la legislación misma (p. ej., vetar la aceptación de cualquier tipo de obsequio ofrecido por entidades privadas) [13]. Sin embargo, los Códigos de conducta cumplen una valiosa labor informativa: simplificar sobremanera los mensajes normativos para que sean fácilmente captados por los miembros de la mercantil a fin de actuar en consecuencia [14].

A su vez, los Códigos de conducta comunican de manera clara y comprensible que el cumplimiento normativo es algo deseable y recuerdan cuán necesario es comportarse éticamente [15]. Esto también es relevante: la empresa transmite mediante el Código de conducta cuál es el conjunto de valores ético-sociales que defiende con el afán de inculcarlos o, en su caso, reforzarlos entre sus empleados [16]. Acompasar el sistema de valores de los empleados con el de la empresa importa [17]: con ello puede conseguirse que estos estén suficientemente motivados intrínsecamente como para cumplir voluntariamente las normas jurídico-penales aun cuando no haya nadie alrededor para exigírselo y el riesgo de detección sea mínimo [18]. Habrá gente que, pese a disponer de oportunidad delictiva, no transgredirá las normas simple y llanamente porque considere, conforme a su sistema de valores, que actuar así está mal [19].

---

[13] Comenta Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», p. 138 que los Códigos éticos, en bastantes supuestos, van más allá de lo dispuesto por la ley. En esta misma línea, Pastor Muñoz, N., «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», *La Ley Compliance Penal*, núm. 5, 2021, p. 5.

[14] Aunque concibe los programas de cumplimiento como un sistema de prevención de delitos orientado a la minimización de *outputs* lesivos, Pastor Muñoz, N., «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales…», pp. 4 y ss., admite que una parte de estos, particularmente el Código de conducta, sería una posible concreción de las normas jurídico-penales, aspecto que esta autora ve deseable debido a las dificultades que padecen las personas físicas integradas en la empresa para averiguar qué es lo que el Derecho Penal espera de ellas.

[15] Rorie, M., West, M., «Can «Focused Deterrence» Produce More Effective Ethics Codes? An Experimental Study», *Journal of White Collar and Corporate Crime*, Vol. 3, núm. 1, 2020, pp. 10-11.

[16] En este sentido, Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», pp. 135 y ss.

[17] *Vid.* Tyler, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self- Regulatory Approaches», *Brooklyn Law Review*, Vol. 70, núm. 4, 2005, p. 1299; Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, núm. 4, 2012, p. 969 y ss.; Haugh, T., «Cadillac Compliance Breakdown», *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, p. 207.

[18] Tyler, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self- Regulatory Approaches», p. 1.293; Haugh, T., «Cadillac Compliance Breakdown», p. 207; Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, pp. 81-82, 101; Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, núm. 4, 2012, p. 969.

[19] Considérese el caso de Frank Serpico cuya historia fue llevada a la gran pantalla con una película protagonizada por Al Pacino titulada «Serpico» (1971). Frank Serpico fue un honesto oficial de policía del

Paralelamente, hay autores que piensan que el proceso de redacción y/o actualización del Código de conducta sería una buena oportunidad para implicar a los empleados en asuntos de cumplimento normativo para que así exista una mayor predisposición a acatar sus disposiciones al percibirlo como más legítimo por haber tomado parte en la discusión sobre su contenido [20]. Algo así podría lograrse enviando a los integrantes de la mercantil un borrador del Código de conducta y habilitando un buzón de sugerencias para que los empleados remitan sus recomendaciones u opiniones al respecto. Se presupone, de hecho, que un código que haya contado con la implicación colectiva será objeto no sólo de mayor cumplimiento, sino además de mayor legitimidad de cara a quienes están llamados a cumplirlo; al fin y al cabo serán normas que ellos mismos habrán co-elaborado [21].

En cualquier caso, sonaría algo naíf creer que la empresa conseguirá sus objetivos solamente publicitando *urbi et orbi* un documento de unas pocas páginas repleto de frases lapidarias e imágenes a todo color. No está de más recordar que existen cuestiones de Parte General especialmente debatidas y elementos de los tipos penales de la Parte Especial algo oscuros que admiten varias interpretaciones. Aparte, el modo en que los tipos penales son aplicados por los tribunales tampoco debe descuidarse. Por si fuera poco, hace no tanto tiempo fuimos testigos de la aprobación en plazos más bien ajustados de un sinfín de reformas legales escasamente meditadas y coordinadas [22], alejadas de esa racionalidad legislativa a la que aboga Díez Ripollés [23], que entorpecen un debido seguimiento de las pautas de conducta que el Derecho Penal establece. A la vista de este panorama, a duras penas va a estar la empresa en condiciones de transmitir exitosamente entre sus trabajadores qué es lo que deben hacer simplemente mediante la redacción y posterior difusión de un Código de conducta.

De modo complementario, hará falta desarrollar el contenido del Código de conducta mediante políticas de empresa (p. ej., política de igualdad, política

---

Departamento de Policía de New York que se resistió estoicamente a las ofertas de sus compañeros a participar en una extendida trama de corrupción policial y, además, alzó la voz en los años sesenta para denunciarla pese a todas las dificultades con las que se topó.

[20] Treviño, L. K., et al., «Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts», *California Management Review*, Vol. 41, núm. 2, 1999, pp. 131-151; Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020, p. 11.

[21] Nieto Martín, A., ««Stakeholders» Compliance Programs: From Management of Legality to Legitimacy», en Manacorda, S., Centonze, F., *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Berlin, Springer, 2021, pp. 287-311.

[22] *Vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Indigestión penal», *El País*, 29 de diciembre de 2022, pp. 1-2.

[23] Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 2013.

de medioambiente o política de protección de datos personales) [24]. Y no sólo eso: el *compliance officer* debe organizar periódicamente, sobre todo cuando se aprueben reformas legales de gran calado, cursos de formación, presenciales u *online*, impartidos por expertos en la materia en los que se profundice sobre aspectos de relevancia jurídica que los integrantes de la empresa han de conocer [25]. En este punto, habrá que pensar bien cómo se comunican los contenidos de interés con tal de que sean captados lo mejor posible. Las tradicionales explicaciones teórico-prácticas podrían combinarse con métodos de enseñanza algo más innovadores como el *storytelling* [26], los talleres de simulacro de escenarios en los que los trabajadores tal vez lleguen a ser partícipes, o algunos desarrollos de lo que viene definiéndose como «*legal design*» [27].

Obviamente la posibilidad de que cada uno de los miembros de la mercantil asista a cursos de formación dependerá de las dimensiones de la empresa y del número de trabajadores. En grandes corporaciones difícilmente podrá exigirse formación para todo el mundo, en cuyo caso, no quedará otra que priorizar determinados perfiles profesionales en función del cargo ocupado y de su exposición al riesgo. En cuanto al resto de la plantilla, y también como refuerzo para quien asista obligatoriamente a cursos de formación, la mercantil contará con un mecanismo complementario como son las campañas de sensibilización: p. ej., colgar en los centros de trabajo posters recordando qué comportamientos no son tolerados o enviar mediante la *newsletter* corporativa, especialmente durante periodos concretos como el navideño, mensajes informativos acerca de la política de regalos de la empresa.

II. NO SÓLO DE ÉTICA DE LOS NEGOCIOS VIVE EL *COMPLIANCE* CULTURAL: EL *BEHAVIORAL COMPLIANCE*

Tradicionalmente la mecánica de la vigilancia, el control y, en fin, la disuasión delictiva a partir del juego de incentivos y amenazas configurado

---

[24] Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», pp. 141-142.

[25] Casanovas, A., «La adecuación de los ciclos formativos», *Series de test de compliance*, núm. 4, 2015, pp. 1-23.

[26] *Vid.* Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 983-984; Haugh, T., «Cadillac Compliance Breakdown», *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, pp. 205-206.

[27] Tendencia actualmente en desarrollo, por «*legal design*» se entiende la disciplina que trata de aplicar al campo de la comunicación jurídica los conocimientos del diseño, particularmente del diseño de experiencia de usuario (UX). El objetivo esencial es hacer que el derecho sea más «accesible, útil, atractivo y transparente para el usuario». *Vid.*, al respecto, Conac, M. A., «Legal Design: a must for the GDPR compliance», *Admeet.eu* (https://www.admeet.eu/en/legal-design-a-must-for-the-gdpr-compliance/)

desde un modelo de persona racional que pondera constantemente los costes y beneficios de sus acciones (*command and control model*) [28] solía contraponerse con aquella otra mecánica consistente en el fomento de valores (*values-based model* o *integrity-based system*) [29]. Hoy por hoy, el dilema sobre si adoptar uno u otro modelo está más que superado. Las corporaciones no se ven obligadas a resolver una disyuntiva que les fuerce a escoger entre un sistema de gestión de cumplimiento orientado a valores u otro basado en la vigilancia y control. Extraña será la vez, de hecho, en que dejen de convivir ambos instrumentos en la empresa [30]. Prever, p. ej., controles financieros en la mercantil es perfectamente compatible con organizar cursos de formación. Una cosa no excluye la otra.

Lo que realmente preocupa en esta sede es lo limitado que se presenta el aludido modelo de promoción de ciertos valores ético-sociales. Pues, a pesar de que una persona los tenga integrados, ello no garantizará que, llegado el momento de la verdad, actuará de forma consecuente con su afán de actuar correctamente [31]. La llamada ética conductual (*behavioral ethics*) se ha ocupado de explicar, bajo el influjo de la denominada economía del comportamiento

---

[28] *Vid.* Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, pp. 12 y ss., 46 y ss.; Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 966; Tyler, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», *American Criminal Law Review*, Vol. 51, núm. 1, 2014, p. 272.

[29] *Vid.* Tyler, T. R., Dienhart, J., Thomas T., «The Ethical Commitment to Compliance: Building Values-Based Cultures», *California Management Review*, Vol. 50, núm. 2, 2008, pp. 31-51; Stucke, M. E., «In Search of Effective Ethics and Compliance», *Journal of Corporation Law*, Vol. 39, núm. 4, 2014, p. 819; Langevoort, D. C., «Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law», *Columbia Business Law Review*, Vol. 71, 2002, pp. 104 y ss.

[30] Destaca Tyler, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», p. 269 que las empresas tanto disponen de normas que dictaminan lo que es correcto o adecuado como sanciones y recompensas por infringir la ley o por cumplirla. Define Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», p. 987 el *command and control* como el corazón de un programa de cumplimiento serio y la cultura como su alma. Se posiciona a favor de mantener cierto nivel de monitorización en los modelos de integración de valores Langevoort, D. C., «Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law», p. 105. Estima Franco, J. A., «Surveillant and Counselor: A Reorientation in Compliance for Broker-Dealers», *BYU Law Review*, Vol. 2014, núm. 5, 2015, p. 1.170 que las estrategias de enfoque interno no pretenden reemplazar las de enfoque externo, sino todo lo contrario, complementarlas. Descarta Regan, M. C., «Moral Intuitions and Organizational Culture», *St. Louis University Law Journal*, Vol. 51, 2008, p. 971 que una y otra orientación sean mutuamente excluibles y apuesta por un programa de cumplimiento que combine, de un lado, *values-based features*, que enfaticen en los valores con los que la empresa está comprometida y fomenten la adhesión de los trabajadores a los mismos, con, de otro lado, *deterrence-based features*, esto es, un enfoque orientado hacia la amenaza de sanción en caso de transgredir las normas, la monitorización y los sistemas de auditoria a fin de prevenir, detectar, informar y castigar comportamientos inadecuados.

