

UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS
ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL

¿PUEDE EL ABOGADO CORPORATIVO ALEGAR LA
INFLUENCIA DE HEURÍSTICAS Y SESGOS
COGNITIVOS EN SU COMPORTAMIENTO COMO
EXCUSA DE UN ILÍCITO?

TRABAJO FINAL PARA OPTAR AL TÍTULO DE MÁSTER EN ESTUDIOS
JURÍDICOS AVANZADOS

AUTORA: SILVIA LIBERTAD TRIVIÑO ALVARADO
DIRECTOR: PROF. DR. DR. H.C. MULT. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ
CO- DIRECTORA: DRA. CAROLINA BOLEA BARDON
BARCELONA, 2015

ABREVIATURAS

<i>Art.</i>	<i>Artículo</i>
<i>Cfr.</i>	<i>Confrontar</i>
<i>CPCH</i>	<i>Código Penal Chileno</i>
<i>CPE</i>	<i>Código Penal Español</i>
<i>EE.FF</i>	<i>Estados Financieros</i>
<i>FASB</i>	Financial Accounting Standards Boards
<i>P.G</i>	<i>Parte General</i>
<i>SPE/SPV</i>	Special Purpose Vehicles
<i>vol.</i>	volumen

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1 RACIONALIDAD LIMITADA: HEURÍSTICAS Y SESGOS COGNITIVOS	7
1.1. El agente racional como supuesto de la atribución penal	7
1.2. El paradigma neoclásico del hombre racional	11
1.3. El “héroe mítico” de la racionalidad ilimitada	14
1.4. Las heurísticas y los sesgos cognitivos	19
1.4.1. Los juicios intuitivos: el sistema uno y las heurísticas	19
1.4.2. Heurísticas más relevantes	21
1.4.3. Sesgos cognitivos	24
1.5. ¿Es posible superar o minimizar el efecto de los sesgos cognitivos?	31
1.6. ¿Se puede seguir hablando del hombre racional en el Derecho Penal?	35
CAPÍTULO 2 ¿SE PUEDE ALEGAR LA INFLUENCIA DE LOS SESGOS COGNITIVOS RESPECTO DEL ABOGADO CORPORATIVO AL EFECTUAR EL REPROCHE PENAL?	37
2.1. Heurísticas y Sesgos Cognitivos como fenómenos que pueden afectar la participación de los abogados en hechos ilícitos al interior de la empresa	38
2.1.2. Sesgos cognitivos y áreas conflictivas para el abogado corporativo	43
2.2. ¿Es posible que las heurísticas y los sesgos cognitivos impliquen la ausencia de responsabilidad penal del abogado por excluirse alguno de los distintos elementos del delito al momento de atribuir responsabilidad?	45
2.2.1. Acción, sesgos cognitivos y heurísticas	46
2.2.2. Error, sesgos cognitivos y heurísticas	53
2.2.3. Imputación personal, sesgos cognitivos y heurísticas	80
2.3. Conclusiones del capítulo	83
CAPÍTULO 3 CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES RESPECTO DE LA INFLUENCIA DE LAS HEURÍSTICAS Y LOS SESGOS COGNITIVOS EN EL ABOGADO CORPORATIVO	87
3.1. ¿Hacia un paradigma de responsabilidad estricta?	90
3.2. Consideraciones respecto de medidas que se pueden adoptar para mitigar los efectos de los sesgos cognitivos y las heurísticas	93
3.2.1. Medidas generales para mitigar el efecto de los sesgos cognitivos	94
3.2.2. Medidas que se pueden adoptar respecto del abogado corporativo	95
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	106

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Derecho Penal económico ha adquirido un protagonismo que ha traído consigo nuevos desafíos para la doctrina del Derecho Penal en general. Muchos de estos desafíos provienen del hecho de que en el ámbito económico, y especialmente en el marco de las empresas -en tanto grupos organizados de personas-, se producen hechos que parecen crear una “necesidad de modificar la configuración teórica de la institución para que ésta sea capaz de aprehender y dar una solución (se sobreentiende: justa) a dicho caso”¹.

Uno de los problemas que se han señalado que se producen dentro de las estructuras empresariales y que generan “casos especiales” son los fenómenos cognitivos que podrían afectar a sus funcionarios. De acuerdo a la psicología cognitiva, estos fenómenos demuestran que el ser humano no es absoluta e ilimitadamente racional, por cuanto en él operan mecanismos heurísticos y sesgos cognitivos (lo que se ha denominado como *racionalidad limitada*, conforme explicaré más adelante). Las heurísticas y los sesgos cognitivos son mecanismos preconscientes que simplifican y facilitan nuestra tarea de pensar al momento de realizar diversas actividades, lo que permite ahorrar tiempo y esfuerzo en un sinnúmero de tareas generalmente cotidianas. Pero así como las heurísticas y los sesgos son útiles para nuestra vida diaria, se ha dicho que también pueden llevar a incurrir en errores de percepción y de cálculo. Estos errores, particularmente en el ámbito empresarial, conllevan grandes riesgos y costos asociados. Así -como se explicará durante el trabajo- se ha sostenido que detrás de ciertos ilícitos cometidos al interior de las empresas podrían haber funcionarios que actuaron influidos por las heurísticas y por sesgos cognitivos.

Estos fenómenos cognitivos proponen a mi parecer un desafío para el Derecho Penal, puesto que cuestionan el paradigma sobre el que se estructura la atribución de responsabilidad, esto es, el supuesto de que el agente es un hombre razonable y libre y, en consecuencia, responsable por sus actos. En la doctrina especializada no existe acuerdo respecto de la posibilidad de eliminar los sesgos cognitivos y, en cualquier caso, se ha enfatizado en la dificultad de corregir o minimizarlos sin la ayuda de terceros, todo lo cual sólo contribuye a complejizar el problema de atribución de responsabilidad.

¹ Silva Sánchez, Jesús María, «Teoría del Delito y Derecho Penal Económico Empresarial», en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa* (Edisofer S.l./ IB de F, 2013), p. 4.

En otras palabras, si el hombre ha de ser juzgado por las decisiones racionales que toma, entonces no tenemos explicación suficiente en el Derecho Penal para la punibilidad de actos determinados por heurísticas y por sesgos cognitivos.

En este contexto, la posición del abogado corporativo resulta especialmente interesante. Por una parte, a diferencia del caso de otros funcionarios, como los auditores o directores de compañías, las heurísticas o sesgos que pudieran afectarlo no han sido mayormente estudiadas. Por otra parte, por sus características profesionales, el abogado corporativo tiene (o se le exige tener) un mayor conocimiento del Derecho, de modo que se hace más difícil argumentar que está afecto a vulneraciones de la racionalidad. En otras palabras, gran parte de las labores del abogado corporativo consisten en dar consejo y evitar que sus clientes cometan errores en el ámbito jurídico, por lo que es importante que estos profesionales no presenten deficiencias en una de sus principales tareas profesionales, cual es, asesorar a sus clientes en la toma de decisiones jurídicas.

Por lo tanto, resulta relevante estudiar el caso de los abogados corporativos en relación a los sesgos cognitivos e investigar si estos profesionales son vulnerables a las heurísticas y los sesgos cognitivos. Ello, pues sólo así será posible aproximarse a una respuesta en cuanto a si dichos fenómenos cognitivos son tan determinantes en el actuar del abogado corporativo como para ser considerados al momento de atribuirles responsabilidad penal. En el camino, este análisis permitirá visualizar algunos de los problemas a los que se enfrenta el derecho penal en relación a la idea de que el hombre no es completamente racional al momento de participar o cometer un ilícito. Junto con lo anterior es importante, también, plantear las posibilidades que existen de que en el futuro se pueda intentar mitigar el efecto de los sesgos cognitivos en los abogados.

En suma, el objeto del presente trabajo consiste en indagar acerca de qué son las heurísticas y los sesgos cognitivos, y cómo funcionan; sobre si los sesgos cognitivos pueden afectar al abogado corporativo y conducir a la atenuación o exclusión de su responsabilidad penal; acerca de si es posible que el derecho penal sancione al agente aun cuando podría no haber concurrido en él un completo conocimiento del tipo subjetivo; sobre las particularidades que presenta el caso del abogado corporativo; entre otras.

Este trabajo se divide en tres capítulos. El primero capítulo analiza el paradigma de agente en derecho penal y realiza una comparación con el paradigma económico de agente, destacando

que pese a ser estereotipos distintos comparten la idea de que el hombre es racional y libre. Asimismo, se analizan los sesgos cognitivos y las heurísticas, con el objeto de entender qué son y cómo actúan, destacando aquellos que son más relevantes para este trabajo.

En el segundo capítulo se analiza qué sesgos podrían afectar al abogado corporativo y de qué manera, para luego examinar si dichos sesgos podrían influir en alguno de los elementos del delito.

El tercer capítulo contiene consideraciones político criminales acerca de los problemas que presenta el supuesto de que el abogado corporativo se encuentre afecto a sesgos cognitivos. En otras palabras, en este capítulo se explora la cuestión acerca de los motivos que explican la dificultad de aceptar que el abogado corporativo sea vulnerable a los sesgos cognitivos y cuáles son las alternativas para evitar o mitigar aquellos sesgos.

CAPÍTULO 1 RACIONALIDAD LIMITADA: HEURÍSTICAS Y SESGOS COGNITIVOS

El propósito del presente capítulo es entender qué son, cómo funcionan y de qué manera afectan a la racionalidad las heurísticas y los sesgos cognitivos. Tomando en consideración tal objetivo, es necesario realizar una aproximación al concepto de racionalidad en materia penal y, especialmente, en materia económica, puesto que en esta rama de la ciencia se ha desarrollado de manera más extensa dicho concepto. Además, es allí donde, de la mano de la psicología, surgen los cuestionamientos a los alcances del concepto de racionalidad. Se trata, por cierto, de una aproximación que pretende dar cuenta de qué manera los estudios de las limitaciones cognitivas, entre ellos las heurísticas y los sesgos cognitivos, han puesto en tela de juicio el paradigma del hombre racional neoclásico o económico.

Una vez realizado lo anterior, se efectuará un breve análisis de las heurísticas y los sesgos cognitivos, con el objeto de exponer la influencia de éstos en la toma de decisiones y en la elaboración de juicios, para luego, realizar una breve descripción de aquellos que resultan más relevantes a efectos del presente trabajo.

1.1. El agente racional como supuesto de la atribución penal

Hablar de agente, en cuanto sujeto pasivo de la atribución de responsabilidad en el Derecho Penal, no es un asunto sencillo, porque la atribución de responsabilidad o culpabilidad, en el sentido amplio de la palabra², implica un reproche al comportamiento de ese agente. Tal reproche se basa en la concurrencia de ciertas circunstancias en el sujeto que permiten predicar su responsabilidad penal, aun cuando dichas circunstancias han sido (y siguen siendo) cuestionadas.