[31] Recomienda Heath, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», p. 611 que los cursos de ética de los negocios cambien su enfoque: de invitar a sus estudiantes a experimentar una catarsis con la que se replanteen su sistema de valores a aprender a configurar en la empresa un contexto institucional que promueva el comportamiento ético.

(*behavioral economics*) [32], que los seres humanos somos, además de racionalmente limitados (*bounded rationality*) [33], éticamente limitados (*bounded ethicality*) [34]: más veces de las que nos gustaría, actuamos de forma contradictoria con nuestro deseo de acatar las normas. Eso no significa que no existan ovejas negras que tengan intención de quebrantarlas. Evidentemente existen. Lo que es errado es pensar que aquellos que delinquen son siempre agentes con una brújula moral estropeada. Entre quienes infringen la ley también hay sujetos que de base comparten las virtudes de cumplir con el Derecho pero que terminan por delinquir debido a su forma de operar, condicionada por multitud de heurísticos y sesgos (cognitivos y volitivos), las fuerzas situaciones originadas en el contexto en el que se desenvuelven (p. ej., el padecimiento de fuertes presiones durante el desempeño de una actividad) así como las dinámicas de grupo en las que se insertan [35].

> Buena muestra de dicha falta de correspondencia entre saber qué es lo correcto a hacer y actuar luego de manera ética es el experimento de Darley y Batson [36]. A un grupo de 66 estudiantes del Seminario Teológico de Princeton se les pidió preparar un breve sermón sobre la parábola del buen samaritano que tendrían que impartir en un edificio alejado respecto aquel en el que se encontraban. A un primer grupo de seminaristas se les informó que iban bien de tiempo y que si se dirigían en ese momento al otro edificio llegarían en hora. A un segundo grupo se les indicó que tenían que marcharse ya para no llegar tarde. Al tercer y último grupo se les comentó que ya llegaban tarde y que debían darse prisa. De camino al otro edificio los seminaristas se toparon con un desconocido que yacía en el suelo y requería auxilio (¡justo como en la parábola del buen samaritano sobre la cual estaban a punto de impartir un sermón!). En función de cuán apurados de tiempo creían que iban, su inclinación para echar una mano a la persona

[32] Describe la ética del comportamiento como el *spin-off* de la economía del comportamiento KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2.

[33] Este concepto lo introdujo en el campo de la economía SIMON, H., «A Behavioral Model of Rational Choice», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, núm. 1, 1955, pp. 99 y ss.

[34] SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», *Current Opinion in Psychology*, Vol. 6, 2015, p. 77; BAZERMAN, M. H., GINO, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», *Annual Review of Law and Social Sciences*, núm. 8, 2012, p. 96; FELDMAN, Y., *The Law of Good People. Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 2-3; HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», *California Law Review*, Vol. 8, 2017, p. 5.

[35] Siguiendo la distinción formulada por FELDMAN, Y., *The Law of Good People. Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, pp. 1 y ss., hay «gente mala» que desea quebrantar la ley tras un deliberado cálculo de los costes y beneficios (*calculative wrongdoer*) y «gente buena» que o bien no se percatan de que incumplen las normas (*erroneus wrongdoer*) o bien racionalizan su comportamiento ilícito (*situational wrongdoer*). El reto para los reguladores, como advierte el autor citado, será diseñar un sistema óptimo para prevenir las conductas transgresoras de unos y otros.

[36] DARLEY, J. M., BATSON, C. D., «From Jerusalem to Jericho: A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 27, núm. 1, 1973, pp. 100-108.

> desvalida fue distinta: de los seminaristas del primer grupo pararon a ayudar un 63 %, de los del segundo grupo un 45 % y de los del tercer y último grupo solo un 10 %. Lo que marcó aquí la diferencia fueron los distintos niveles de estrés a los que fueron sometidos los protagonistas del experimento, no su grado de conocimiento sobre las bondades de ayudar al prójimo, pues esto último es algo que todos sabían gracias a la parábola del buen samaritano [37].

Así las cosas, trasladar de manera clara y sencilla a los integrantes de la corporación qué dicta la legislación penal y esforzarse por que interioricen lo transmitido con tal de acompasar su sistema de valores con el de la compañía va a ser solo el primer paso que dar. Únicamente con ética de los negocios no vamos a llegar excesivamente lejos. Adicionalmente hay que comprender, de la mano de las ciencias del comportamiento, los procesos de decisión individuales y cómo los humanos actuamos en un determinado contexto. Justo en esta línea se orientan los últimos avances en cumplimiento normativo. A este relativamente novedoso ámbito de investigación se le ha denominado *behavioral compliance* [38], para cuyo desarrollo contribuirá decisivamente la ética conductual en tanto disciplina empírica [39] que explora, desde una óptica multidisciplinar, la toma de decisiones éticas [40] y, en particular, cómo es posible que hasta la persona más honesta caiga en la tentación de delinquir, aunque sea solo una vez en su vida, incluso, en ocasiones, sin tan siquiera percatarse, parcial o totalmente, de ello [41]. Esto es, entender por qué gente buena a veces hace cosas malas (*why good people sometimes do bad things*) [42]. Pero no sólo la ética conductual puede aportar mucho al *behavioral compliance*. Será bueno valerse también de la ciencia que más esfuerzos ha invertido en entender qué factores contribuyen a

---

[37] Las conclusiones alcanzadas en este experimento se hallan en línea con la comprobación empírica efectuada décadas más tarde por Schwitzgebel, E., Rust, J., «The Behavior of Ethicists», en Sytsma, J., Buckwalter, W., (eds.), *A Companion to Experimental Philosophy*, John Wisley & Sons, 2016, pp. 225-233. A saber, que los profesores de ética no resuelven mejor los dilemas morales que otros al momento de enfrentarse a ellos, cuestionándose la relación entre un razonamiento moral más sofisticado y un comportamiento más ético.

[38] Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», en Arlen, J., (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, 2018, pp. 272 y ss.

[39] Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 4-5.

[40] Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2; Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 264 y ss.; Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 1 y ss.; Bazerman, M. H., Gino, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», pp 89 y ss.

[41] Killingsworth, S., ««C» is for Crucible: Behavioral Ethics, Culture, and the Board's Role in C-Suite Compliance», *RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White Paper Series*, 2013, p. 1.

[42] Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2; Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 4.

explicar que haya gente que cometa delitos y, como reverso, a proponer medidas orientadas a prevenirlos: la criminología [43]. En esa línea, las próximas páginas tendrán como fin explorar distintas medidas de prevención de la delincuencia corporativa enmarcadas en esta dimensión.

1. Apoyar las iniciativas en cumplimiento normativo y predicar con el ejemplo: el *tone from the top*

El comportamiento individual de los líderes influye decisivamente en cómo se hacen las cosas en la organización. Es decir, el nivel micro contribuye también a moldear el nivel meso [44]. Especialmente problemático es que ese liderazgo se vuelva tóxico [45] fruto de las características personales de quien lo ejerce. Se habla de la tríada oscura de la personalidad (narcisismo, psicopatía y maquiavelismo) [46] así como de otros rasgos individuales como el exceso de confianza o el apetito al riesgo. El liderazgo tóxico puede terminar por concretarse en la tolerancia de la delincuencia corporativa, mirando hacia otro lado ante aquel ilícito del que se tenga noticia, el fomento de comportamientos prohibidos penalmente bajo lemas como «todo por la empresa», suscitándose además el problema de la «obediencia a la autoridad» [47], o, en los casos más extremos, la intervención directa de los líderes en hechos censurables.

---

[43] *Vid.* Larrauri, E., *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Trotta, Barcelona, 2.ª ed., 2018, pp. 15 y ss. Representativo del necesario hermanamiento entre la ética conductual y la criminología es el trabajo de Heath, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», pp. 595-614. También, Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 11-12; también, Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», pp. 5 ss.

[44] Cigüela Sola, J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», p. 25.

[45] Sobre el «lado oscuro» del liderazgo, *vid.*, entre otros, Lipman-Blumen J., «Toxic leadership: When grand illusions masquerade as noble visions», *Leader to Leader*. 2005, núm. 36, pp. 29-36; Mehta S., Maheshwari, G. C., «Toxic leadership: Tracing the destructive trail», *International Journalof Management*, Vol. 5, núm. 10, 2014, pp. 18-24; Green J. E., «Toxic leadership in educational organizations», *Education Leadership Review*, Vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 18-33; Judge, T. A., Piccolo R. F., Kosalka, T., «The bright and dark sides of leader traits: A review and theoretical extension of the leader trait paradigm», *The Leadership Quarterly*, núm. 20, 2009, pp. 855-875

[46] Paulhus, D. L., Williams, K. M., «The Dark Triad of Personality: Narcissism, Machiavellianism, and Psychopathy», *Journal of Research in Personality*, Vol. 36, núm. 6, 2002, pp. 556-563.

[47] Milgram, S., «Behavioral Study of Obedience», *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, núm. 4, 1963, pp. 371-378. Más recientemente, Haslam, S. A., Reicher, S. D., «50 years of «Obedience to Authority»: From Blind Conformity to Engaged Followership», *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2017, pp. 59-78.

A la vista de lo explicado, se ha insistido en cuán relevante es fijar el tono ético desde arriba, esto es, *tone from the top* [48] [49]. *Tone from the top* significa fundamentalmente que los líderes exhiban un firme apoyo a las diversas iniciativas en cumplimiento normativo (p. ej., adjuntando un mensaje de respaldo en la página inicial del Código de conducta o respondiendo debidamente ante los hechos delictivos sobre los que tengan conocimiento) y que prediquen con el ejemplo manteniendo cierta coherencia entre el mensaje transmitido de que acatar las normas es lo correcto y la conducta que luego ellos mismos realizan. Esto conecta con otro de los pilares para conseguir motivar a los trabajadores a actuar en una dirección ajustada a Derecho. A saber, la legitimidad percibida [50], definida, según Tyler, como «la creencia de que aquellos que están en el poder merecen gobernar y tomar decisiones que influyen en la vida de los demás así como en la percepción de que estos han de ser obedecidos» [51]. Toda exigencia de cumplir con las normas debe presuponer que los órganos de gobierno corporativo son los primeros que demuestran que eso es lo adecuado, ganando así credibilidad y fortaleciendo la voluntad de los trabajadores a operar lícitamente. En definitiva, *walk the talk*. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en actitudes hipócritas que priven al líder incluso de legitimidad moral para condenar a quienes optan por no acatar las normas [52].

---

[48] En ocasiones, en vez de hacerse uso de la expresión *tone from the top*, se ha empleado la de *tone at the top*. Es preferible la primera. *Tone at the top* pareciese incluir solo el compromiso de la cúpula directiva cuando lo acertado es que dicho compromiso provenga de la máxima dirección y fluya a través de cada uno de los niveles de la organización que es a lo que mejor se ajusta la expresión acogida.

[49] Vid, p. ej., el Apartado 7.1 de la norma UNE 19601 o el Apartado 5.6 de la CFGE 1/2016. También, en la doctrina, sin ánimo de exhaustividad, *vid.* Silva Sánchez, J. M., «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*», en Ragués i Vallès, R., Robles Planas, R., (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 50; Paine, L. S., «Managing for Organizational Integrity», *Harvard Business Review*, Vol. 72, núm. 2, 1994, p. 113; Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 980-982; Miller, G. P., *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, Wolters Kluwer, New York, 3.ª ed., 2019, p. 197; Schlichting, N. M., Cornett, B. S., «Tone At the Top: The Foundation of an Effective Compliance Program», *Journal of Health Care Compliance*, Vol. 8, núm. 4, 2006, pp. 33 y ss.; Baer, M., «Corporate Policing and Corporate Governance: What Can We Learn from Hewlett-Packard's Pretexting Scandal», *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 77, 2008, p. 527; Langevoort, D. C., «Cultures of Compliance», *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, p. 939.

[50] Sobre cuán trascendente es que quienes dirigen la empresa recaben legitimidad frente a sus empleados si es que desean que estos satisfagan las normas, *vid.* Tyler, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self- Regulatory Approaches», pp. 1302-1303; El Mismo, «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», pp. 268 y ss.; Killingsworth, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 974 y ss.; Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», p. 271.

[51] Tyler, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», pp. 268-269.

[52] En los últimos años ha sido objeto de atención en la filosofía moral la llamada «legitimidad moral» (*moral standing*): cuándo alguien está en condiciones de emitir a otro un reproche. *Vid.* Cohen, G. A.,

Con todo, es necesario advertir que aquí nos encontramos con una tensión entre el tipo de directivo que puede llamar la atención de los accionistas por conducir a la corporación hacia la obtención de mayores beneficios, y el que el Derecho –y el *compliance officer*– escogería para garantizar el objetivo paralelo del cumplimiento: los primeros tenderán a preferir ejecutivos agresivos y competitivos, mientras que los segundos tenderán a favorecer perfiles prudentes y abiertos a la crítica y el control externo. Por cuestiones obvias, es difícil que esa tensión se resuelva en favor del perfil jurídicamente preferible. Sin embargo, sería necesario –o al menos ello hablaría en favor del compromiso de la empresa hacia el cumplimiento– que en la selección del personal directivo participasen también los órganos de cumplimiento; esto es, que su voz sea escuchada en la elección de quién ha de marcar el tono que va a permear en la organización.

2. El proceso de selección de personal: más que una cuestión de negocios

Los procesos de selección de personal tienen como misión fundamental explorar la idoneidad de los candidatos que se postulan al puesto de trabajo ofertado examinando para ello aspectos tan significativos como su experiencia laboral, aptitudes o aspiraciones profesionales. La principal preocupación del equipo de recursos humanos será, por tanto, la de escoger a aquel candidato cuyas cualidades mejor se ajusten a las necesidades de la empresa. Dicho trámite no debería ser calificado como un mero asunto de negocios y, por consiguiente, dirigir todos los esfuerzos a encontrar a quien se crea que posee mayor pronóstico de éxito para lograr los objetivos de negocio definidos de antemano por la organización. Esta legítima aspiración ha de complementarse con un afán de huir de perfiles que, aunque prometedores en el plano profesional por su *expertise* y rasgos individuales (alto grado de competitividad, excesiva confianza en sí mismo, etc.), revelen cierta inclinación a incurrir en comportamientos desviados que, a la larga, perjudiquen los intereses de la persona jurídica y de terceros [53].

«Casting the First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn the Terrorists?», *Royal Institute of Philosophy Supplements,* núm. 81, *Cambridge University Press*, 2006, pp. 113-136.

[53] Insiste en que la empresa contrate a personas no-tóxicas dispuestas a participar en una cultura de cumplimiento de la legalidad Hoppe, M., «The Problem with Toxic Leadership and How to Detox Organizations», *Working Paper*, 2021, p. 7. En este sentido, también, Killingsworth, S., ««C» is for Crucible…», pp. 15-16.

A tales efectos, se ha propuesto condicionar el acceso a ciertas profesiones de riesgo (singularmente, las financieras) a que se satisfaga un requisito de honorabilidad [54] basado en acreditar un historial de respeto a la legalidad y a las buenas prácticas digno para confiar en que la actividad asignada se ejercerá adecuadamente. Aun si se supera este filtro, ni mucho menos quedará con ello garantizado que la persona omitirá llevar a cabo luego conductas censurables. Recordemos: hasta las buenas personas pueden delinquir. Ya en esta incipiente etapa la organización dispondría de una excelente oportunidad para poner a prueba al candidato explorando su propensión a tomar decisiones éticas [55], p. ej., a partir de instrumentos de evaluación de la moralidad como el *defining issues test* [56], que contiene una serie de dilemas morales sobre los cuales el encuestado se ha de pronunciar; a través de la *rule orientation scale* [57], que mide el grado de aceptación del quebrantamiento de las normas; o bien mediante simulacros de escenarios hipotéticos en los que el individuo tal vez acabe por verse inmerso en su futuro profesional a fin de observar cómo se desenvuelve en ellos.

Menos pacífico es que, además de configurar los procesos de selección de personal del modo indicado, sea bueno que la empresa no sólo censure las conductas prohibidas penalmente, sino que asimismo premie simbólica, económica o profesionalmente los actos éticos como parte de su política de promoción interna. Este sistema de incentivos, a la larga, puede dar problemas. Con su implementación parecería verse como excepcional aquello que, en rigor, debe ser la regla general. ¿O acaso la tónica habitual en la organización no debe ser la de omitir corromper a funcionarios públicos o la de no estafar a los clientes? ¿Por qué ha de ser premiado quien, en el fondo, hace lo que está obligado a hacer? Además, las recompensas externas (p. ej., *bonus* económicos o ascensos a puestos superiores) pueden terminar por minorar la motivación interna [58]: se actuaría conforme a Derecho no porque se crea que se está haciendo

---

[54] Irurzun Montoro, F., *Honorabilidad como Requisito para el Ejercicio de Profesiones Financieras y otras Actividades*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 23 y ss.

[55] Haugh, T., «Harmonizing Governance, Risk and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, núm. 4, 2019, pp. 898-900; El Mismo, «Understanding and Managing Behavioral Ethics Risk», en Suveiu, V. A., (ed.)*, Routledge Handbook of Risk Management and Law*, Routledge, Abington, 2022, p. 123.

[56] *Vid.* Thoma, S. J., Dong, Y., «The defining issues test of moral judgment development», *Behavioral Development Bulletin*, Vol, 19, núm. 3, 2014, pp. 55-61.

[57] Fine, A., et al., «Rule Orientation and Behavior: Development and Validation of a Scale Measuring Individual Acceptance of Rule Violation», *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 22, núm. 3, 2016, pp. 314-329.

[58] Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, pp. 57, 59-60.

lo correcto sino por el premio asociado a la conducta ética ejecutada, con lo cual, a falta de incentivos, menor será la probabilidad de que la persona respete las pautas de conducta previamente delimitadas. Para compensar este riesgo se ha sugerido trabajar en la motivación intrínseca destacando las virtudes de la conducta ética que se incentiva [59].

La selección de personal es, en cualquier caso, un mensaje en sí mismo sobre el carácter ético de la organización: «dime a quién eliges para determinados puestos y te diré cuán en serio te tomas las normas», podríamos advertir a la organización. Al respecto, es necesario, eso sí, señalar que no todo puesto organizativo es igual de relevante a efectos de cumplimiento y, por tanto, igual de delicado a efectos de selección. Una concepción realista del *compliance* obliga a controlar y eventualmente reglar nada más que los perfiles que estén expuestos a riesgos de incumplimiento grave. Respecto al resto, bastará la tradicional exigencia de que quien lo ocupa tenga la capacitación suficiente para realizar sus tareas.

3. Editar los *scripts*: cuando el lenguaje que permea en la organización importa

Si bien la cultura corporativa ha tendido a identificarse con las normas, las políticas y los valores empresariales, resulta que también los aspectos comunicativos –el lenguaje, las narrativas, los discursos, la conversación informal– la definen y acaban por influenciar intensamente el comportamiento de sus miembros. [60] Así, p. ej., de poco sirve que una empresa declare en su Código de conducta el respecto a la igualdad entre sus integrantes si resulta finalmente que sólo los hombres llegan a puestos directivos, desde los cuales premian a quienes no cogen bajas de maternidad, y si en sus conversaciones informales permea la idea de que las mujeres trabajan peor o están menos capacitadas. Las palabras, en fin, importan. E importan porque la forma lingüística desempeña un papel crítico en la configuración de la realidad y del comportamiento [61]. Aquí, de nuevo, es necesaria una cierta dosis de realismo en cuanto a la capacidad de control por parte del programa de cumplimiento.

---

[59] Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, p. 57.

[60] *Vid.* Langevoort, D. C., «Cultures of Compliance», p. 966; Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica…», p. 9.

[61] Destacan cuán importante es el uso lingüístico y exploran cómo la lingüística puede contribuir a modificar el comportamiento humano Montolío Durán, E., Polanco Martínez, F., García Asensio, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», en Ponce Solé, J., (coord.), *Acicates (nudges), buen*

Elaborar estrategias de diseño comunicativo no significa modificar y vigilar de qué modo se habla y qué lenguajes se utilizan en el día a día de la corporación: ello convertiría a los *compliance officers* en algo así como «policías del lenguaje» y podrían llegar a ser percibidos con desconfianza por parte del personal. En realidad, en este nivel, las medidas a implementar son más bien genéricas y del siguiente tipo:

(i) «Implementar estrategias de *framing*»: llamamos *framing* o efecto encuadre al modo en que se enfocan los asuntos y, particularmente, a la forma en la que la información es transmitida hacia otros, cuestión sin duda relevante a la hora de interpretar los mensajes [62]. La frase «De 100 pacientes que se operan, 90 están vivos cinco años después» contiene idéntica información que la frase «De 100 pacientes que se operan, 10 mueren cinco años después». Sin embargo, la probabilidad de someterse a una operación seguramente sea superior en el primer caso que en el segundo [63]. De igual modo, no dará lo mismo plantear en la empresa un tema sometido a discusión (p. ej., decidir si iniciar una operación de negocio en un país donde los sobornos son una frecuente moneda de cambio) como una cuestión de negocios (p. ej., lo altamente beneficiosa a nivel económico que puede resultar esa operación para los accionistas) que como una cuestión ética (p. ej., el riesgo que seguir adelante con la operación representa tanto para las personas físicas involucradas en ella como para la propia persona jurídica). Si se quiere dar al cumplimiento normativo el peso que se merece, importará que la dirección corporativa altere el *framing* de un modo tal como para que los problemas éticos no sean relegados a un segundo plano o bien que ni siquiera sean considerados [64].