En efecto, el Derecho Penal exige que el agente posea ciertas capacidades o características para responsabilizarlo por sus actos. En este sentido, se ha señalado que:

(...) el derecho (penal) opera sobre la premisa de que cualquier persona que cuente con determinadas capacidades, cuyo umbral mínimo se encuentra jurídicamente fijado, está en posición de dar seguimiento a una norma cuya condiciones de aplicabilidad se vean satisfechas, de modo tal que la falta de seguimiento de la norma por parte de quien era capaz de seguirla cuenta como manifestación objetivada

² Como sinónimo de atribución de responsabilidad penal y no como categoría del delito o imputación personal.

de un déficit de fidelidad al derecho.³

Pues bien, una de las características básicas para poder atribuir responsabilidad al ser humano es que se encuentre **dotado de razón** y que sea libre de actuar conforme a ella. Esta idea de racionalidad es lo que, por decirlo en términos simples, nos diferencia de los animales. Se trata de la capacidad de pensar, entender, evaluar y actuar de acuerdo a dichos análisis. Así, Michael Moore sostiene que el ser racional es aquel que actúa por razones o por un conjunto de creencias o deseos cuyos contenidos forman un silogismo válido, siempre que el deseo (o premisa mayor del silogismo) sea un fin inteligible y las creencias sean racionales y sirvan como un medio para la satisfacción de ese fin⁴.

Al respecto, el concepto del agente como hombre racional se observa de manera mucho más evidente en el ámbito de la doctrina desarrollada en el *common law*, donde se sostiene que el Derecho Penal se estructura sobre la premisa de que el ser humano es responsable por sus actos -justamente- porque es libre y racional. En este sentido se ha dicho:

Underlying the operation of the criminal law is a fundamental, yet challengeable, premise. It is that human beings are characterised by their ability to control their own destiny. Human action is conceived as the product of free, rational choices on the part of the individual. This capacity for free and rational action taking effect in and on the natural and social world designates human beings as autonomous moral agents, that is as bearing responsibility for their actions whether good or bad.⁵

Así, se puede afirmar que la libertad y la razón son dos conceptos entrelazados que definen el concepto tradicional de agente en Derecho Penal, puesto que se entiende que si el sujeto actuó de manera libre es porque razonadamente decidió actuar como lo hizo. En este sentido:

La idea constitutiva del concepto tradicional de la libertad de voluntad implica que el ser humano posee la capacidad de intervenir en los acontecimientos dirigiéndolos en un determinado sentido a través de su voluntad, toda vez que esta última está conformada por la razón y por lo tanto por ética y moral.⁶

Sin embargo, la libre voluntad del hombre como base de atribución de la culpabilidad y eventualmente de la responsabilidad, ha sido cuestionada. En efecto, una discusión tradicional en doctrina –desarrollada durante el siglo pasado- es aquella que ha cuestionado el concepto de libertad, sosteniendo que es algo indemostrable, por lo que no puede ser el fundamento del

³ Mañalich, Juan Pablo, «El Estado de Necesidad Exculpante. Una Propuesta de Interpretación del Artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno», en *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en la Memoria de Enrique Cury* (Thomson Reuters, 2013), p. 721.

⁴ Moore, Michael, *Law and Psychiatry. Rethinking the Relationship* (Cambridge University Press, 1984), pp. 100 y ss.

⁵ Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine and Theory* (Longman, 2003), p. 32.

⁶ Demetrio Crespo, Eduardo, «Libertad de Voluntad, Investigación Sobre el Cerebro y Responsabilidad Penal», *InDret: Revista Para el Análisis del Derecho*, n.º 2 (2011): 12, www.indret.com (revisado: 15 de abril 2015).

reproche de culpabilidad.

Al respecto, la doctrina se divide entre deterministas en un extremo, indeterministas en el otro, y un área gris intermedia en la cual se encuentran, entre otros, los agnósticos. Así, las propuestas van desde la más tradicional, que sostiene que la autonomía de la libertad es el eje de la asignación de responsabilidad y que no debe ser modificada; pasando por quienes proponen que la culpabilidad debe fundarse en consideraciones distintas de la libertad, por ejemplo, desde la perspectiva político criminal; hasta aquellos que consideran que la libertad es un presupuesto normativo sobre el que se construye la culpabilidad, que a su vez actúa como un garante del individuo limitando su responsabilidad⁷.

Pese a que la cuestión no ha sido resuelta, parecía existir cierto consenso en la idea de que la libre voluntad de los agentes es incorporada como base de la asignación de culpabilidad y, en consecuencia, como un presupuesto indispensable de la responsabilidad penal. En este sentido Roxin:

La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.⁸

Sin embargo, la discusión ha retornado en los últimos años con ocasión de nuevas investigaciones propias del ámbito de otras ciencias. En efecto, los avances de la neurociencia en los últimos años han llevado a cuestionar si el merecimiento del reproche puede fundarse en la idea de que el hombre, razonada y libremente, actúa del modo en que lo hace o si, por el contrario, su actuar se debe a procesos cerebrales no conscientes, que el ser humano no puede dominar, por lo que cabría decir que no ha existido una libre voluntad en sus actos y, en consecuencia, no podría haber reproche. Desde esta nueva perspectiva, la cuestión ya no solo se trataría de que la libertad es indemostrable, sino que habría evidencia de su inexistencia.

La discusión al respecto sigue un desarrollo similar al de años precedentes: hay desde quienes plantean la necesidad de efectuar una revisión de los presupuestos para asignar responsabilidad, hasta aquellos que sostienen que al Derecho Penal le son completamente ajenos los avances científicos respecto de la libertad o voluntad del ser humano. Esta última,

⁷ Respecto de las distintas concepciones de culpabilidad, cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, tomo I* (Civitas, 1997), pp. 788 y ss.

⁸ *Ibid.*, p. 808.

parece ser la posición que logra mayor consenso entre la doctrina. Al respecto Cancio Meliá ha indicado:

(...) se ha desarrollado una viva discusión en la ciencia del Derecho penal, en la que la amplia mayoría de sus participantes han llegado a la conclusión de que los descubrimientos neurocientíficos no deben afectar a los pilares esenciales del Derecho penal, y, en particular, que no deben tampoco remover los fundamentos del concepto de culpabilidad.⁹

En este sentido, me parece útil recordar la problemática que presenta Thomas Nagel al referirse a la suerte moral (*moral luck*). Según el autor, la idea kantiana de que la buena o mala suerte no influye en el juicio de reproche no es completamente cierta o, al menos, implica una paradoja. A su parecer, si bien la suerte moral -entendida como los factores que escapan de la voluntad y del control del sujeto- no debiese ser considerada al momento de efectuar un reproche, lo cierto es que sí influye en él¹⁰. De ese modo, el sujeto habitualmente responde como si hubiese podido controlar su suerte, aun cuando sabemos que hay ciertas cosas que escapan de su ámbito y posibilidades de control. En palabras de Nagel:

Perhaps it is true that what is done depends on more than the agent's state of mind or intention. The problem then is why is it not irrational to base moral assessment on what people do, in this broad sense?(...) If we look at cases of negligence or attempt, the pattern seems to be that overall culpability corresponds to the product of mental or intentional fault and the seriousness of the outcomes.¹¹

Esta idea de Nagel permite describir qué es lo que ocurre en materia penal respecto del juicio de reproche, puesto que, más allá de los cuestionamientos que se hagan respecto de la libertad o de la racionalidad del agente, el merecimiento del reproche se estructura sobre la base de que el ser humano es libre y dotado de razón, y aquello es un peldaño infranqueable al momento de asignar responsabilidad en cualquier sistema penal, puesto que se encuentra implícito en su racionalidad interna.

Precisamente por ello es que la idea del agente como un ser racional se puede observar en los diferentes elementos del delito. Por una parte, en la culpabilidad, entendida como una categoría del delito, puesto que supone que la conducta antijurídica sea atribuible al sujeto en cuanto éste es capaz de entender la norma, motivarse y modificar su conducta conforme a

⁹ Cancio Meliá, Manuel, «Psicopatía y Derecho Penal: Algunas Consideraciones Introductorias», en *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico-Penal de la Peligrosidad* (Edisofer S.L., 2013), p. 531.

¹⁰ Cfr. Nagel, Thomas, «Moral Luck», en *Moral Questions* (Cambridge University Press, 2014), pp. 24-38.

¹¹ *Ibid.*, p. 31.

ella¹².

Por otra parte, esta idea se encuentra también en nuestra concepción de los elementos subjetivos del tipo, específicamente en la definición de dolo, al entenderlo, a grandes rasgos, como conocimiento y voluntad¹³. Así y todo, la idea de racionalidad encuentra matices en el ámbito de la definición de dolo. Al respecto, es interesante el caso del dolo eventual en que, si bien no hay intención de causar un resultado (es decir el elemento “voluntad” es menor), bastará con el conocimiento de la posibilidad del resultado, es decir con que el sujeto se hubiese representado la posibilidad de que el hecho ocurriese.

En cualquier caso, la idea de que el hombre puede y debe meditar respecto de sus actos y sus consecuencias se encuentra profundamente ligada a la idea de dolo. Esto sigue siendo evidente en el caso de los delitos imprudentes, en donde para determinar que el agente actuó con imprudencia se proponen criterios como creación de un peligro, previsibilidad, riesgo permitido, entre otros, los que apuntan a estandarizar el cuidado que debió haber tenido un hombre medio.

En suma, me parece que, más allá de los cuestionamientos que podamos establecer respecto de las características específicas de un determinado agente, el Derecho Penal estructura su reproche asumiendo que éste guía su comportamiento de manera libre y racional.

1.2. El paradigma neoclásico del hombre racional

Por razones que se harán evidentes en el desarrollo de este trabajo, una revisión de la concepción del hombre racional desde las ciencias de la economía puede resultar ilustrativa y hasta determinante.

Pues bien, la economía también caracteriza al agente como un ser racional, pero el sentido de racionalidad que asume esta disciplina –al menos en su mirada clásica- y la que asume el derecho penal, son distintas. Mientras que para el Derecho Penal el agente es racional en cuanto tiene la capacidad de entender el sentido de la norma y es libre para guiar su

¹² En este sentido Roxin señala: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.” (Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 792.)

¹³ Cfr. *Ibid.*, pp. 414 y ss.

comportamiento de acuerdo a ella, en materia económica, se entiende la racionalidad como la capacidad del hombre de realizar cálculos que optimicen su beneficio.

En efecto, la economía concibe al ser humano como un agente racional u *homo oeconomicus*, es decir, un ser humano con la capacidad de extraer y procesar información y realizar cálculos que le permiten maximizar sus intereses al momento de tomar decisiones o realizar juicios¹⁴.

Una descripción del hombre racional es entregada en las siguientes líneas:

Su racionalidad se manifiesta en la maximización de la utilidad y del bienestar. Este *homo oeconomicus* es egoísta, sólo obtiene utilidad del consumo, del consumo propio y del de sus descendientes (altruismo intergeneracional), y tiene una capacidad de cálculo formidable que le permite hacer planes óptimos en horizontes de planificación muy largos (maximización intertemporal), en condiciones de riesgo (maximización de la utilidad esperada) o de incertidumbre (cálculo bayesiano de las probabilidades subjetivas).¹⁵

Pues bien, el ámbito de la economía que se ha encargado de entender la manera en que el ser humano realiza sus decisiones se denomina “Teoría de la Elección Racional”. Dentro de esta rama de la economía se han propuesto varias teorías, sin embargo la dominante es la Teoría de la Utilidad Esperada¹⁶, que es una teoría normativa¹⁷ que tiene por objeto describir cómo deberían comportarse las personas de acuerdo a las máximas del hombre racional.

Esta teoría resulta relevante en cuanto incorporó un concepto subjetivo, el de utilidad, en reemplazo del concepto de valor a la teoría económica y estableció un conjunto de axiomas que deben estar presentes en una decisión racional.