(ii) «Evitar el etiquetado eufemístico»: en el lenguaje bélico es frecuente recurrir a eufemismos a fin de ocultar los horrores de la guerra [65]. Durante el Holocausto judío el gobierno nacionalsocialista alemán prefería hablar de «Solución Final» antes que de exterminio. En la Guerra de Irak el

gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 134 y ss.

[62] Montolío Durán, E., Polanco Martínez, F., García Asensio, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», pp. 137, 141.

[63] Ponce Solé, J., Montolío Durán, E., Rozas Valdés, J. A., «Derecho conductual y *nudges*: implicaciones jurídicas y lingüísticas», *Nueva Época*, núm. 25, 2021, p. 64.

[64] Sezer, O., Gino, F., Bazerman, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78; Bazerman, M. H., Gino, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», p. 96.

[65] Watts, D., «Military Euphemisms in English: Using language as a weapon», *Revista de la Facultad de Estudios Extranjeros. Universidad de la Prefectura de Aichi de lengua y literatura*, núm. 45, 2013, pp. 169-198.

término «consecuencias colaterales» era empleado como referencia a las muertes de civiles a raíz de los bombardeos orquestados en zonas estratégicas. Vladimir Putin calificó como «operación militar especial» la invasión de suelo ucraniano por tropas rusas. Otro terreno en el que los eufemismos suelen ser utilizados es el económico: conceptos como «recesión», «crisis», «despidos» o «emigración» son a veces reemplazados por los de «crecimiento negativo», «gradual desaceleración», «reajuste (o flexibilidad) de plantilla» o «movilidad exterior» [66]. El ámbito corporativo sería otro espacio más donde los eufemismos pueden llegar a funcionar como mecanismos de desconexión moral, desactivando los procesos de autorregulación, tanto cognitivos como emocionales, que generan una autoevaluación negativa en la persona a propósito del quebrantamiento de ciertos estándares ético-sociales [67] (p. ej., calificando como «prácticas agresivas» actos ilegales) [68]. Esforzarse por reflejar que los eufemismos no son más que estrategias de manipulación del lenguaje para encubrir aquello que en realidad incomoda debido a su connotación negativa y llamar a las cosas por su nombre debería ayudar a despertar en el individuo un remordimiento moral a propósito de la transgresión de las normas [69].

(iii) «Neutralizar las neutralizaciones»: sabemos, desde las bases de la teoría de la asociación diferencial [70], que en la esfera corporativa los trabajadores, mediante la interacción con el resto, pueden llegar a aprender una serie de técnicas de neutralización [71] que les sirvan para justificar o excusar el quebrantamiento de la Ley, sin empeorar ni un ápice la buena imagen que poseen de sí mismos ni sentir el más mínimo remordimiento de conciencia por lo hecho [72].

---

[66] Montolío Durán, E., Polanco Martínez, F., García Asensio, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», pp. 138-140.

[67] *Vid.* Bandura, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, núm. 3, 1999, p. 195.

[68] Tenbrunsel, A., Messick, D., «Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior», *Social Justice Research*, Vol. 17, núm. 2, 2004, pp. 226-228.

[69] Recomienda Prentice, R. A., «Behavioral Ethics: Can It Help Lawyers (And Others) Be Their Best Selves?», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, núm. 1, 2015, p. 73 que se enseñe a los empleados a controlar el uso de eufemismos.

[70] Sutherland, E., *Principles of Criminology*, J. B. Lippincot, 4.ª ed., 1947.

[71] Sykes, G. M., Matza, D., «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, Vol. 22, núm. 6, 1957, pp. 664-670.

[72] Sobre el uso de técnicas de neutralización en el campo de la delincuencia corporativa, *vid.* Haugh, T., «Cadillac Compliance Breakdown», pp. 206-207; Heath, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», pp. 605 y ss. Especialmente revelador es el estudio empírico de Klenowski, P. M., «Learning the Good With the Bad: Are Occupational White-Collar Offenders Taught How to Neutralize Their Crimes?», *Criminal Justice Review*, Vol. 37, núm 4, 2012, pp. 461 y ss. En éste, Klenowski realizó 40 entrevistas semi-estructuradas a personas presas en diversas cárceles federales estadounidenses que habían sido condenadas por algún delito de cuello blanco. Los resultados hablan por sí solos: todos los participantes del estudio jus-

La empresa ha de esforzarse por combatirlas. O lo que sería lo mismo: «neutralizar las neutralizaciones» [73]. Ello podría lograrse, p. ej., transmitiendo que no todo vale a la hora de alcanzar objetivos de negocio o desalentando políticas de incentivos especialmente agresivas (como, p. ej., las promovidas en el escándalo Wells Fargo) [74] con miras a evitar «comportamientos innovadores» orientados a superar contextos de presión anómica [75] y, tras ello, el recurso a la «apelación a lealtades superiores» («era eso o permitir que la empresa se fuera a pique y con ella todos sus trabajadores», «ya sabes cómo funciona el mundo de los negocios: los accionistas quieren ver resultados cueste lo que cueste», «necesitaba ese *extra* a final de mes para cubrir necesidades familiares»). O bien, en tareas que demanden coordinación y división de trabajo entre muchos, delimitando suficientemente y por escrito qué le compete a cada cual, para así prevenir la técnica de la «negación de la responsabilidad» («a mí no me mires: no me pagaban para hacer ese tipo de cosas», «yo sólo seguía órdenes de arriba»), particularmente el desplazamiento de la responsabilidad y la difusión de la sensación de responsabilidad [76].

Otra fórmula para «neutralizar las neutralizaciones» podría ser la de confrontar a directivos y trabajadores con las consecuencias lesivas que se derivan de los comportamientos prohibidos penalmente en aras de corregir el problema de la distancia entre acciones y consecuencias [77], aplacando así la «negación del daño» («¿qué hay de malo en querer hacerse un poco más rico?»), así como la «negación de la víctima» («fue culpa de los inversores, no mía»). Después de todo, los daños derivados de la delincuencia corporativa, tanto en su faceta financiera como en la correspondiente a la llamada violencia corpo-

---

tificaron o excusaron sus crímenes por medio de una o varias técnicas de neutralización identificadas por Sykes y Matza. En particular, 35 apelaron a lealtades superiores, 14 negaron la producción de un daño, 10 condenaron a quienes condenan, 9 negaron la existencia de una víctima y 10 negaron su responsabilidad.

[73] *Vid.* Maruna, S., Copes, H., «Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice*, Vol. 23, 2005, pp. 240-241; Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, pp. 93-94.

[74] Desaconseja este tipo de prácticas Arlen, J. H., «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en Harel, A., Hylton, K. N., (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2013, pp. 164-165.

[75] El recurso a la criminalidad corporativa como mecanismo de adaptación innovador frente al desequilibrio entre los ambiciosos o incluso irrealistas objetivos empresariales y la carencia de tiempo y recursos legítimos suficientes para alcanzarlos (*goal blockage*) o bien ante el riesgo de pérdidas (*fear of falling*) ha sido un fenómeno ampliamente estudiado por la llamada teoría de la anomia. *Vid.* Agnew, R., Leeper Piquero, N., Cullen, F. T., «General Strain Theory and White-Collar Crime», en Simpson, S. S., Weisburd, D., (eds.), *The Criminology of White-Collar Crime*, Springer, New York, 2009, pp. 35 y ss.

[76] Bandura, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», pp. 196-198.

[77] Bandura, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», p. 199.

rativa [78], suelen ser psicológicamente más distantes que los de la delincuencia callejera [79]. Y resulta que, cuanto más alejada esté la persona de los adversos efectos de sus acciones y del sufrimiento ajeno, más fácil resultará para ella incurrir en el comportamiento censurable [80]. Este fenómeno responde a varios factores: la falta de contacto directo e interpersonal del delincuente de cuello blanco con las víctimas (p. ej., quien comete un fraude financiero a lo mejor sólo tiene ocasión de ver nombres y números plasmados en documentos), lo difusos que pueden resultar según que daños por faltar una o varias víctimas perfectamente definidas (p. ej., los daños medioambientales que afectan a la colectividad en su conjunto) o bien al *gap* temporal que tal vez medie entre la acción lesiva y el momento en que se sienten sus efectos (p. ej., desde que se autoriza la distribución en el mercado de un producto nocivo para la salud de los consumidores hasta que se producen intoxicaciones y, en particular, se prueba su relación de causalidad, quizás pasan días o meses) [81]. Pese a todo, el impacto de la delincuencia corporativa no deja de ser devastador, más incluso que el de la delincuencia convencional [82]: pensemos en las muertes y enfermedades originadas en el escándalo Eternit, las consecuencias medioambientales del caso Volkswagen o los millones de dólares defraudados gracias al esquema Ponzi de Bernard Madoff. Los cursos de formación serían un buen momento para profundizar en escándalos corporativos acontecidos tiempo atrás en la empresa y aproximar de este modo a sus integrantes a los problemas que estos han desencadenado. Aparte, el método del *storytelling* poseería otra ventaja: los relatos e historias que son fáciles de recordar dotan a los mensajes de mayor efectividad [83]. Tampoco estaría de más dar voz a las víctimas concretas identificadas, si es que por la clase de delito cometido las hay, así como a los infractores individuales arrepentidos a fin de que los miembros de la mercantil

[78] Acerca de esta doble dimensión de la delincuencia corporativa, *vid.* Forti, G., Visconti, A., «From Economic Crime to Corporate Violence: The Multifaceted Harms of Corporate Crime», en Rorie, M. L., (ed.), *The Handbook of White-Collar Crime*, Wiley Blackwell, New Jersey, 2020, pp. 64 y ss.

[79] Soltes, E., *Why they do it. Inside the mind of the White-Collar Criminal*, Public Affairs, New York, 2016, pp. 115 y ss.

[80] A Stalin se le atribuye una frase que refleja a la perfección lo explicado: «Una única muerte es una tragedia, un millón de muertes es solo estadística».

[81] *Vid.* Soltes, E., *Why they do it. Inside the mind of the White-Collar Criminal*, pp. 115 y ss.

[82] Ya Sutherland, E. H.: «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, Vol. 5, núm. 1, 1940, p. 5 aportó un esclarecedor ejemplo: «Un directivo de una cadena de tiendas de comestibles se apropió en un año de 600.000 euros, lo que representaba seis veces más las pérdidas anuales de quinientos robos en los establecimientos de esa misma cadena». Más en detalle, sobre los múltiples y preocupantes daños tanto económicos como personales asociados a la delincuencia corporativa, *vid.* Forti, G., Visconti, A., «From Economic Crime to Corporate Violence: The Multifaceted Harms of Corporate Crime», pp. 68 y ss.

[83] Killingsworth, S., «Modeling the Message…», pp. 983 y ss.

escuchen a los protagonistas del suceso, tanto los de un lado como los de otro [84]. A su vez, desde una óptica de justicia restaurativa, resultaría oportuno explorar si acaso brindar a las víctimas la oportunidad de explicar en los centros de trabajos cómo el delito impactó en sus vidas poseería algún efecto reparador en ellas [85]. En caso de que afortunadamente todavía no se haya producido ninguna irregularidad en la organización siempre cabría comentar casos de incumplimientos acontecidos en otras empresas del sector y reflejar por qué es bueno que no ocurran. Con este tipo de estrategias se contribuiría a concienciar que la delincuencia corporativa dista de ser inocua.

(iv) «Interiorizar que la delincuencia corporativa es asunto de todos»: la era del *compliance* ha implicado que sobre todos los integrantes de la organización pese un deber de denunciar internamente, a través del canal de *whistleblowing*, aquellas conductas ilícitas sobre las cuales tengan conocimiento [86] («si ves algo, di algo» [87]). En manos de los empleados estará decidir si ponerse en contacto con una instancia de control (básicamente: el *compliance officer*) o bien guardar silencio. La psicología social aplicada al entorno corporativo se ha ocupado de dar respuesta a por qué los empleados, en más de una ocasión, suelen escoger la segunda de las opciones señaladas, originándose en el seno de la entidad un pernicioso fenómeno llamado «silencio organizativo» [88], esto es, la reticencia generalizada a informar sobre aquellos problemas detectados en el ámbito laboral. Este campo de estudio ha demostrado que, en el contexto empresarial, además del problemático efecto MUM [89], concurren múltiples factores que dificultan que los empleados den malas noticias, inclinando finalmente la balanza hacia el lado del silencio. Sin afán de exhaustividad, pueden

---

[84] Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, p. 81 ponen el ejemplo de los anuncios de sensibilización con los accidentes de tráfico que explican qué le sucedió a la víctima para así reflejar el daño causado y reproducen fragmentos de entrevistas a personas responsables de accidentes mortales en aras de mostrar qué se siente vivir con remordimiento y vergüenza tras lo sucedido.

[85] Sobre la traslación de la lógica de la justicia restaurativa a la delincuencia de cuello blanco, *vid.* Luedteke, D., «Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Law*, Vol. 9, núm. 1, 2014, pp. 311-334.

[86] El art. 31 bis. 5.4.º CP establece que los modelos de organización y gestión «impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

[87] Originariamente esta expresión se utilizó como eslogan de la campaña iniciada por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos en aras de promover entre sus ciudadanos la denuncia de actividades sospechosas de terrorismo. Enlace: https://www.dhs.gov/see-something-say-something

[88] Morrison, E. W., Milliken, F. J., «Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World», *The Academy of Management Review*, Vol. 25, núm. 4, 2000, p. 707.

[89] Del inglés «mum» (silencio), es el nombre que en psicología social se le da a la reticencia de las personas a comunicar malas noticias debido a la incomodidad que supone ser el mensajero de ellas. *Vid.* Rosen, S., Tesser, A., «On Reluctance to Communicate Undesirable Information: The MUM Effect», *Sociometry*, Vol. 33, núm. 3, 1970, pp. 253-263.

mencionarse, entre muchos otros, los elementos emocionales negativos (p. ej., el miedo a las repercusiones negativas tras la denuncia) o el desacertado comportamiento reactivo de los líderes (p. ej., muestras de falta de interés o adopción de actitudes abusivas o represivas) [90].

Resulta, además, que la toma de conocimiento por varios empleados de la comisión de un ilícito penal puede propiciar paradójicamente que cada cual esté menos dispuesto a cursar una denuncia en comparación a cuando se obtiene noticia del delito individualmente. Este fenómeno se conoce en psicología social como «efecto espectador» (*bystander effect*): cuantas más personas presencian un hecho que demanda atención (p. ej., un accidente o la comisión de un delito), menor es la probabilidad de que alguna de ellas intervenga por pensar que incumbe al resto hacer lo propio. La responsabilidad termina por diluirse porque ningún dedo acusador apunta a un solo omitente, de modo que cada cual se descarga de su culpa individual por pensar que cualquier otro podría haber hecho algo para evitar el funesto incidente [91] (nuevamente: difusión de la responsabilidad). A la larga, estas dinámicas propician un silencio sistémico tremendamente perjudicial para la compañía [92], puesto que no sólo dificulta sobremanera que la información llegue hasta aquellos sujetos competentes para solventar los problemas advertidos, sino que, para colmo, distorsiona gravemente el estado real de las cosas. Por ello, es importante interiorizar en el seno de la mercantil que la delincuencia corporativa es asunto de todos, debido a sus consecuencias a nivel tanto individual como colectivo, y lo relevante que es informar sobre ella [93]. Blindar un compromiso de los puestos superiores con la legalidad (otra vez: *tone from the top*), eliminar las etiquetas estigmatizadoras asociadas a los actos de denuncia (p. ej., los términos «chivato» o «delator») o contemplar mecanismos para proteger a los alertadores frente a represalias (los previstos en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de

[90] *Vid.* Morrison, E. W., «Employee Voice and Silence», *The Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 1, núm. 1, 2014, pp. 179-187; Morrison, E. W., Milliken, F. J., «Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World», pp. 708 y ss.

[91] Vid Darley, J. M., Latané, B., «Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsability», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, núm. 4, 1968, pp. 377-383.

[92] Morrison, E. W., «Employee Voice and Silence», p. 177.

[93] Suele afirmarse que existe una mayor predisposición por parte del trabajador a informar de conductas transgresoras cuando sus valores se alinean con los de la organización dado que es consciente de que las infracciones que tienen lugar en el seno de la empresa no son un problema ajeno sino que también le afectan. En esta línea, Regan, M. C., «Moral Intuitions and Organizational Culture», p. 971; Hasnas, J., «Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics», *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 39, núm. 3, 2008, p. 517.

lucha contra la corrupción) serían algunos instrumentos de utilidad para promover la denuncia de irregularidades [94]. Cuánta más gente se posicione a favor de la necesidad de tener que dar malas noticias, más elevada será la probabilidad de detección de los ilícitos penales, extremo naturalmente positivo desde un prisma disuasorio.

4. «*With a Little Help From My Friends*» [95]: los *nudges*

4.1 El origen de los *nudges*: sobre crías de elefante, moscas en urinales y un Premio Nobel de Economía

Una parte importante de la literatura sobre las causas del comportamiento desviado en el ámbito corporativo tiene que ver con los sesgos, tema estrella que las ciencias del comportamiento han ofrecido a la discusión [96]. Una forma habitual de explicar la naturaleza y el surgimiento de los sesgos parte de la distinción entre dos formas básicas de pensamiento: el *sistema 1* (s-1), el modo de pensamiento automático, rápido, intuitivo y poco sometido al control voluntario del agente; y el *sistema 2* (s-2), dedicado a tareas mentales más demandantes, y por lo tanto más lento, deliberativo, reflexivo o calculador. Frente a la imagen clásica del *homo oeconomicus,* cuyo comportamiento se atribuye casi exclusivamente al calculador s-2, la aportación de la psicología conductual es precisamente el redescubrimiento (empírico) del s-1, hasta el punto de que las impresiones y sentimientos generados por éste serían «las fuentes principales de las creencias explícitas y las elecciones deliberadas del sistema 2» [97]. La distribución de funciones entre ambos sistemas no es ninguna patología. Al contrario, se trata de una forma especialmente eficiente de lidiar con las necesidades decisorias diarias, también en el ámbito corporativo: una vida sometida por entero al demandante proceso cognitivo del s-2 sería impo-

---

[94] Treviño, L. K., et al., «Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts», p. 134 comentan que un efectivo programa de cumplimiento debe mejorar la predisposición de los empleados a dar malas noticias. Del mismo modo, Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse*, p. 210 comentan que todo el mundo debería sentirse seguro de hablar y compartir opiniones sobre los problemas que existen en la organización.

[95] Es el título de la canción publicada por The Beatles en el álbum *Sgt. Peppers and the Lonely Hearts Club Band*.

[96] Al respecto, con amplias referencias, Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica…», pp. 4 ss.; El mismo, «El Compliance como diseño del contexto decisorio: una aproximación desde la psicología conductual», en Demetrio Crespo, E., (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 619-632.

[97] Kahneman, D., *Pensar rápido y pensar despacio*, DeBolsillo, Barcelona, 2017, p. 35.

sible dada su lentitud y la energía que consume, razón por la cual el s-1 acaba siendo el responsable de la mayor parte de nuestros pensamientos y acciones. Lo mismo vale para el entorno empresarial: la vida corporativa diaria implica una enorme cantidad de decisiones irreflexivas, automáticas e intuitivas, de lo contrario, la actividad misma se vería constantemente interrumpida por demandantes procesos de deliberación y reflexión.

Los sesgos son, en definitiva, formas de abordar cognitivamente un problema, de tal forma que la realidad es observada de modo parcial, limitado o manipulado. Con todo, aún tratándose de un fenómeno psicológico-individual –esto es, propio del nivel micro, de los integrantes de la empresa–, el surgimiento de sesgos es particularmente frecuente en el ámbito corporativo, pues las empresas tienden a generar contextos estructurales y culturales que favorecen su surgimiento: así, por ej., en contextos de presión y estrés laboral es común que surjan sesgos relacionados con la necesidad de respuestas rápidas, automáticas, carentes del tipo de deliberación que a veces sería normativamente deseable; también contextos de «facilidad cognitiva», esto es, en los que el agente piensa que no hay nada moralmente relevante en juego y que será otro quien se encargue del riesgo o el problema (así, la «obediencia a la autoridad», o el «sesgos de especialización» o de «procedimentalismo»); como también contextos propicios para las ilusiones cognitivas, aquellas que surgen cuando la organización fomenta marcos mentales demasiado optimistas, y por tanto poco realistas en relación a los costes o a las implicación ético-normativas [98].