Esta teoría tiene su origen en lo que se ha conocido como la Paradoja de San Petersburgo¹⁸, mediante la que se descubrió que el concepto de *valor* era un criterio poco preciso a la hora de

¹⁴ Respecto del hombre racional, cfr. Pascale, Ricardo, «Toma de Decisiones Económicas: El Aporte Cognitivo en la Ruta de Simon, Allais y Tversky y Kahneman», *Ciencias Psicológicas* I, n.º 2 (2007), pp. 154-57; Korobkin, Russell y Ulen, Thomas, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», *California Law Review* 88, n.º 4 (2000), pp. 1060-75; D’Elia, Vanesa, «El Sujeto Económico y la Racionalidad en Adam Smith», *Revista de Economía Institucional* 11, n.º 21 (2009), pp. 37-43.

¹⁵ D’Elia, «El Sujeto Económico y la Racionalidad en Adam Smith», p. 37.

¹⁶ Respecto de la Teoría de la Utilidad Esperada, cfr. Plouss, Scott, *The Psychology of Judgment and Decision Making* (McGraw-Hill, Inc, 1993), pp. 79-83; Pascale, «Toma de Decisiones Económicas: El Aporte Cognitivo en la Ruta de Simon, Allais y Tversky y Kahneman», pp. 155-157; Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», pp. 1062-64.

¹⁷ Se entiende como modelos normativos aquellos que formulan patrones de conducta, que en caso de cumplirse, ayudarán a optimizar la exactitud de las creencias y la eficacia de las acciones al respecto. Stanovich, Keith, *Who Is Rational* (Lawrence Erlbaum Associates, 1999), pp. 3 y ss.

¹⁸ A grandes rasgos, la paradoja consistía en que al ofrecer un juego de apuestas en que las posibilidades de ganar eran infinitas, las personas solo estaban dispuestas a apostar pequeñas sumas de dinero, cuestión que contradice la premisa de maximización de dinero propuesta por la teoría económica clásica. Este conflicto fue solucionado en el año 1738 por Daniel Bernoulli, quien propuso establecer una diferencia entre el valor monetario y la utilidad que reporta un bien a cada persona. La paradoja es la siguiente: A ofrece a B un juego de apuesta en que se lanza

tomar decisiones con cierto riesgo, por lo que era necesario distinguir entre el valor económico de un bien -que es igual para todos- y la utilidad que le reporta ese bien a cada persona -la que está determinada por factores subjetivos como la estimación personal-. Ahora bien, la Teoría de la Utilidad Esperada, tal como se conoce actualmente, fue desarrollada por Von Neumann y Morgenstern, quienes continuaron trabajando en el concepto de utilidad, pero además, incorporaron una serie de principios¹⁹ que caracterizan a una decisión racional. En efecto, los autores probaron empíricamente que cuando los sujetos vulneraban alguno de los principios de la teoría, no se lograba la utilidad esperada.

Pues bien, las Teorías de la Elección Racional, especialmente la Teoría de la Utilidad Esperada, han sido calificadas como un gran avance tanto en la economía como en las ciencias que estudian el comportamiento²⁰. Por lo mismo, sus presupuestos se han incorporado a otras ciencias, entre ellas, el derecho.

En efecto, la rama que incorpora los principios económicos de la Teoría de la Elección Racional al análisis legal se conoce como **Análisis Económico del Derecho**. Así, mediante el concepto del hombre como un agente racional o “maximizador”, se ha estudiado de qué modo el derecho puede modificar la conducta de los ciudadanos para así motivar una adecuada asignación de recursos²¹ tanto dentro de los mercados, como en otras instituciones²².

En el mismo sentido, el Análisis Económico del Derecho ha tenido relevancia en materia penal y en criminología, donde se ha propuesto considerar al delincuente como un ser racional para poder modelar de manera más adecuada su comportamiento, y también, incorporar las

una moneda al aire. Si sale cara al primer lanzamiento, A paga a B 1; si sale cara solo en el segundo lanzamiento, B recibe 2; si solo sale cara al tercer lanzamiento, B recibe 3; y así sucesivamente. La pregunta realizada a los potenciales apostadores era: ¿Cuál es el precio justo que debería pagarse por el juego?

¹⁹ Dichos axiomas corresponden a: ordenamiento de alternativas, transitividad, dominancia, cancelación, continuidad, invariancia. Cfr. Plouss, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, pp.82-83; Baron, *Morality and Rational Choice* (Kluwer Academic, 1993), pp. 49 y ss.

²⁰ Plouss, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, p. 83; Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1055.

²¹ Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1054.

²² En relación con lo anterior Richard Posner ha señalado que las personas son maximizadores no solo en los aspectos económicos, sino en todos los ámbitos de la vida y, por tanto, es un concepto útil para el análisis del derecho que se ocupa de cosas cotidianas como el matrimonio, los accidentes o la delincuencia. Cfr. Posner, Richard, *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, 2011), p. 4.

máximas de la economía al Derecho Penal a efectos de configurar un sistema penal más eficaz²³. En este sentido se ha dicho:

The notion of the criminal as a rational calculator will strike many readers as unrealistic, especially when applied to criminals having little education or to crimes not committed for pecuniary gain. (...) A growing empirical literature on crime has shown that criminals respond to changes in opportunity cost, in the probability of apprehension, in the severity of punishment, and in other relevant variables as if they were indeed the rational calculators of the economic model - and this regardless of whether the crime is committed for pecuniary gain or out of passion, or by well educated or poorly educated people, or for that matter, by minors.²⁴

Ahora bien, pese a la influencia que han tenido la Teoría de la Utilidad Esperada y, en general, las Teorías de la Elección Racional como herramientas para entender el comportamiento humano, se han observado ciertas limitaciones para predecirlo, por cuanto se ha descubierto que el ser humano habitualmente no realiza los cálculos supuestamente “adecuados”, ni se comporta de acuerdo a las máximas de dicha teoría.

En relación con lo anterior, se han descrito ciertas limitaciones a las que estaría afecto el ser humano al momento de tomar decisiones o hacer juicios, por lo que se ha propuesto una concepción de ser humano más realista que la del *homo oeconomicus*. A continuación me referiré a estas limitaciones, especialmente en relación con su racionalidad.

1.3. El “héroe mítico” de la racionalidad ilimitada²⁵

El concepto de hombre racional utilizado por la economía neoclásica se ha visto cada vez más influido por el estudio del comportamiento humano, aspecto en el que la psicología ha realizado grandes aportes, especialmente en cuanto ha permitido entender las limitaciones que presenta el ser humano al momento de realizar juicios²⁶ y tomar decisiones.

Estas limitaciones no armonizan con el concepto de “hombre racional” desarrollado por la economía neoclásica, puesto que rompen con la máxima de que el ser humano siempre tiende

²³ Respecto de la vinculación del análisis económico del derecho con el Derecho Penal, cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, «Eficiencia y Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 49, (1996), pp. 93-127. Desde una mirada crítica, cfr. Husak, Douglas, «Alternatives Theories of Criminalization. Law and Economics», en *Over Criminalization* (Oxford University Press, 2008), pp. 180-87.

²⁴ Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 279.

²⁵ Concepto utilizado por Selten, Reinhard «What Is Bounded Rationality?», en *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox* (Cambridge, Mass. : MIT Press, 2001), pp. 13-36.

²⁶ Para efectos del trabajo se entenderá por juzgar o realizar un juicio lo siguiente: “formar opinión sobre algo o alguien” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) o “The mental or intellectual process or forming an opinion or evaluation by discerning and comparing” (Webster’s Third New International Dictionary).

a la optimización. Asimismo, han planteado un cambio en el enfoque del objeto de estudio del comportamiento humano, trasladando el análisis desde cómo se debería comportar un hombre racional, al análisis de cómo y por qué un hombre se comporta de determinada manera al momento de realizar una elección²⁷.

A grandes rasgos, la psicología cognitiva ha descrito la existencia de tres limitaciones que cuestionan el concepto de hombre racional²⁸: la fuerza de voluntad limitada, el auto interés limitado y la racionalidad limitada.

La **fuerza de voluntad limitada**²⁹ es el fenómeno que permite que los seres humanos prefieran un beneficio inmediato, aun cuando éste pueda causarles desventajas a largo plazo. El ejemplo más simple para describir este tipo de limitación son las dietas frustradas: en efecto, no es poco común iniciar una dieta para estar saludable y al poco tiempo desistir de aquella frente a la tentación de comer el postre o el plato favorito. Esta limitación se enfrenta al modelo de hombre racional porque la opción elegida no maximiza la utilidad, sino todo lo contrario. La voluntad limitada, es un tema que ha sido abordado profundamente desde el ámbito de la filosofía por Davidson, quien la entiende como “incontinencia de los actos”. En palabras del autor:

An agent's will is weak if he acts, and intentionally, counter to his own best judgment; in such case we sometimes say he lacks the will power to do what he knows, or at any rates believes, would, everything considered, be better. It will be convenient to call actions of this kind incontinent actions, or to say that in doing them the agent acts incontinently.³⁰

Se ha sostenido, que la voluntad limitada es relevante en materias penales, por ejemplo, al considerar el poco auto control que puede tener un sujeto al momento de cometer un crimen, puesto que la ponderación que realiza el agente es, por una parte, entre el beneficio inmediato

²⁷ En economía, la doctrina no es unánime en cuanto a si se debe seguir utilizando el concepto de hombre racional o si se debe incorporar la racionalidad limitada al análisis. A favor de continuar con la perspectiva de la economía clásica Posner, *Economic Analysis of Law*, pp. 18 y ss.

²⁸ Respecto de estas tres limitaciones, especialmente respecto de la limitación de la fuerza de voluntad y el auto interés, cfr. Jolls, Christine; Sunstein, Cass y Thaler, Richard, «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review* 50, n.º 5 (1998), pp. 1476 y ss.

²⁹ En relación con la fuerza de voluntad limitada, cfr. Audi, Robert, «Weakness of Will and Practical Judgment», *Noûs* 13, n.º 2 (2008), pp. 173-96; Hurley, Paul, «How Weakness of the Will Is Possible», *Mind, New Series* 101, n.º 401 (1992), pp. 85-88; Holton, Richard, «Intention and Weakness of Will», *Journal of Philosophy* 96, n.º 5 (1999), pp. 241-62; Davidson, Donald «How Is Weakness of the Will Possible?», en *Moral Concepts* (Oxford University Press, 1969), pp. 93-113; Baumeister, Roy y Vohs, D., Kathleen, «Willpower, Choice, and Self-Control», en *Time and Decision* (Russell Sage Foundation, 2003), pp. 201-16.

³⁰ Davidson, «How Is Weakness of the Will Possible?», p. 93.

que conllevaría la realización del ilícito y, por otra, el costo de la sanción penal que, en el evento de ser descubierto, deberá asumir de manera posterior.

Por su parte, el **auto interés limitado** se refiere a que las personas, en ciertas circunstancias, manifiestan una consideración superior con el resto que lo postulado por la teoría económica clásica, en atención a una expectativa de ser tratadas de la misma manera a futuro³¹. Por ejemplo, el auto interés limitado se opone a la idea de que en un mercado competitivo cada sujeto tratará de optimizar su utilidad, porque en dichos contextos hay factores -como el concepto de justicia- que influyen en el comportamiento de los actores y que provocan que actúen de manera más considerada con sus competidores esperando recibir el mismo trato posteriormente. Otra muestra habitual del auto interés limitado es el hecho de que las personas dejen propinas en restaurantes, aun cuando no vayan a volver a dicho lugar, solo porque es una actitud que les gustaría que tuviesen con ellos.