La cuestión que se plantea, en términos de *compliance*, es, por tanto, la siguiente: cómo es posible combatir esta clase de fenómenos cognitivos, especialmente en aquellos casos en los que de ellos pueden derivar infracciones de estándares éticos y jurídicos. Pues bien, algunos de los máximos exponentes de la economía conductual –particularmente Thaler y Sunstein– han venido desarrollando la idea de que un buen mecanismo preventivo consistiría en modificar los contextos de decisión de modo que las personas adopten las decisiones que más les convienen tanto a ellas mismas como a la comunidad en su conjunto. Si resulta que los seres humanos nos parecemos mucho más al irracional e impaciente Homer Simpson que al frío y calculador Mr. Spock y el contexto influye decisivamente en cómo nos comportamos, se trataría de alterarlo sutilmente a fin de auxiliarnos a tomar las decisiones más adecuadas. A esta sutil modificación contextual introducida se le denominó «*nudge*», en alusión al pequeño empujón ofrecido por las madres elefantes a sus crías con el

[98] Cigüela Sola, J., «El Compliance como diseño del contexto decisorio: una aproximación desde la psicología conductual», pp. 620 y ss.

propósito de ayudarles a empezar a andar [99], y a la persona encargada de ponerla en práctica «arquitecto de decisión» [100]. Tras dicha propuesta, subyacería, según Thaler y Sunstein, una lógica paternalista-libertaria: sería libertaria porque a los sujetos no se les prohíbe escoger ninguna de las opciones disponibles, lo que preserva su libertad de decisión, pero también paternalista ya que el arquitecto de decisión disfrutaría de la oportunidad de influir en la vida de la gente en orden de mejorarla [101]. Sirvámonos de un ejemplo para reflejar mejor en qué consisten los *nudges*:

> En el aeropuerto de Ámsterdam-Schiphol estaban hartos de que los hombres ensuciaran los baños públicos al momento de orinar. Por culpa de este desconsiderado comportamiento el coste de limpiar los baños de hombres era cinco veces superior al de mujeres. Cansados de esta situación, se les ocurrió una solución sencilla y barata que permitió ahorrar miles de euros a la compañía: colocar una pegatina en forma de mosca en el urinario, justo al lado del sistema de drenaje. El adhesivo aumentó la concentración y precisión de los usuarios ya que estos lo percibieron como una suerte de blanco de tiro, con lo cual, dejaron de salpicar. Este divertido ejemplo, que fue precisamente el que inspiró la filosofía *nudge* que le valió a Thaler el Premio Nobel de Economía en el año 2017, da cuenta de lo prometedor que puede llegar a ser una minúscula aunque decisiva modificación contextual efectuada en atención a cómo los humanos nos comportamos. Gracias a ello, se redujeron sensiblemente las salpicaduras y, en consecuencia, los costes de limpieza disminuyeron drásticamente.

Los *nudges* han representado una revolucionaria y atractiva forma de lograr cambios en el comportamiento de los individuos. Tal es así que esta propuesta ha sido considerada por multitud de gobiernos [102], recomendada por organismos internacionales como la ONU, la OCDE o el Banco Mundial y aprovechada, en fin, para desarrollar políticas públicas suficientemente prometedoras como para lograr la realización por sus ciudadanos de comportamientos deseados: pagar impuestos, adoptar hábitos alimenticios más saludables, respetar los límites de velocidad en la carretera a fin de evitar accidentes automovilísticos, ejecutar prácticas respetuosas con el medioambiente, vacunarse contra el coronavirus o prevenir conductas que acarrean un riesgo de contagio

---

[99] Otra traducción al español del término *nudge* bastante común es la de «acicate».

[100] Thaler, R. H, Sunstein, C. R, *Nudge. The Final Edition,* Penguin Books, 2021, pp. 1 y ss.

[101] Thaler, R. H, Sunstein, C. R, *Nudge. The Final Edition,* pp. 6-8.

[102] P. ej., el ex presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, desarrolló algunas de sus políticas públicas a partir de la filosofía *nudge*. En Reino Unido el ex primer ministro británico David Cameron tomó la iniciativa de constituir una «Unidad del Pequeño Empujón» (*Nudge Unit*) oficialmente denominada «Equipo de Conocimiento del Comportamiento» (*Behavioural Insight Team*) que todavía sigue en funcionamiento. *Vid.* Chakrabortty, A., «From Obama to Cameron. Why Do so Many Politicians Want a Piece of Richard Thaler?», *Guardian*, 2008. l

para terceros (p.ej., no colocarse la mascarilla en un centro de salud). Tampoco el sector privado ha dejado pasar la oportunidad brindada por los *nudges* para p. ej., combatir el problema de la entrega de información falsa por los clientes de compañías de seguro o bien de conseguir que las entidades de crédito cobren las deudas acumuladas por aquellos a quienes en su día se les concedió un préstamo bancario [103].

4.2 El uso de *nudges* en cumplimiento normativo con miras a prevenir la delincuencia corporativa

El mundo del cumplimiento normativo no ha permanecido al margen de la «revolución *nudge*». En los últimos años cada vez más académicos se han posicionado a favor de emplear los *nudges* como estrategias presuntamente baratas y efectivas para mejorar la prevención de la delincuencia corporativa [104]. Ya se está discutiendo sobre si los *nudges* servirían para corregir algunas predecibles tendencias conductuales nocivas –como los sesgos– que pueden terminar por conducir al individuo a quebrantar la Ley. No hay que olvidar que delinquir es una decisión y lo que interesa es que se tome la contraria: acatar las normas. Introducir sutiles alteraciones en el contexto corporativo diseñadas a partir de lo aprendido gracias a las ciencias del comportamiento tal vez sea de utilidad con tal de lograr tal fin [105]. Dado que los trabajadores, como el resto de personas, se encuentran éticamente limitados porque, a pesar de disponer

---

[103] Examinan muchos de los mencionados «*public nudges*» y «*private nudges*» Kantorowicz-Reznichenko, E., Wells, L., «Nudging Compliance», en Van Rooij, B., Sokol, D., (eds.), *Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 554 y ss.

[104] Entre otros, Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3; Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 277-278; Sezer, O., Gino, F., Bazerman, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 79; Haugh, T., «Nudging Corporate Compliance», *American Business Law Journal*, Vol. 54, núm. 4, 2017, pp. 683-741; Kantorowicz-Reznichenko, E., Wells, L., «Nudging Compliance», pp. 551 y ss.; Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», pp. 9-10; Turienzo Fernández, A., *La responsabilidad penal del compliance officer,* pp. 225 y ss.; Pérez Triviño, J. L., *«Compliance* y cultura ética: sesgos y *nudges*», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020, pp. 1-18.

[105] Combatir los sesgos y las fuerzas situacionales en la empresa no puede reducirse simplemente a explicar en los cursos de formación p. ej., cuán decisiva es la influencia que ejerce el grupo sobre sus integrantes o bien lo sobre-optimistas que irrealistamente somos a veces los seres humanos. Básicamente porque, en multitud de ocasiones, las personas ignorarán que su decisión está condicionada por un sesgo, tal como advierten Sezer, O., Gino, F., Bazerman, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78. Consecuentemente, aun cuando, a nivel abstracto, los trabajadores sepan bien la teoría, quizás, en el momento de la verdad, sean incapaces de identificar y, mucho menos, corregir sus tendencias conductuales nocivas. Será necesario, por eso, introducir herramientas mucho más sofisticadas como los *nudges*.

de una buena predisposición para ser moralmente correctos, muchas veces actúan de un modo inconsistente con ese deseo a causa de los distintos factores psicológicos y sociales a los que se ven expuestos en el entorno en el que se desenvuelven, el uso de pequeños empujones en cumplimiento normativo buscaría influir en su proceso de decisión a fin de encauzarlos hacia buen puerto.

Siguiendo a Haugh, cabría distinguir hasta tres categorías de *nudges* en cumplimiento normativo [106]:

(i) *Nudges* de primer grado (o *nudges* deliberativos) que proporcionan información o recordatorios con el fin de activar el racional y sosegado Sistema 2.

El ejemplo más habitualmente citado es el de obligar a firmar declaraciones de veracidad antes de rellenar un formulario, no después [107]. Plasmar la firma con carácter previo a leer y rellenar el documento invita a la reflexión y despierta el lado moral del individuo, fomentándose un mayor nivel de honestidad. Permitir firmar con posterioridad facilita que el empleado mienta y, una vez acople su firma, racionalice su conducta para así preservar una buena imagen de sí mismo [108].

Otro ejemplo de *nudge* de primer grado es el de conceder tiempos de reflexión adicionales en el momento preciso: justo antes de completar una tarea para prevenir decisiones precipitadas que, llegado el caso, sean perjudiciales (*just-in-time nudge*) [109]. Esta es una estrategia bastante común implementada en diferentes sistemas informáticos en relación con declaraciones de impuestos, eliminación de cuentas de X (antiguo *Twitter*) o solicitud de ayudas estatales. Antes de que el formulario sea tramitado, salta en el dispositivo electrónico alguno de los siguientes mensajes (o similares): «¿Estás seguro de que quieres enviar esta solicitud?» o «¿Estás seguro de que quieres eliminar esta cuenta?». Dicho aviso brinda al usuario una segunda oportunidad para que piense con más calma que es lo que está a punto de hacer y evitar de este modo costosos errores. Como se dijo, las carreras contrarreloj, el estrés diario, el agotamiento o la falta de concentración son malos aliados al momento de realizar tareas en la empresa que requieren cierta tranquilidad y sosiego, para las cuales es bueno apelar al Sistema 2 so ries-

[106] Haugh, T., «Nudging Corporate Compliance», pp. 683-741.

[107] Haugh, T., «Cadillac Compliance Breakdown», p. 205; Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», p. 274.

[108] En más detalle, *vid.* Shu Et Al, «Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-Reports in Comparison to Signing at the End», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 109, núm. 38, 2012, pp. 15.197-15.200.

[109] Sezer, O., Gino, F., Bazerman, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78.

go de cometer actos indeseados [110]. Incluso, podría ocurrir que el agente sea perfectamente consciente de que va a hacer algo incorrecto pero que ese tiempo de reflexión adicional le permita rumiar si realmente le compensa seguir adelante.

(ii) *Nudges* de segundo grado que o bien introducen una opción por defecto para aprovecharse del proceso de pensamiento dominante o reactivo, o bien modifican el contexto empresarial de una forma tal como para que sólo mediante un esfuerzo mental quepa superar la modificación contextual introducida.

De un lado, en este grupo se incardinaría, tomando en consideración el sesgo de *statu quo*, la introducción de opciones por defecto que se ajusten a la legalidad (p. ej., opciones *eco-friendly*) a fin de que la persona tienda a escogerlas por resultarle más cómodo y sencillo eso que no esforzarse por elegir aquella que implica cometer actos contrarios a Derecho. Y de otro, la posibilidad de diseñar espacios amplios y diáfanos en los centros de trabajo para promover vigilancia mutua entre los empleados [111], estrategia esta tan antigua que se remonta, como mínimo, al panóptico de Bentham, que tanta influencia tuvo en el diseño de espacios de control del comportamiento –disciplinarios en el lenguaje de Foucault– [112].