Por último, la **racionalidad limitada o acotada** está vinculada a las limitaciones cognitivas que presenta el hombre al momento de realizar decisiones, entre las que se encuentran las heurísticas y los sesgos cognitivos. La racionalidad limitada permite sostener que el hombre no posee una racionalidad infinita y que, en consecuencia, el estereotipo de hombre racional adolece de falencias. Al respecto, las palabras de Reinhard Selten son bastantes explicativas:

Full rationality requires unlimited cognitive capabilities. Fully rational man is a mythical hero who knows the solutions to all mathematical problems and can immediately perform all computations, regardless of how difficult they are. Human beings are in reality very different. Their cognitive capabilities are quite limited. For this reason alone, the decision-making behavior of human beings cannot conform to the ideal of full rationality.³²

Son estas últimas limitaciones a las que me abocaré en el presente trabajo, por lo que a continuación abordaré con más detalle la idea de racionalidad limitada.

Racionalidad limitada

El concepto de racionalidad limitada fue expuesto por primera vez por Herbert Simon, quien estudió y observó la manera en que se toman decisiones en el interior de las organizaciones y concluyó que el ser humano no sigue el modelo propuesto por la economía neoclásica, sino que, por el contrario, realiza simplificaciones de cálculo que facilitan dicha tarea. En

³¹ Cfr. Jolls, Sunstein y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», p. 1479.

³² Selten, «What Is Bounded Rationality?», p. 14.

consecuencia, el autor propuso introducir modificaciones al modelo clásico reemplazando el concepto de “maximización” por el de “satisfacción”³³.

En otras palabras, el autor sostiene que el ser humano, al tomar decisiones, elige entre todas las alternativas que se le presentan aquella que le permite **satisfacer** de mejor manera sus intereses y se conforma con ella, en vez de buscar la que le permitiría **maximizarlos**.

Desde la aproximación de Simon a un concepto más realista de la toma de decisiones, se ha continuado avanzando en el concepto de racionalidad limitada y, pese a que no existe una definición específica, en la doctrina se habla de ella para hacer alusión a que la racionalidad humana tiene limitaciones de cálculo y que utiliza atajos mentales para tomar decisiones y realizar juicios.

En este aspecto, el trabajo de los psicólogos Kahneman y Tversky ha sido fundamental. Ellos desarrollaron tres líneas de investigación que se encuentran entrelazadas unas con otras y que abordan varios aspectos de la racionalidad limitada. La primera línea de investigación fue respecto de la heurística y los sesgos que afectan a los sujetos al realizar juicios en contextos de incertidumbre; la segunda línea desarrolló la llamada Teoría Prospectiva; y la tercera estudió lo que ellos denominaron el Efecto Marco y sus efectos en el concepto de hombre racional³⁴.

En cuanto a la primera línea de investigación, esto es, respecto de **las heurísticas y los sesgos cognitivos** -tema que se abordará en mayor profundidad en lo que resta del capítulo- Kahneman y Tversky concluyeron que el **juicio intuitivo** juega un papel muy relevante en la manera en que los seres humanos realizan valoraciones y toman decisiones. Aquel juicio es vulnerable a heurísticas y sesgos cognitivos, los que tienen la ventaja de facilitar y simplificar la ardua tarea de decidir. Por lo mismo, el juicio intuitivo habitualmente es bastante eficiente en la economía de energía y tiempo, con buenos resultados, sin embargo, también es proclive a inducir errores del sujeto en determinadas situaciones. En palabras de los autores:

³³ En relación con la racionalidad limitada y los conceptos de satisfacción y optimización, cfr. Simon, Herbert, «A Behavioral Model of Rational Choice», *The Quarterly Journal of Economics* 69, n.º 1 (1955), pp. 99-118; Simon, Herbert, «Theories of Bounded Rationality», en *Decision and Organization* (North-Holland Publishing Company, 1972), pp. 161-76.

³⁴ Cfr. Kahneman, Daniel, «Mapas de la Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual», *Revista Asturiana de Economía*, n.º 28 (2003), pp. 181-225.

(...) people rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors.³⁵

Respecto de la segunda línea de investigación o **Teoría de Prospectiva**, los autores proponen un modelo descriptivo³⁶ del comportamiento (en oposición a la Teoría de la Utilidad Esperada, que plantea un modelo normativo) basado en los estudios cognitivos que realizaron y que indicaban que el ser humano, al momento de tomar decisiones, no sigue el patrón de conducta de un hombre racional y opera bajo ciertas heurísticas y efectos tales como la aversión a la pérdida, el “efecto dotación”, la dependencia de la referencia y el “efecto aislamiento”, entre otros.

La Teoría Prospectiva pone énfasis en los “cambios en la riqueza o en el bienestar más que en los estados finales”³⁷. De este modo, el valor de un bien se determina de manera subjetiva desde un punto de referencia y no en abstracto o en base a criterios absolutos³⁸. Por lo anterior, en situaciones concretas los sujetos le entregan distinto valor a la pérdida que a la ganancia de una misma cantidad de dinero y además, presentan mayor aversión a la pérdida que propensión a la ganancia³⁹. En este sentido, los autores señalan lo siguiente:

El hecho de que las pérdidas aparezcan como mayores que las ganancias es una característica destacada de las actitudes de los sujetos hacia el cambio de los estados de riqueza. La desesperación que puede producir la pérdida de una suma considerable de dinero nos parece mayor que la satisfacción que podríamos obtener al ganar la misma cantidad.⁴⁰

Por último, la tercera línea de investigación se abocó al **Efecto Marco**⁴¹, que consiste en que la forma en que se plantean las alternativas en una elección afecta o condiciona el resultado de ésta, cuestión que contradice la teoría económica neoclásica, que postulaba el principio de la invariancia (mediante el cual se sostiene que la preferencia por una alternativa no se ve

³⁵ Kahneman, Daniel y Tversky, Amos, «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», en *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge University Press, 1998), p. 3.

³⁶ Se entiende por modelos descriptivos aquellos que tienen por objeto describir precisamente los patrones de conducta y respuesta de los seres humanos en términos psicológicos. Al respecto Stanovich, *Who Is Rational*, pp. 3 y ss.

³⁷ Kahneman, Daniel y Tversky, Amos, «Teoría Prospectiva: Un Análisis de la Decisión Bajo Riesgo. Versión en Español», *Infancia y Aprendizaje*, n.º 30 (1987), p. 110.

³⁸ Así, de acuerdo a un ejemplo planteado por los autores, un objeto podría percibirse como caliente o tibio al tacto según nuestro nivel de adaptación al calor.

³⁹ En términos económicos se habla de que el valor función de la pérdida es distinto que para la ganancia. Para la pérdida la función es convexa y para la ganancia es cóncava, cfr. respecto Kahneman y Tversky, «Teoría Prospectiva: Un Análisis de la Decisión Bajo Riesgo», pp. 110 y ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p.111.

⁴¹ Cfr. Kahneman, Daniel y Tversky, Amos «Choices, Values, and Frames», *American Psychologist* 39, n.º 4 (1984), pp. 341-50.

influida por el orden en que se presentan los factores que la determinan). El Efecto Marco demuestra la influencia de las heurísticas en la toma de decisiones y complementa la Teoría Prospectiva propuesta por Tversky y Kahneman en relación al punto de referencia. Lo anterior por cuanto los autores han demostrado que si se presenta una alternativa como ganancia o como pérdida desde un punto de referencia, es posible afectar el resultado de la elección que se inclinará hacia la alternativa expresada como ganancia.

Pues bien, de las líneas de investigación indicadas, la primera adquiere especial relevancia para el presente trabajo, pues aquella se ocupa de las heurísticas y los sesgos cognitivos, los cuales afectan la toma de decisiones y se relacionan directamente con las desviaciones de la racionalidad. Sin embargo, a efectos de entender de qué manera operan las limitaciones cognitivas, muchas veces será útil considerar los efectos que han sido establecidos mediante la Teoría Prospectiva o aquellos que dicen relación con el Efecto Marco, sin perjuicio de que no ahondaré en dichos conceptos.

1.4. Las heurísticas y los sesgos cognitivos

En lo que queda de este capítulo, primero analizaré de qué manera las heurísticas y los sesgos cognitivos afectan los juicios realizados por las personas, por lo que me referiré brevemente a la manera en que ellos se desarrollan. Luego, expondré cuáles son las tres heurísticas más relevantes o al menos las más estudiadas en psicología cognitiva y, por último, describiré los sesgos cognitivos más relevantes para este trabajo, a saber, aquellos que se han propuesto como vinculados a irregularidades o delitos cometido al interior de empresas. Sin perjuicio de esto, en el capítulo siguiente se analizará cuáles de estos sesgos podrían afectar específicamente al abogado corporativo.

1.4.1. Los juicios intuitivos: el sistema uno y las heurísticas

El hombre no actúa de una manera completamente racional (o de acuerdo a lo predispuesto por la Teoría de la Utilidad Esperada) porque guía gran parte de su comportamiento por juicios intuitivos, los que son vulnerables a las heurísticas y a los sesgos cognitivos. Por su parte, el predominio de los juicios intuitivos se explicaría por el protagonismo del sistema

automático, también denominado “sistema uno”, sobre el sistema esforzado, o “sistema dos”, al momento de realizar juicios o tomar decisiones⁴².

En efecto, el ser humano posee dos sistemas mentales que interfieren en la formación de los juicios y las elecciones y cada uno tiene funciones distintas al respecto. Así, mientras que el sistema uno es el encargado de realizar las primeras impresiones o conclusiones básicas de lo que se percibe, el sistema dos tiene la función de evaluar dichas conclusiones para evitar errores.

Dicho de otro modo, **el sistema uno** está asociado a la intuición, funciona de manera automática, sin esfuerzo o búsqueda consciente, está siempre alerta, evaluando continuamente lo que ocurre en el mundo exterior, las impresiones o sentimientos y sacando conclusiones con muy poco esfuerzo, las que posteriormente entrega al sistema dos a modo de sugerencia.

El **sistema dos**, por su parte, está asociado al razonamiento, se aboca a aquellas tareas que requieren atención, análisis o cálculos complejos y al control de las conclusiones básicas a las que arriba el sistema uno. El sistema dos usualmente se encuentra en reposo y generalmente acepta las propuestas entregadas por el sistema uno, convirtiéndolas en creencias o juicios definitivos. También, puede ocurrir que el sistema uno detecte que hay algo inusual en lo que percibe, caso en el que se activa el sistema dos a efectos de atender el asunto que resulta excesivamente complejo para el sistema uno.

La manera en la que funcionan, conjuntamente, el sistema uno y el sistema dos es bastante eficiente, por cuanto minimiza el esfuerzo en la toma de decisiones y ahorra tiempo con resultados que generalmente son buenos. Sin embargo, los problemas se presentan cuando el sistema dos se agota, ya sea porque las actividades que realiza requieren mucho esfuerzo, o porque está ocupado en otra tarea, lo que ocurre cuando debe realizar varias labores al mismo tiempo, lo que lo obliga a priorizar aquellas que son más relevantes. En dichas circunstancias, la influencia que ejerce el sistema uno adquiere mayor relevancia y también posibilita errores. En este sentido:

We have limited computational skills and seriously flawed memories. People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimizing the sum of decision costs and error costs. To deal with limited memories we make lists. To deal with limited brain power and time we use mental shortcuts and rules of thumb. But even

⁴² En todo lo referente al sistema uno y dos sigo lo expuesto por Kahneman, Daniel «Pensar Rápido, Pensar Despacio», (Debolsillo, 2013), pp. 33-188 y Kahneman, «Mapas de la Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual», pp. 183-186.

with these remedies, and in some cases because of these remedies, human behavior differs in systematic ways from that predicted by the standard economic model of unbounded rationality.⁴³

La facilidad del sistema uno para incurrir en errores se debe a que funciona mediante la asociación de ideas. Es decir, con la información que tiene, aun cuando sea escasa, intentará arribar a una conclusión, para lo cual se apoyará del contexto y la experiencia previa. Pues bien, muchas de estas asociaciones de ideas se realizan mediante lo que se ha denominado *heurística* que consiste en “un procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles”⁴⁴. En otras palabras, son simplificaciones mentales por las que se trata de **sustituir** una pregunta difícil por otra más fácil, que de alguna manera se asocia mentalmente a lo que se está preguntando.

El sistema uno no tiene la capacidad de cuestionar la información ni de elegir entre dos opciones (dudar es función del sistema dos), sino que sólo sabe asociar. Por tanto, si el sistema dos no revisa debidamente las soluciones del sistema uno –como cuando está ocupado o fatigado- es posible que las conclusiones a las que arriben los individuos reflejen mayormente intuiciones generadas por las impresiones y asociaciones del sistema uno.

En síntesis, las personas realizan juicios y toman decisiones en base a heurísticas, cuestión que la mayoría de las veces entrega buenos resultados, pero algunas veces posibilita que aparezcan inconsistencias y sesgos cognitivos o “errores sistemáticos que es propenso a cometer en determinadas circunstancias”⁴⁵.

1.4.2. Heurísticas más relevantes

Las heurísticas más estudiadas son tres: la de representatividad, la de disponibilidad y la de anclaje y ajuste. A continuación las describiré en atención a su relevancia para entender los cálculos asociativos rápidos que realiza el sistema uno y para comprender cómo se generan errores de percepción (que corresponden, como explicaré en este trabajo, a los que se encuentran expuestos los individuos que se desempeñan al interior de las empresas).

i) La primera es la heurística de la **Accesibilidad o Disponibilidad**⁴⁶ que consiste en que los seres humanos, para poder estimar la frecuencia de un acontecimiento o una

⁴³ Jolls, Sunstein, y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», p. 1477.

⁴⁴ Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, p. 134.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁶ Respecto de la heurística de la accesibilidad, cfr. Kahneman y Tversky, «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», pp. 11-14; Plouss, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, pp. 121-130;

categoría, usualmente desestiman los datos estadísticos y calculan la frecuencia en virtud de los recuerdos que se encuentran más frescos en la mente y que se asocian a dichos eventos o categorías. Se puede definir como el proceso mediante el cual “intentamos estimar la extensión de una categoría o la frecuencia de un suceso, pero manifestamos la impresión de la facilidad con que vienen ejemplos a la mente”⁴⁷.

Un ejemplo útil para entender de qué modo actúa esta heurística es el caso del director de una empresa que está acostumbrado a los éxitos y, por lo mismo, la idea de un fracaso no es habitual en su mente, lo que lleva a que se vuelva más confiado y no se represente los riesgos posibles. Otro ejemplo, en el sentido opuesto, es que el hecho de tener noticia de un choque de aviones cubierto por los medios de prensa, u otro evento indeseable, alterará la confianza de los espectadores en el tráfico aéreo, aun a pesar de que conozca bien las estadísticas generales y sepa cuáles son las reales probabilidades de un accidente de ese tipo (y lo mismo ocurre con la seguridad vial y otras)⁴⁸.

Además, se ha sostenido que esta heurística podría afectar la regulación de políticas públicas o legislativas, en virtud de lo que se ha denominado “cascadas de disponibilidad”, que consisten en que un tema o asunto podría ser comprendido de una manera errónea o sobreestimar su importancia por la ciudadanía, por ser recurrentemente abordado por la prensa, por la política o por otros grupos dentro de una comunidad. A este respecto, se ha sostenido que la regulación del *superfund* de 1980 (en materia de medio ambiente) en Estados Unidos, fue producto de la importancia mediática que se le entregó al problema de la contaminación en *Love Canal*⁴⁹.

Asimismo, se ha señalado que, debido a la influencia de esta heurística, políticas criminales que pongan más énfasis en la detección de crímenes que en la severidad de las sanciones podrían ser más eficientes, pues se estima que para alguien que pretende cometer un crimen es más disuasiva la posibilidad de ser atrapado en la comisión del ilícito (posibilidad con la que cuenta si tiene conocimiento de más casos que fueron

Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», pp. 1085-90; Cortada De Kohan, Nuria, «Los Sesgos Cognitivos en la Toma de Decisiones», *International Journal of Psychological Research* 1, n.º 1 (2008), p. 71.

⁴⁷ Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, p. 213.

⁴⁸ Ejemplos extraídos de Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, pp. 173-183.

⁴⁹ Cfr. Jolls, Sunstein, y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», pp. 1520-1522; Kuran, Timur y Sunstein, Cass, «Availability Cascades and Risk Regulation», *Stanford Law Review* 51, (1999), pp. 691-698.

descubiertos) que la eventualidad de una pena alta, pero de baja probabilidad de ocurrencia (en el evento de que entienda que existen pocos casos de criminales que fueron condenados a grandes penas)⁵⁰.

- ii) La segunda es la heurística de la **Representatividad**⁵¹, que ocurre cuando, al calcularse una probabilidad, se ignoran las estadísticas reales y comprobadas, y aquella probabilidad específica se determina en virtud de información que no es concreta pero que al sujeto le es familiar y que conlleva un prejuicio o estereotipo.

El experimento más ilustrativo de esta heurística es aquel en que se le entrega a un grupo de personas una descripción de alguien (por ejemplo, de una mujer que llamaremos “Linda”) que coincide con el estereotipo de una persona feminista, y luego se les pregunta qué es más probable que sea Linda: una “cajera de banco” o una “cajera de banco feminista”. La mayoría de los participantes respondieron que era más probable que Linda fuese “cajera de banco feminista”, sin considerar que la alternativa “cajera de banco” era mucho más probable, puesto que era mucho más amplia. En este experimento, como en muchos similares, los participantes respondieron a la pregunta por la probabilidad atendiendo a la representatividad o a lo que parece ser⁵². Es decir, se dejaron llevar por el prejuicio y obviaron la respuesta “racionalmente” correcta.

Se ha sostenido que un ejemplo del reconocimiento de esta heurística en el proceso penal sería la imposibilidad de incorporar al procedimiento prueba relacionada con condenas anteriores o hechos que no dicen relación con los acontecimientos debatidos, a efectos de evitar que los jueces (y/o jurados) evalúen la culpa del imputado como más probable por el hecho de que parece ser un criminal o porque ha cometido delitos anteriormente⁵³.

⁵⁰ Cfr. McAdams, Richard y Ulen, Thomas, «Behavioral Criminal Law and Economics» en University of Chicago Law School. John M. Olin Law & Economics, working paper n.º 4, (2D series), noviembre (2008): p. 18, <http://m.law.uchicago.edu/files/files/244-440.pdf> (revisado: 23 de junio 2015).

⁵¹ Respecto de la heurística de representatividad, cfr. Kahneman y Tversky, «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», pp. 4-11.

⁵² En cuanto al ejemplo de Linda: Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1086.

⁵³ *Ibid.*, p. 1087.

iii) La última es la heurística del **Anclaje y Ajuste**⁵⁴ que sostiene que es habitual que las personas realicen estimaciones insuficientes de valores en consideración a un valor inicial que les es entregado o que corresponde a un cálculo inicial que ellos mismos realizaron. Dichas estimaciones generalmente tienden a no distanciarse lo suficiente del número inicial.

Se ha planteado que sería útil considerar esta heurística en las negociaciones y en procesos de búsqueda de solución de controversias judiciales⁵⁵. También, se vincula a sesgos relacionados con eventos **conjuntivos** y **disyuntivos**, y se sostiene que la gente es más proclive a apostar por eventos que deben ocurrir conjuntamente que por aquellos disyuntivos en que basta en que ocurra uno u otro.

Lo anterior es relevante en sistemas complejos de organización como las empresas y sus negocios, puesto que la viabilidad de proyectos empresariales, por ejemplo, requiere que concurren exitosamente muchos eventos. Al respecto se ha propuesto que debido a la heurística del anclaje y ajuste la gente sobreestima la ocurrencia de eventos positivos y en consecuencia, el éxito en nuevos negocios o empresas⁵⁶.

1.4.3. Sesgos cognitivos

Por su parte, los sesgos cognitivos afectan la manera en que el ser humano emite sus juicios, lo que puede ocurrir tanto si el individuo está solo como si se encuentra dentro de un grupo, tal y como ocurre en una empresa, cual es el marco relevante para el presente trabajo puesto que allí desempeña sus funciones el abogado corporativo.

En efecto, el contexto grupal permite la expresión de los sesgos cognitivos que ya presentaba el sujeto y también propende la aparición de algunos que solo se desarrollan bajo esas circunstancias.

A continuación se abordarán los sesgos cognitivos, y los fenómenos asociados a ellos, que me parecen más relevantes y que se han asociado a irregularidades al interior de las compañías o

⁵⁴ Cfr. Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», pp. 1100-102; Plouss, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, pp. 145-52; Kahneman y Tversky, «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», pp. 14-18.

⁵⁵ Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1101.

⁵⁶ Kahneman y Tversky, «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», p. 16.

empresas⁵⁷. Cabe señalar, que los sesgos cognitivos que se mencionan se encuentran entrelazados unos con otros, ya que usualmente trabajan en conjunto y se complementan entre sí.

- i) El sesgo de **sobre confianza** (*overconfidence bias*) y **sobre optimismo** (*overoptimism bias*)

Se han descrito como la tendencia de los individuos a sobrevalorar sus habilidades y, por tanto, a creer que son mejor que el promedio de las personas. También se incorpora aquí la tendencia a pensar que los eventos negativos son más proclives a sucederles a los demás que a ellos⁵⁸. A causa de estos sesgos los individuos creen, por ejemplo, que ellos son menos propensos a sufrir enfermedades como cáncer, perder el trabajo o divorciarse.

⁵⁷ En este trabajo se abordarán los sesgos cognitivos y las heurísticas desde la perspectiva de la Psicología Cognitiva y, en parte, desde la visión de la Cognición Social. Así, la **Sicología Cognitiva** es la rama de la psicología que se enfoca en estudiar habilidades humanas como el aprendizaje, la memoria, el pensamiento, la conciencia, la inteligencia, la creatividad, etc. (y junto con estudiar algunos de estos procesos mentales, aborda los sesgos cognitivos). Bernstein, Douglas et al., *Psychology* (Houghton Mifflin Company, 2003), p. 4.

Por su parte, la **Cognición Social** es una rama de la psicología que utiliza elementos de la psicología social y otros de la psicología cognitiva, entre ellos, los sesgos cognitivos, para explicar de qué manera las personas perciben información del mundo exterior, de ellos mismos y de los otros, y luego les atribuyen mentalmente un significado, que algunas veces es distorsionado por limitaciones cognitivas (cfr. Langevoort, Donald, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», *Vanderbilt Law Review* 46, n.º 1 (1993), p. 97; Bernstein, et al., *Psychology*, pp. 646-78; Eysenck, Michael y Keane, Mark, «Judgement and Decision Making», en *Cognitive Psychology* (Psychology Press, 2000), pp. 522-690.)