(iii) *Nudges de tercer grado que, apelando directamente al más irreflexivo Sistema 1, impulsan una previsible respuesta asociativa ante la emisión de un determinado estímulo.*

Contaría como ejemplo colgar posters de ojos observadores en los muros de los centros de trabajo con tal de generar una (falsa) sensación de vigilancia entre los empleados [113]. El estímulo percibido –la imagen– activaría inconscientemente en la mente del individuo una idea vinculada con éste, la de estar

---

[110] Señalan Sezer, O., Gino, F., Bazerman, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78 que cuando las personas están cansadas o atareadas confían en su Sistema 1 y es más probable que cometan actos censurables éticamente. Por su parte, Langevoort, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 268-269 apunta que, a nivel cognitivo, actuar de forma ética representa un duro trabajo y que el estrés y el cansancio minoran la capacidad para resistirse a quebrantar las normas.

[111] No está de más mencionar que este *nudge* parecería estar situado a caballo entre el fomento de una cultura de cumplimiento y el sistema de pura vigilancia y control. Aunque se propone configurar de un modo determinado el contexto corporativo, al final, lo que se consigue es básicamente la vigilancia entre pares.

[112] Una útil contextualización histórica y comparada de los «nudges» puede encontrarse en la obra colectiva Kemmerer, A., Möllers, Ch., Steinbeis, M., Wagner, G., (eds.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging*, Hart Publishing Nomos, Baden-Baden, 2016.

[113] Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 9, nota a pie de página núm. 50; Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse,* pp. 71-72.

siendo vigilado y la necesidad de mantenerse en alerta. A esto se le llama efecto *priming*. Según investigaciones relativamente recientes, la presencia de esta clase de imágenes reduciría la probabilidad de comisión de comportamientos indeseados [114] [115]. Otra vía para sacar provecho al Sistema 1 sería la de recurrir a normas sociales. Suelen distinguirse dos clases de normas sociales: las descriptivas, que describen cómo se comporta el resto de la gente, y las prescriptivas, que dan cuenta de cómo la gente cree que se debería actuar. De lo que se trataría fundamentalmente es de emitir mensajes mediante los que se informe que o bien gran parte de la gente realiza conductas ajustadas a Derecho (p. ej., «el 90 % de contribuyentes satisface sus obligaciones fiscales») o bien que piensa que eso es lo correcto a hacer (p. ej., «el 90 % de ciudadanos españoles piensa que es bueno que se satisfagan las obligaciones fiscales»). Aparentemente ello serviría para que el individuo esté más inclinado a respetar las normas [116]. En la explicación del porqué contribuiría el llamado sesgo de conformidad (*following the herd*) [117]: como seres sociales que somos, con pretensión de ser aceptados en un grupo, a veces solemos dejarnos arrastrar por la actitud de la mayoría. En algunos campos, como el del cumplimento de obligaciones fiscales, parece que funcionan mejor las normas sociales descriptivas que las prescriptivas [118].

Así las cosas, los *nudges* serían formas de diseño contextual que permiten aprovechar el conocimiento que tenemos del comportamiento humano, particularmente de cómo funcionan las dos formas de pensamiento mencionadas, para conducir al sujeto o bien a deliberar e informarse más de lo que lo haría sin esa modificación –activación del sistema 2–, o bien para conducirlo hacia una determinada decisión sin que lo haga consciente –aprovechamiento del sistema 1–.

---

[114] *Vid.* Ernest-Jones, M., Nettle, D., Bateson, M., «Effects of Eye Images on Everyday Cooperative Behavior: A Field Experiment», *Evolution and Human Behavior*, Vol. 32, 2011, pp. 172-178.

[115] De nuevo el *nudge* mencionado daría la impresión de disponer de elementos tanto de fomento de una cultura de cumplimiento como de pura vigilancia y control. Bien es cierto que el método empleado tiene que ver con la modificación del contexto corporativo por medio de la introducción de estímulos visuales a fin de aprovecharse de una tendencia psicológica asociativa emergida de forma irreflexiva en el Sistema Uno del agente. Sin embargo, el efecto que se obtiene no es otro que la sensación de vigilancia, toda vez que el empleado percibe estar siendo monitorizado de igual modo que si la dirección corporativa hubiese instalado una cámara de seguridad, creyendo (erradamente) que la probabilidad de detección de sus comportamientos ilícitos es mayor que la que en realidad es.

[116] Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse,* pp. 122 y ss.

[117] Thaler, R. H, Sunstein, C. R, *Nudge. The Final Edition,* pp. 64 y ss., 83 y ss.

[118] Kantorowicz-Reznichenko, E., Wells, L., «Nudging Compliance», p. 560.

4.3 Puntos de discusión

Pese a la innegable popularidad cosechada, los *nudges* no han terminado de convencer a todo el mundo. Se ha abierto así un debate, del que no han permanecido ajenos los propios Thaler y Sunstein [119], que fundamentalmente pivotaría en torno a dos ejes: su limitada eficacia preventiva y las objeciones éticas a las que estarían sujetos.

4.3.1 *La limitada eficacia preventiva de los nudges*

A los *nudges* se le han asociado una serie de limitaciones para lograr conseguir con éxito comportamientos deseados, algunas de las cuales, han sido reconocidas por el propio Sunstein [120]. Primero, su presunto efecto cortoplacista: puede que, una vez los *nudges* se acoplen a una actividad rutinaria, la gente deje de responder del mismo modo que cuando fueron introducidos por primera vez y de manera novedosa [121]. Segundo, su reducida capacidad para alterar determinados comportamientos: concretamente, los intencionales cuya comisión promete altos réditos personales [122], y aquellos otros que acontecen en situaciones imprevisibles o azarosas [123]. A ello se le uniría, en particular, la aparente dificultad de que aquellos *nudges* que se configuran desde lo aprendido sobre el efecto *prime* tengan incidencia significativa en la prevención de delitos graves [124]. Finalmente, existe un riesgo de que los destinatarios del *nudges* hagan uso de tácticas cognitivas que anulen el efecto perseguido tales como contra-*nudges* [125] o racionalizaciones [126].

> Tomemos como ejemplo las desagradables e impactantes imágenes insertas en las cajetillas de tabaco junto con los avisos sobre los peligros de su consumo (p. ej., cáncer de pulmón, cardiopatías, etc.) [127]. Esta clase de imágenes bus-

---

[119] En Thaler, R. H, Sunstein, C. R., *Nudge. The Final Edition,* pp. 309 y ss. se dedica la quinta y última parte del libro, titulada «Departamento de quejas», a responder las principales críticas formuladas contra los *nudges*.

[120] Sunstein, C., «Nudges that Fail», *Behavioural Public Policy*, Vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 4-25.

[121] Kantorowicz-Reznichenko, E., Wells, L., «Nudging Compliance», p. 563.

[122] Kantorowicz-Reznichenko, E., Wells, L., «Nudging Compliance», p. 564.

[123] Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3.

[124] Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse,* p. 75.

[125] Sunstein, C., «Nudges that Fail», pp. 11 y ss.

[126] Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 13.

[127] *Vid.* Fong, G., Hammond, D., Hitchman, S., «The impact of pictures on the effectiveness of tobacco warnings», *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 87, 2009, pp. 640-643.

> can despertar en el potencial fumador un efecto rechazo, bien para que no empiece a fumar, bien para que abandone este insano hábito. Pero dicha imagen, tras meses o incluso años consumiendo tabaco, quizás pierda el impacto del primer día. Además, lo más seguro es que el fumador empedernido la ignore directamente. Y no sólo eso: es posible que el potencial fumador se valga de mecanismos cognitivos para lidiar psicológicamente con los riesgos que fumar acarrea (p. ej.,«total, de algo hay que morir», «Santiago Carrillo fumaba todos los días y falleció con 97 años»).

En rigor, la limitada eficacia preventiva de los *nudges* ni mucho menos obliga a prescindir de ellos. Más bien, justifica un par de cosas: que los *nudges* no son la panacea y que estos no deben permanecer estáticos.

Acerca de lo primero: ni los *nudges* ni ninguna otra medida de cumplimiento normativo pretenden prevenir por sí mismas la delincuencia corporativa. Como señala Killingsworth, los sistemas de gestión de cumplimiento son una gran caja de herramientas y ninguna de ellas hace sola todo el trabajo [128]. Donde no llegue una determinada herramienta, puede que sí llegue otra, por eso, hace falta contemplar varias, tanto de vigilancia y control como de fomento de una cultura de cumplimiento, y garantizar su debida armonía en tanto componentes de un sistema de prevención que son. En cualquier caso, habrá que explorar el potencial de los *nudges*, verificando en qué terrenos pueden resultar realmente útiles y en cuáles no, y ser muy prudentes a la hora de querer extrapolar los resultados alcanzados en estudios empíricos llevados a cabo sobre estos mecanismos en campos distintos al cumplimiento normativo, dado que puede que estos sean operativos en un ámbito pero no en otro.

Por otro lado, tampoco es bueno que los *nudges* permanezcan estáticos. Con tal de preservar su eficacia y evitar que queden obsoletos, será preciso actualizarlos regularmente y pensar en nuevos e innovadores enfoques, como podría ser, p. ej., su combinación con herramientas de inteligencia artificial en caso de ser aplicados en entornos digitales [129]. Es más, cuanto menos inalterada permanezca la plantilla de la empresa, porque los trabajadores sean siempre o casi siempre los mismos al no variar mucho las personas que desempeñan labores en la mercantil, más dinámicos deberán ser los *nudges* a fin de lograr sus propósitos. No hay que olvidar, en definitiva, que los *nudges* en cumplimiento

---

[128] Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3. También Van Rooij, B., Fine, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better… Or Worse,* p. 216 comentan que lo que ellos llaman el *behavioral code* no opera a través de un solo mecanismo.

[129] *Vid.* Capdeferro Villagrasa, O., Ponce Solé, J., «*Nudging* e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 28, 2022, pp. 225-258.

normativo han de ser aplicados con precisión quirúrgica, en el momento preciso y siempre que se den una serie de circunstancias concretas [130].

4.3.2 *Las objeciones éticas contra los nudges*

Queda claro, conforme a lo explicado en el apartado anterior, que es preciso analizar qué *nudges* son útiles, ni que sea limitadamente, en aras de reducir riesgos de incumplimiento y, en su caso, en qué medida. Pero, independientemente de que sean más o menos operativos, hace falta también reflexionar acerca de las objeciones éticas que se han formulado contra su uso y analizar bien cuáles de ellos superarían los filtros necesarios como para que su implementación sea considerada moralmente aceptable. Las principales objeciones éticas relativas al uso de *nudges* planteadas hasta el momento podrían clasificarse en dos grandes grupos: objeciones éticas respecto a los propósitos perseguidos y objeciones éticas respecto a los medios utilizados [131].