En cambio, no se abordarán los sesgos cognitivos desde la perspectiva de **Influencia Social** o **Dinámicas de Grupo** que corresponde a la rama de la psicología social que estudia, desde una perspectiva externa, los fenómenos que se producen cuando las personas se desenvuelven en un grupo. Así, desde este enfoque se estudian, entre otros, las normas que se establecen en cuanto a lo que se debe y no se debe hacer en un grupo en una situación particular, o las normas que indican qué es lo que la mayoría de las personas hace y que crea presión sobre los integrantes de una comunidad. Aquí podemos situar fenómenos como: conformidad y cumplimiento, autoridad, agresión, altruismo, proceso de grupo, etc. (cfr. Bernstein, et al., *Psychology*, pp. 679-718.)

Sin embargo, cabe destacar que la distinción entre unos y otros fenómenos resulta bastante difícil, por cuanto las dinámicas de grupo y la influencia social muchas veces juegan un papel relevante en la toma de decisiones. Así, en una misma situación es posible observar la influencia de los fenómenos asociados a la Psicología Cognitiva y aquellos que son abarcados por las Dinámicas de Grupo. Respecto de la interacción entre unos y otros, cfr. Silva Sánchez, Jesús-María y Varela, Lorena, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa* (Edisofer S.I./ IB de F, 2013), pp. 225-37.

⁵⁸ Respecto del sobre optimismo y sobre confianza, cfr. Langevoort, Donald, «Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)» *University of Pennsylvania Law Review* 146, n.º 1(1991), pp. 139 y ss.; Jolls, Christine, «Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules», en *Behavioral Law and Economics* (Cambridge University Press, 2000), pp. 290 y ss.; Jolls, Sunstein y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», pp. 1047 y ss.; Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», pp. 1091 y ss.; Prentice, Robert, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», *Journal of Business Ethics Education* 1, n.º 1 (2004), pp. 3 y ss.; Pascale, «Toma de Decisiones Económicas: El Aporte Cognitivo en la Ruta de Simon, Allais y Tversky y Kahneman», pp. 160 y ss.

Lo anterior queda demostrado con el siguiente experimento realizado en EEUU: se solicitó a un grupo de personas que estaban realizando trámites para casarse y que conocían que la tasa de los matrimonios que termina en divorcios es cercana al cincuenta por ciento, que predijeran la probabilidad de que *ellos* se divorciaran en el futuro. La respuesta de la mayoría de los entrevistados, que contradijo las estadísticas antes mencionadas, fue que su propia probabilidad era cero⁵⁹. Es decir, todos sabían que la probabilidad de divorcio *promedio* es alta, pero nadie se incorpora a sí mismo en aquel promedio.

El experimento anterior demuestra, por un lado, que el sobre optimismo no atiende a las estadísticas, es decir, es poco realista. Pero, por otro lado, demuestra que aquel sobre optimismo actúa como una herramienta que permite a los seres humanos tener más esperanzas y, dicho de algún modo, ser más felices. Por regla general, el optimismo es considerado una virtud. Es más, el optimismo excesivo se ha asociado con personas con mayor capacidad de productividad y trabajo creativo.

En el ámbito económico, los optimistas juegan un papel fundamental al momento de iniciar inversiones o proyectos financieros. No obstante, el **exceso** de optimismo y de confianza al interior de las empresas ha sido asociado con fracasos económicos. En efecto, estos sesgos son muy habituales en sectores empresariales e incluso se ha señalado que se incrementarían al interior de grupos⁶⁰ y provocarían que los empresarios y los administradores sobreestimen sus rendimientos, subestimen los riesgos, tiendan a creer que son, en general, mucho mejores que sus competidores y acepten sus decisiones sin mayores cuestionamientos, porque creen saber más de lo que realmente saben y confían en el buen resultado de sus decisiones⁶¹.

Así, el sesgo de **sobre confianza** al interior de una empresa se manifiesta como la tendencia a sobrevalorar las habilidades del grupo o del líder del grupo⁶², mientras que el **exceso de optimismo** se manifiesta en la **ilusión de control**, que es la idea equivocada

⁵⁹ Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1091.

⁶⁰ Langevoort, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)» *University of Pennsylvania Law Review* 146, n.º 1 (1997), p. 140.

⁶¹ Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», p. 4.

⁶² Johnson, Kristin, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Management Oversight Obligations», *University of Michigan Journal of Law Reform* 45, (2012), p. 104.

de que se puede influir y controlar resultados respecto de los cuales, en realidad, no se tiene ninguna influencia o control⁶³, lo cual repercute en una subestimación de los riesgos a los que se enfrenta una compañía.

En definitiva, estos sesgos permitirían que al interior de la empresa exista una sobrevaloración de sus capacidades, confiando en que la compañía es mejor que los otros actores del mercado.

ii) El **sesgo del compromiso** (*commitment bias*)

Consiste en que cuando una persona ha adoptado una decisión o estrategia, se resiste a aceptar que estaba equivocada. Este sesgo motiva a las personas a continuar actuando de acuerdo con la decisión o estrategia adoptada, aun cuando descubran información que indique que deberían cambiar el curso de sus actos.

Así, se presenta este sesgo cuando existe dificultad para el director de una empresa en darse cuenta de que la decisión que adoptó (o la del grupo) está equivocada y que debe cambiar de estrategia⁶⁴. Además, en el ámbito económico, la dificultad de dar marcha atrás en una decisión pública se ve influida por la autoestima, puesto que existe temor de que al reconocer una equivocación, la imagen externa de uno mismo se vea vulnerada⁶⁵. Se ha sostenido que en los casos de fraude al interior de una compañía, se puede establecer una vinculación entre un sesgo de sobre optimismo inicial, que conduce a subestimar los riesgos o problemas a los que podría estar afecto un nuevo proyecto, y posteriormente un sesgo de compromiso, que impide retroceder en la decisión una vez que ya se ha dado inicio a ésta⁶⁶.

iii) El **sesgo egocéntrico** (*egocentric bias*) y el **sesgo confirmatorio** (*confirmatory bias*)⁶⁷

Estos sesgos están relacionados con que el ser humano interpreta la información de manera que sea favorable a él y a su imagen o a sus creencias preconcebidas.

⁶³ Cfr. Plouss, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, pp. 170 y ss.

⁶⁴ Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Management Oversight Obligations», p. 103.

⁶⁵ Langevoort, «Organized Illusions : A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», p. 142.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 147 y ss.

⁶⁷ La doctrina, por una parte habla indistintamente del sesgo egoísta (*self-serving*) o sesgo egocéntrico (*egocentric*) y por otra parte, indistintamente del sesgo egoísta (*self-serving*) o sesgo confirmatorio (*confirmatory bias*), pero al sesgo egocéntrico y al confirmatorio no se les entrega, exactamente, el mismo significado, de manera tal que no es posible utilizar los términos como sinónimos. Sin embargo, de acuerdo a lo investigado,

Por una parte, el **sesgo egocéntrico** es el responsable de que la autopercepción positiva tienda a ser confirmada y promovida, sin importar si esa imagen se justifica o no. Este sesgo provoca que las personas sobreestimen los valores que aprecian, crean que las demás personas comparten sus creencias y atribuyan los buenos resultados a sus talentos y los malos a factores externos⁶⁸.

Se ha señalado que este sesgo puede afectar las decisiones al interior de organizaciones como las empresas, puesto que facilita que el grupo se engañe respecto de su auto imagen para justificar sus metas y las decisiones que se han adoptado. Esto se ha explicado de la siguiente forma:

Management groups may subconsciously perceive information in a way, if at all possible, that permits them to maintain consistency with their self-image of efficacy and control, thereby justifying (to themselves and others) preservation of their positions and status. They will be adept at the self-deception that leads them to persuasively articulate the corporate interest in full consistency with their personal goals.⁶⁹

Por su parte, el **sesgo confirmatorio**⁷⁰, se describe como el proceso cognitivo mediante el cual se malinterpreta la información que contradice las ideas, creencias o decisiones ya adquiridas y, en cambio, se utiliza aquella información de modo tal que confirma las creencias previas. Las personas tienden a focalizarse solo en aquella parte de la información que apoya sus ideas, e incluso pueden exacerbar o imaginar relaciones inexistentes entre la nueva información y sus creencias. Es un sesgo que, según se ha

parecen ser perspectivas del mismo sesgo cognitivo egoísta, que por una parte confirman la información respecto de la autopercepción personal (sesgo egocéntrico) y por la otra confirman la información de acuerdo a las creencias pre establecidas (sesgo confirmatorio). Para evitar la confusión, en este trabajo se hablará de sesgo confirmatorio y sesgo egocéntrico, pero se debe tener en consideración que en la mayoría de los textos se utiliza el término *self-serving bias*, ya sea para hablar del sesgo egocéntrico o de sesgo confirmatorio.

⁶⁸ Cfr. Medwed, Daniel, «The Good Fight: The Egocentric Bias, the Aversion to Cognitive Dissonance, and American Criminal Law», *Journal of Law & Policy* 22, (2013): pp. 136 y ss.

⁶⁹ Langevoort, «Organized Illusions : A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», p. 144.

⁷⁰ Tanto éste como el sesgo del compromiso se asocian al fenómeno de la **disonancia cognitiva**, que es la tendencia de la mente a interpretar la nueva información de manera tal que sea coherente con ideas o elecciones previas (Langevoort, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», p. 142). Sin perjuicio de lo anterior, la disonancia cognitiva es un fenómeno tan amplio que abarca también otros sesgos. Al respecto Cohan, John, «“I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia», *Journal of Business Ethics* 40 (2002), pp. 283-285.

observado, está muy presente en quienes desarrollan cargos de administración, puesto que es usual que interpreten la información a su conveniencia⁷¹.

El siguiente experimento grafica correctamente este sesgo: se le entregó la misma información o argumentos a dos grupos distintos de personas respecto de la pena de muerte. Uno de los grupos apoyaba la pena de muerte de antemano, mientras que el otro estaba en contra de ella. Una vez que fue revisada la información por cada grupo, ambos consideraron que ésta apoyaba su propia posición, es decir, ayudaba al argumento que ellos defendían, ya sea en contra o a favor de la pena de muerte⁷².

También, se ha sostenido que el sesgo confirmatorio podría ser una de las razones del famoso escándalo Enron⁷³, puesto que los números que se manejaban al interior de la compañía no tenían ninguna razón de ser y la única manera de explicarlos es que se revisaban bajo el prisma del sesgo confirmatorio⁷⁴.

iv) El sesgo retrospectivo

Este sesgo explicaría por qué, una vez que un evento ha ocurrido, existe una tendencia de los individuos a creer que éste era predecible y evitable. Se ha señalado que este sesgo podría ser relevante en temas de responsabilidad extracontractual, puesto que, los jurados serían vulnerables al sesgo retrospectivo y en consecuencia, sobrestimarían la posibilidad que tenía el agente de haber evitado el hecho que están juzgando⁷⁵.

⁷¹ Cfr. Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Mangement Oversight Obligations», p. 103; Cohan, «“I Didn't Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron's Information Myopia», p. 283; Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», pp. 1093-1095; Pascale, «Toma de Decisiones Económicas: El Aporte Cognitivo en la Ruta de Simon, Allais y Tversky y Kahneman», p. 160.

⁷² Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1093.

⁷³ Se habla de *escándalo Enron* al referirse al fenómeno que ocurrió en EE.UU. cuando se descubrió que las cifras contables de la compañía Enron Creditors Recovery Corporation estaban siendo adulteradas durante varios años, creando ganancias inexistentes. Enron era una compañía de Houston, Texas, EE.UU, dedicada al rubro del gas natural y que posteriormente se amplió a sectores como la papelería y las comunicaciones. A la fecha en que se descubrió el escándalo, finales de 2001, era una de las diez compañías más grandes de EE.UU.

⁷⁴ Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», p. 4.

⁷⁵ Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p. 1097.

En el ámbito de los delitos cometido en el interior de las empresas, este sesgo puede resultar útil para entender por qué situaciones que ahora nos parecen tan predecibles, al tiempo de los hechos realmente no lo eran⁷⁶.

v) El fenómeno de la **decisión simplificada** y conservadurismo cognitivo

Consiste en que, dado que los hombres de negocios deben manejar mucha información, éstos ocupan formas heurísticas de pensar para poder simplificar la tarea y arribar a determinadas conclusiones o esquemas. Dichos esquemas de información son, además, resistentes a la modificación, porque es muy complejo estar constantemente cambiándolos. A esto último se le ha denominado **conservadurismo cognitivo**⁷⁷. Esta idea se explica en las siguientes líneas:

Psychologists emphasize that human beings (and organizations) must simplify their thought processes in order to manage daily affairs. There is too much to think about otherwise. And one way we do this is to develop stock explanations for what is happening. Once established, these "schemas" are naturally resistant to revision: to rethink our assumptions constantly results in cognitive paralysis.⁷⁸

vi) El **sesgo estructural**

Consiste en que los funcionarios de compañías presentan una incapacidad para evaluar objetivamente el desempeño de personas con quienes se relacionan. Esto es importante, por ejemplo, en el caso de los directores de una empresa, por cuanto éstos habitualmente pertenecen a un círculo muy reducido de personas y, en consecuencia, es habitual que tengan lazos afectivos o sociales entre ellos. Por lo anterior, este sesgo posibilita que entre los directores no se evalúen de manera objetiva, sean más proclives a abandonar sus opiniones personales y a adoptar las posiciones u opiniones del grupo⁷⁹.

vii) El fenómeno del **falso consenso**

Corresponde al fenómeno por el cual los individuos creen que los otros comparten sus ideas, creencias y actitudes. Se ha asociado a delitos al interior de las empresas, por

⁷⁶ Darley, John «How Organizations Socialize Individuals into Evidencing», en *Codes of Conduct: Behavioral Research into Business Ethics* (Russel Sage Foundation, 1996), pp. 25-28.

⁷⁷ Cfr. Langevoort, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», pp.135 y ss; Langevoort, Donald, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», *Brooklyn Law Review* 63, n.º 3 (1997), pp. 639 y ss.

⁷⁸ Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», pp. 639 y 640.

⁷⁹ Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Management Oversight Obligations», p. 105.

cuanto un empleado que es honrado tenderá a pensar que sus pares y superiores también lo son, o al menos asumirá que sus propios estándares éticos son compartidos por los demás. Asimismo, si trabaja en una compañía que tiene fama de tener buenas prácticas, le será más difícil darse cuenta de que se están cometiendo irregularidades al interior de ella⁸⁰.

viii) El **sesgo implícito** (*implicit bias*)

Consiste en que las personas creen que ellas mismas son imparciales y, por tanto, que su comportamiento también lo es, pese a que usualmente presentan prejuicios en aspectos relevantes, tales como favoritismos o conflictos de interés. Este sesgo permite que las personas estén menos atentas a situaciones irregulares que podrían involucrarlos, lo que podría explicar por qué ciertas personas terminan aceptando situaciones irregulares sin tomar conciencia de ellas. A este fenómeno se le suele sumar el llamado “síndrome de la rana hirviendo”⁸¹, que a su vez contribuye a que aquella aceptación se vaya incrementando en intensidad durante el tiempo sin que el agente lo note.

1.5. ¿Es posible superar o minimizar el efecto de los sesgos cognitivos?

De algún modo, ésta parece ser una pregunta esencial de cara al modo en que el Derecho ha de enfrentar estos fenómenos. Y sin embargo, parece ser que el estado de la ciencia actual no permite responder de manera definitiva a esta cuestión. Sin embargo, me parece que existe cierto consenso en sostener que minimizar los sesgos cognitivos sería una cuestión al menos difícil, especialmente en relación con algunos de los sesgos estudiados anteriormente, como por ejemplo el sobre optimismo. Al respecto, es preciso realizar algunas consideraciones.

Por una parte el sistema uno, que es precisamente donde operan los sesgos cognitivos, no se puede “desconectar”, actúa de manera automática, de manera que los sesgos resultan muy difíciles de evitar. Luego, para que el sistema dos pueda corregir un error que se ha formado

⁸⁰ Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», p. 3.

⁸¹ El síndrome de la rana hirviendo consiste en el efecto conforme al cual las personas se adaptan o aceptan mejor situaciones que se incrementan en forma paulatina que aquellas que suceden de manera repentina. Así, si se pone una rana en una olla de agua hirviendo, esta saltaría rápidamente afuera de la olla, en cambio si se pone la rana en una olla con agua fría y se comienza a elevar la temperatura del agua, la rana se acostumbrará, es más se adormecerá y no alcanzará a notar cuando el agua esté demasiado caliente. Cfr. ver Gino, Francesca y Bazerman, Max, «When Misconduct Goes Unnoticed: The Acceptability of Gradual Erosion in Others’ Unethical Behavior», *Journal of Experimental Social Psychology* 45, (2009), p. 717.

en el sistema uno debe tener al menos un indicio de aquel error. Sin un indicio será muy difícil que un error sea corregido. Sumado a todo lo anterior, aun cuando existan indicios de errores, para que éstos puedan ser corregidos se requiere un gran esfuerzo del sistema dos, puesto que aquello implica una constante vigilancia de las percepciones del sistema uno, cuestión que sería impracticable en el diario vivir, dado que el sistema dos es lento y resultaría ineficiente para sustituir al sistema uno.

En virtud de lo anterior, para intentar corregir los sesgos cognitivos se ha propuesto reconocer las situaciones en que podrían presentarse errores específicos y poner énfasis en evitarlos solo en aquellos ámbitos en que el costo de aquel error es demasiado alto. Se debe tener en consideración, además, que es más fácil reconocer los errores de los otros que los personales, por lo que en aquellas áreas de mayor relevancia se podría incorporar un mecanismo de control externo⁸².

Por ejemplo, Kahneman ha sostenido que sería posible minimizar la heurística de la disponibilidad mediante el trabajo de estar constantemente cuestionando la información que nos es entregada. Así, frente a la información de un determinado par de casos de delincuencia juvenil, se debería cuestionar si esos casos son suficientes para considerarlo un problema general. O, frente a la información de la caída de un avión, se debe cuestionar si esa sola información debe hacer que se desconfíe del tráfico aeronáutico, etc.⁸³. En el mismo sentido, se ha comprobado empíricamente que hay personas en las que predomina la influencia del sistema uno sobre la del sistema dos, y que dichas personas son más propicias a presentar sesgos cognitivos que aquellas que permanecen más concentradas o se dejan guiar más por el sistema dos⁸⁴.

Lo anterior me lleva a pensar que, al menos en el ámbito de la empresa, sería posible intentar determinar en qué situaciones pueden operar los sesgos cognitivos y exigir un mayor control individual y de un tercero externo, para así intentar minimizar sus efectos. Es más, hay autores que han señalado la necesidad de incorporar las limitaciones cognitivas como un elemento que puede alterar la toma de decisiones al interior de la empresa y que, por tanto, debe ser

⁸² Respecto de este análisis se sigue a Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, pp. 44-45.

⁸³ *Ibid.*, p. 176.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 70.

considerado tanto en la regulación de los deberes de la empresa y de los directores como en las políticas internas de la compañía, todo para lograr minimizar los delitos al interior de éstas⁸⁵.

Pese a lo anterior, se trata de un asunto bastante controvertido, puesto que si bien hay evidencia empírica que indica que es posible minimizar ciertos sesgos -tales como el retrospectivo, confirmatorio e incluso la sobre confianza-, también existe evidencia que demuestra las dificultades o imposibilidad de hacerlo⁸⁶. Por lo mismo, entrar en pormenores de experimentos no parece tener mucho sentido para estos efectos, menos en el contexto de un análisis jurídico alejado de las pretensiones y herramientas técnicas necesarias para evaluar el mérito de cada uno de ellos. Sin perjuicio de lo anterior, existe un experimento acerca del **sobre optimismo** que resulta bastante interesante e ilustrativo, puesto que es realizado desde la mirada de la neurociencia y aporta una perspectiva que vale la pena tener en consideración en materia jurídica.

Se trata del experimento que realizó la neurocientífica Tali Sharot, que consistió en escanear los cerebros de algunas personas al momento en que ellas analizaban tanto información que ellos consideraban emocionalmente positiva como negativa. Específicamente se les pidió que estimaran la probabilidad de que les ocurrieran eventos negativos en su vida. Una vez realizado esto, se les entregaron los promedios estadísticos comprobados de que dichos eventos les pudieran realmente ocurrir y luego se les volvió a pedir que estimaran la probabilidad para sus casos personales.

El resultado fue que cuando la información de las probabilidades que le entregaron era más positiva en general que la que ellos predijeron para sí mismos, es decir cuando la probabilidad de sufrir un evento indeseado era más baja de la que ellos pronosticaban para sí mismos, los individuos, al calcular nuevamente las probabilidades, ajustaban sus predicciones y las hacían más compatibles con las estadísticas generales. Pero ello no ocurría así cuando a los sujetos se les entregaba información que era más negativa de la que ellos pronosticaban para sí mismos,

⁸⁵ Cfr. Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Management Oversight Obligations», pp. 100 y ss; Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», pp. 237-240; Cohan, «“I Didn't Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron's Information Myopia», pp. 288 y ss.

⁸⁶ Cfr. Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», pp.8-9; Babcock, Linda y Loewenstein, George , «Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases», *Journal of Economic Perspectives* 11, (1997), p. 18.

es decir, cuando la probabilidad de que eventos negativos ocurrieran era más alta de lo que ellos habían estimado. En este último caso, a diferencia del anterior, los individuos parecen haber sido inmunes a las malas noticias y solo ajustaron su cálculo levemente en consideración a las estadísticas generales⁸⁷.

De la observación que se hizo de los sujetos, se concluyó que son distintas áreas del cerebro las que reaccionan frente a las “buenas noticias” (región inferior frontal izquierda) y frente a las “malas noticias” (región inferior frontal derecha). Incluso más, la primera reaccionaba correctamente ante la información de las estadísticas y la segunda reaccionaba de manera deficiente al incorporar los datos entregados. En otras palabras, cuanto más optimista era la persona más deficiente era su capacidad para asimilar la información negativa.

Lo más llamativo del experimento es que posteriormente se aplicó a los cerebros de las personas “más positivas” un procedimiento llamado “estimulación magnética intercraneal”, que consistía en estimular magnéticamente las regiones del cerebro antes mencionadas. Los resultados arrojaron que el sobre optimismo era remediable si se intervenía sobre las áreas correspondientes. Es decir, aquellos que recibieron malas noticias, una vez sometidas al procedimiento fueron capaces de procesar adecuadamente la información y ajustar, ahora sí, sus estimaciones correctamente. En el mismo sentido, se ha intentado controlar el optimismo mediante medicamentos que regulan la dopamina, un aminoácido que se encuentra en el cerebro y que afecta el procesamiento de información de la forma antes indicada⁸⁸.