Comencemos con las objeciones éticas respecto a los propósitos perseguidos. El principal objetivo que teóricamente los *nudges* perseguirían es el de mejorar el bienestar de la ciudadanía. Con tal fin, los *nudges* ayudarían a la persona a llegar hasta donde ella desea llegar. Es decir, satisfacer sus preferencias. Los *nudges* responderían, según sus ideólogos, a un paternalismo de medios, no de resultados. Thaler y Sunstein lo ilustran comparando la función de los *nudges* con la de un GPS que guía al conductor hasta aquel destino que él mismo ha escogido, sin imposibilitarle seguir por otro camino cuando así lo desee [132]. El problema, de acuerdo con algunos autores, es que las preferencias de la gente no siempre son idénticas. P. ej., habrá quien realmente desee integrar en su día a día hábitos alimenticios saludables; en cambio, otros preferirán comer comida basura por priorizar el placer instantáneo a, a largo plazo, su estado de salud. Y lo problemático es que los *nudges*, careciendo de respaldo empírico, presumirían cuál de las opciones disponibles sería la preferible, de modo que, en rigor, quien

---

[130] Killingsworth, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3.

[131] En lo que sigue, nos limitaremos a reproducir someramente el debate ético que los *nudges* han suscitado. En mayor profundidad, entre otros, *vid.* Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 14 y ss.; De Quintana Medina, J., «What is wrong with nudges? Addressing normative objections to the aims and the means of nudges», *Nueva Época*, núm. 25, 2021, pp. 24 y ss. Bovens, L., «The Ethics of Nudge», en Grüne-Yanoff, T., Ove Hansson, S., (eds.), *Preference Change. Approaches from philosophy, economics and psychology*, Springer, New York, pp. 207 y ss.; Schmidt, A. T., Engelen, B., «The ethics of nudging: An overview», *Philosophy Compass*, núm. 15, 2020, pp. 1-13. También véanse las contribuciones de la primera parte de la obra de Kemmerer, A., Möllers, C., Steinbeis, M., Wagner, G., (eds.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging.*

[132] Thaler, R. H, Sunstein, C. R, *Nudge. The Final Edition,* p. 312.

decidiría lo que es bueno para sí mismo no sería, como tal, el individuo al que desea ayudarse sino el arquitecto de decisiones que lo daría por hecho.

Esta crítica ciertamente merece ser atendida en campos en los que las alternativas disponibles son perfectamente legítimas y la elección de una u otra algo absolutamente válido (p. ej., tanto está permitido comer un plato de verduras como una bolsa de patatas fritas). Pero en el ámbito del cumplimiento normativo, particularmente el penal, pierde fuerza. En los negocios basta con echar un ojo al articulado penal para hacerse una idea de qué es lo correcto a hacer [133]. Desde luego habrá quien considere que lo que más le merece la pena es estafar a clientes, contaminar el medioambiente u omitir introducir las mínimas medidas de seguridad en los centros de trabajo. Sin embargo, semejante alternativa, aunque esté disponible, no sería aceptable, fundamentalmente porque se hallaría prohibida al vulnerar intereses de terceros, con lo cual, no suena tan controvertido que los *nudges* pretendan alejar al individuo de ella. De hecho, en este ámbito, tampoco serían estrategias tan novedosas: piénsese, de nuevo, en el ejemplo de la arquitectura panóptica.

Continuando con las objeciones éticas respecto a los medios utilizados, se ha denunciado esencialmente las debilidades de los *nudges* más intrusivos –los dirigidos al Sistema 1– por sus riesgos para algunos de los principios o conceptos clásicos del orden jurídico. Los *nudges*, se argumenta, serían intervenciones demasiado manipuladoras y opacas en su funcionamiento como para resultar compatibles con el respeto a la autonomía y la dignidad de sus destinatarios. Y es que, por mucho que no bloqueen las opciones disponibles ni modifiquen los incentivos y desincentivos disponibles, lo cierto es que «tratan» al agente decisor más como un objeto al que conducir que como un sujeto racional o deliberativo. Otro tipo de objeciones son de naturaleza política: los *nudges* han sido criticados también por expresar una concepción del Estado como un «*nanny state*» –o una «*nanny corporation*», para nuestro tema– por asumir funciones educativas hasta el grado de infantilizar al destinatario a quien se conduce, mediante manipulaciones, hacia su propio bien [134]. Se trata, como resulta obvio, de críticas dirigidas al aspecto paternalista de este tipo de regulaciones [135], que no afectan a todos los *nudges* por igual, y que no afectan

[133] Heath, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», p. 596.

[134] Volkmann, U., «Nudging, Education, Paternalism: A Philosophical Perspective from the Old Europe», en Kemmerer, A., Möllers, C., Steinbeis, M., Wagner, G., (eds.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging*, Hart Publishing, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 143.

[135] Así, por ej., Volkmann, U., «Nudging, Education, Paternalism: A Philosophical Perspective from the Old Europe», pp. 141-161.

en absoluto a aquellos que apelan al Sistema 2 y que promueven la reflexión [136]. A decir verdad, estos últimos son los que menos reparos han generado y cuya generalización parece menos problemática [137].

Muchos son los puntos meritorios de discusión que la crítica reproducida plantea. Por razones de espacio, únicamente señalaremos algunos de ellos. Primero, habría que reflexionar, desde las bases de la filosofía moral, sobre el tan debatido concepto de «autonomía» a fin de entender qué significa exactamente ser un agente autónomo [138]. Y, a partir de aquí, explorar si, en términos contra-fácticos, faltando los *nudges*, el individuo realmente sería más autónomo que con ellos o si, por lo contrario, continuaría encontrándose bajo la influencia de sesgos y fuerzas situacionales que pondrían en tela de juicio algo así, cosa que debería restar capacidad de rendimiento a la crítica abordada. Otra cuestión relevante es la de si ciertos *nudges*, que se dice que funcionan mejor «en la sombra» [139], respetan suficientemente el llamado principio de publicidad [140] como para que quepa esquivarlos por la persona sobre cuyo comportamiento se pretende influir. En último término, cabe apuntar que los *nudges* suelen ser, en general, alternativas mucho menos intrusivas que las prohibiciones expresas de comportamientos indeseados. Desde esta óptica, sería bueno analizar si acaso tiene sentido que los *nudges* generen tanta incomodidad y si, en su caso, algunos de ellos deberían disfrutar de cobertura legal con miras a ser implementados por estimar que estos, en el fondo, acarrean una importante limitación de derechos fundamentales.

III. EXCURSO A MODO DE CONCLUSIÓN: LA PREVENCIÓN CORPORATIVA MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO DEL HECHO

Tras el esbozo realizado sobre algunas de las principales tendencias en materia de prevención corporativa, uno podría hacerse la siguiente pregunta: ¿qué tiene todo esto que ver con el Derecho Penal y, concretamente, con el Derecho Penal del hecho? De primeras, la respuesta es: algo, pero poco. En

[136] Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 16; De Quintana Medina, J., «What is wrong with nudges? Addressing normative objections to the aims and the means of nudges», pp. 28-29.

[137] Este tipo de *nudges* serían una buena herramienta para introducir elementos informativos que enriquezcan el proceso de deliberación y decisión en el ámbito empresarial; al respecto, Cigüela Sola, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», p. 10.

[138] *Vid.* Buss, S., «Personal Autonomy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, pp. 1 y ss.

[139] Haugh, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 15.

[140] Grosseries, A., «Publicity», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, pp. 1 y ss.

realidad, en el ámbito corporativo hechos antijurídicos y culpables, en sentido estricto, sólo encontramos en los comportamientos individuales que eventualmente realizan los tipos de la parte especial; del lado de la persona jurídica, encontramos otro tipo de injustos –no personales, sino estructurales–, que se corresponden con un concepto de «hecho» desnaturalizado, especialmente si lo que queremos es integrar en él dinámicas estructurales y culturales como las aquí expuestas [141].

En esta línea, las medidas preventivas que, según lo expuesto, integran la cultura corporativa están situadas en una fase muy anticipada respecto de aquella en la que entra en juego el principio del hecho: aquellas afectan al diseño y desarrollo de los contextos de decisión corporativa, de modo que un deficitario desarrollo de estas –o incluso su total ausencia– en modo alguno puede calificarse como «hecho penal» de la persona jurídica. Dicho de otro modo: la incorrecta prevención de sesgos no constituye una infracción de un deber penal por parte de la persona jurídica –un hecho penal, por tanto–, sino, a lo sumo, un elemento más del injusto estructural que podríamos atribuirle en caso de que ello hubiera tenido influencia en el delito individual eventualmente cometido. En ese sentido, la prevención cultural en las corporaciones es un fenómeno que se da más allá del principio del hecho.

Lo anterior es, por otra parte, un botón de muestra más de una tendencia generalizada, diagnosticada desde hace décadas por la doctrina, por la que estaríamos transitando de un Derecho Penal del hecho a otro paradigma, condensado en la idea de un «Derecho Penal del riesgo» o uno «del conflicto» [142]. La idea fundamental es que el Derecho Penal lleva tiempo manejando formas de imputación y –en lo que aquí interesa– de prevención que se basan en un concepto de «hecho» más bien maleable y blando; a aquél ya no sólo le interesan los comportamientos inmediatamente conectados con el daño o la lesión, sino todo un conjunto de realidades –contextos, dinámicas culturales, climas, peligros– que tienen que ver con el conflicto en sentido amplio, pero cuya conexión con el hecho delictivo *stricto sensu* es más bien indirecta y en ocasiones hasta remota (piénsese en la relación entre el lenguaje sexista en una corporación y los delitos sexuales en que puedan incurrir sus integrantes). La lógica que existe detrás de ese tránsito tiene que ver, como ha expuesto Zabel, con la idea de seguridad y dominación del riesgo. Esa lógica proyecta sobre la

[141] Razón por la cual autores como Silva Sánchez, J. M. «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», *REDEPEC*, Vol. 1, 2023, p. 10 ss., vienen hablando de «estados de cosas peligrosos» y no de hechos. Con amplia bibliografía, *vid.* Cigüela Sola, J., *La culpabilidad colectiva en Derecho penal,* Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 297 ss.

[142] Por todos, Zabel, B., *Das Ordnung des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017.

prevención de la delincuencia corporativa la necesidad de una intervención en dos niveles: el de los hechos individuales y el de los contextos corporativos. Que el principio del hecho sufra una devaluación en este último constituye una consecuencia directa del tipo de fenómenos cuyo control se pretende.

Ahora bien, si el principio del hecho individual sirvió, entre otras cosas, para delimitar dogmáticamente qué tipo de conductas pueden constituir objeto de criminalización y cuáles no, a estas alturas sólo podemos advertir que carecemos de un principio semejante para hacer lo mismo con las personas jurídicas. Si el presente trabajo tenía como objetivo esbozar las estrategias preventivas que, en el plano cultural, permiten un mejor control del riesgo organizativo, resulta que la pregunta dogmática que ello abre para el futuro es cómo delimitar, de la infinita gama de estrategias, aquellas que incumben a la persona jurídica –como organización– y aquellas que exceden su esfera de responsabilidad [143]. En realidad, hasta que no delimitemos ese extremo el concepto mismo de sanción colectiva permanecerá en la oscuridad –al no quedar claro su objeto–, y por extensión todo el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas.

[143] Zabel, B., «¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad», *InDret* 1/2018, pp. 9 y ss.