Pues bien, si la manera en que se ha logrado controlar el optimismo de manera más efectiva es mediante terapias físicas o químicas, cabe cuestionarse si realmente los seres humanos son capaces de controlar los sesgos cognitivos por sí mismos, o si estos se encuentran tan íntimamente arraigados en nuestro cerebro o en nuestro funcionamiento mental en general que simplemente es imposible dominarlos. Pues si así fuese, si los sesgos cognitivos limitan nuestra voluntad o nuestra capacidad, de manera tal que exceda de nuestro control, quizás el Derecho Penal debería brindarles más atención que la que han tenido hasta ahora.

⁸⁷ Por ejemplo, si el porcentaje de sufrir cáncer era de un 30%, quien contestaba que su probabilidad era 50% en la primera oportunidad, en la segunda oportunidad contestaba 35%. Por el contrario, quien contestaba en la primera oportunidad que la probabilidad era 10%, en la segunda oportunidad contestaba que la posibilidad era de un 11%.

⁸⁸ Sharot, Tali, *The Science of Optimism. Why We're Hard-Hired for Hope*, Kindle, (2012).

1.6. ¿Se puede seguir hablando del hombre racional en el Derecho Penal?

Como se ha expuesto, es posible sostener que el paradigma de hombre racional está siendo cuestionado, ya no solo en la economía sino que en diversas áreas del conocimiento. En efecto, los avances en el estudio del comportamiento humano por parte de la psicología cognitiva indican que el modelo del hombre racional no representa adecuadamente la conducta del hombre real. Eso ha llevado a plantear modelos alternativos que describan mejor el comportamiento humano y que consideren las limitaciones a las que se enfrenta el ser humano al momento de tomar decisiones o hacer juicios, dentro de las que se encuentran las heurísticas y los sesgos cognitivos.

Estos nuevos modelos, como el de la Teoría Prospectiva, han comenzado a influir en áreas como el Derecho, en donde se estudian los aportes que podría generar una concepción más realista del ser humano. Así, dado que el clásico modelo de hombre racional no describe adecuadamente al ciudadano común, el análisis económico del derecho, como se ha entendido hasta el momento, parece ineficiente en predecir el comportamiento humano y en su intento por modelar la conducta de los ciudadanos mediante normas.

En consideración a lo anterior, han surgido autores que proponen que la rama del derecho denominada “derecho y economía” incorpore elementos más realistas del comportamiento humano a su análisis, tales como la racionalidad limitada, dando origen a lo que se ha denominado *Law and Behavioral Science* o *Behavioral Law and Economics*⁸⁹.

De acuerdo a lo planteado por Jolls, Sunstein y Thaler, el cambio de paradigma de un hombre infinitamente racional a uno que incluya limitaciones cognitivas, entre ellas las heurísticas y los sesgos cognitivos, podría colaborar en tres aspectos distintos del derecho: el positivo, el prescriptivo y el normativo.

Primero, el análisis positivo atiende a cuáles serán los efectos de una determinada ley y cómo los ciudadanos responden a ella. Al respecto, sería relevante considerar algunos aspectos que hasta ahora la teoría económica clásica deja fuera, como por ejemplo la manera en que nuestro sentido de la justicia se conjuga con el propio interés. Segundo, el análisis prescriptivo se refiere a cómo podemos alcanzar las metas que la sociedad establece, para lo cual, por

⁸⁹ Korobkin y Ulen, «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics», p.1057; Jolls, Sunstein y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», pp. 1476 y ss.

ejemplo, la idea de aversión a la pérdida propuesta por la Teoría Prospectiva resulta de utilidad, porque sostiene que las normas serán más eficientes si se plantean en términos de pérdidas que de ganancias. Por último, la función normativa, plantea la interrogante de si, dado que el hombre toma decisiones influido por limitaciones cognitivas, entonces quizás el sistema debe evaluar de manera más abierta su comportamiento⁹⁰.

En cuanto a esta última función, un asunto pendiente es cuestionarse si las heurísticas y los sesgos cognitivos pueden, de alguna manera, influir en el concepto de agente en el Derecho Penal. Es decir, ya no solo se trata de evaluar si las limitaciones cognitivas debiesen conllevar un cambio de paradigma en relación con el *homo oeconomicus* -utilizado por la economía o por el análisis económico del derecho- sino que si las heurísticas y los sesgos cognitivos limitan la soberanía de las decisiones de los seres humanos de manera tal que cuestionen el concepto de agente sobre el cual el Derecho Penal construye su reproche. Si esto es así, corresponde analizar si dichas limitaciones cognitivas deben ser consideradas al momento de atribución de responsabilidad.

Este asunto adquiere particular interés en el campo del Derecho Penal Económico, puesto que a raíz de la criminalidad al interior de la empresa se han evidenciado sesgos que podrían influir de manera relevante en la comisión de dichos delitos. Si bien, desde un punto de vista prospectivo, la mera detección de dichos sesgos -asociados a ciertos delitos- constituye de por sí un gran avance, por cuanto permite buscar mecanismos preventivos de mitigación, aún queda pendiente la cuestión –más bien retrospectiva- referida al reproche por delitos cometidos en estos contextos. Me abocaré a este último asunto en el capítulo que sigue.

⁹⁰ Jolls, Sunstein y Thaler, «A Behavioral Approach to Law and Economics», pp. 1475, además, respecto: del análisis positivo, cfr. pp. 1489 y ss; del análisis prescriptivo, cfr. pp. 1523 y ss; y del análisis normativo, cfr. pp. 1541 y ss, del texto citado.

CAPÍTULO 2 ¿SE PUEDE ALEGAR LA INFLUENCIA DE LOS SESGOS COGNITIVOS RESPECTO DEL ABOGADO CORPORATIVO AL EFECTUAR EL REPROCHE PENAL?

En el capítulo anterior señalé que es habitual que los sesgos cognitivos actúen en el agente cuando éste se encuentra al interior de un grupo determinado, como por ejemplo en una empresa. Al respecto, desde la psicología se ha estudiado la influencia de algunos sesgos cognitivos en los miembros de las compañías, influencia que es potenciada por el modo en que los individuos se desenvuelven en su interior, por la manera en que se genera y procesa la información, por las estructuras empresariales, etc.

En este capítulo analizaré de qué manera los abogados corporativos, ya sea que trabajen al interior de la empresa o que lo hagan como abogados externos, no quedan exentos de la influencia de las heurísticas ni de los sesgos cognitivos y, al igual que los otros profesionales que se desenvuelven en una compañía, su percepción de la realidad es distorsionada por este tipo de fenómenos. Al respecto, se ha señalado que no existe ninguna razón para pensar que los abogados podrían ser menos susceptibles a las limitaciones cognitivas que el resto de los trabajadores de una empresa. Es más, para poder determinar qué sesgos cognitivos podrían influir en el abogado corporativo, se sostiene que es necesario remitirse a aquellos que afectan a los denominados **grupos de gestión empresarial**⁹¹.

Ahora bien, si es que no existe mayor diferencia entre un abogado corporativo y el resto de los ejecutivos de una compañía, la pregunta es: ¿por qué el caso del abogado podría ser distinto del resto de los ejecutivos? ¿Cuál es la particularidad que hace que lo analicemos de manera aislada o con distinto énfasis? ¿Es que acaso el abogado tiene un deber especial de cuidado que modifica la evaluación de la existencia de sesgos cognitivos?

La respuesta se encuentra a mi parecer en el particular rol del abogado corporativo que supone, por una parte, conocimientos de derecho específicos -lo que dificulta la alegación de que ha concurrido en algún tipo de equivocación- y, por otra parte, un estándar de probidad mayor que el que se le exige al resto de los funcionarios al interior de la empresa.

⁹¹ Langevoort, Donald, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», p. 97 y Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», p. 638.

En virtud de lo anterior, se presume que el abogado desarrolla sus labores con máximo cuidado y que se encuentra constantemente alerta de cualquier actividad sospechosa o reñida con la ley. Por tanto, resulta en principio especialmente difícil entender o excusar que, en un caso determinado, pueda haber sido influenciado por sesgos cognitivos sin incurrir en una conducta al menos descuidada⁹².

Sin embargo, pese a la reticencia que se pudiera tener para entender que el comportamiento del abogado corporativo vinculado a irregularidades puede ser el resultado de la influencia de sesgos cognitivos, sí se han formulado planteamientos que ofrecen una explicación en base a dichos fenómenos, los que serán abordados a continuación (2.1). Posteriormente, se mencionaran algunas de las áreas en que podría ser más problemático que las labores del abogado corporativo se vean afectadas por los sesgos cognitivos (2.2). Finalmente, se analizará si es posible que las heurísticas y los sesgos cognitivos conlleven la ausencia o disminución de responsabilidad penal del abogado por afectar alguno de los elementos del delito que se exigen para asignar responsabilidad (2.3).

2.1. Heurísticas y Sesgos Cognitivos como fenómenos que pueden afectar la participación de los abogados en hechos ilícitos al interior de la empresa

Una perspectiva que incorpora la racionalidad limitada para poder explicar la participación de los abogados corporativos en ilícitos o actividades irregulares al interior de las empresas es la que entrega Donald Langevoort. En efecto, el trabajo del autor resulta particularmente interesante, puesto que da cuenta de que, según investigaciones psicológicas, es plausible que los abogados y otros ejecutivos de las compañías que incurren en ilícitos no hayan sido propiamente conscientes de lo que estaba ocurriendo al interior de éstas.

⁹² Con motivo de algunos fracasos económicos se ha discutido cuál es rol del abogado corporativo. En términos muy generales, se puede señalar que hay dos modelos distintos. Uno es el que se denominada modelo del compromiso o del asesino a sueldo (*hired gun*), que supone una primacía de los deberes del abogado con el cliente. El otro es el modelo denominado del portero (*gatekeeper*), que consiste en establecer ciertos límites públicos en la relación abogado cliente. En el caso del modelo del compromiso, el abogado debe asistir al cliente en todo aquello que la ley le permite, por el contrario el modelo del portero incorpora limitaciones al comportamiento del abogado, tales como prohibirle que actúe siguiendo ciertas instrucciones del cliente, incluso, cuando éstas son legales; o exigirle que intente evitar el comportamiento inadecuado o fuera de la ley de su cliente. Al respecto Fisch, Jill y Rosen, Kenneth, «Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?», *Villanova Law Review* 48, n.º 4 (2003), pp. 1097 y ss.

El autor aborda el asunto desde la perspectiva de la Cognición Social (*Social Cognition*)⁹³ y desarrolla dos ideas que me parecen relevantes para estos efectos. La primera es que las personas utilizan maneras simplificadas de pensar y configuran para ello **esquemas mentales** que contienen ideas o representaciones, las que resultan muy difíciles de modificar posteriormente, en virtud del denominado conservadurismo cognitivo. La segunda, es que los **sesgos cognitivos actúan a un nivel preconscious** e incluso cuando las personas creen estar actuando de manera racional. Así, para Langevoort la conducta del abogado corporativo se podría explicar, a grandes rasgos, de acuerdo al siguiente proceso que consta de tres etapas⁹⁴:

I. **Pensamiento simplificado: construcción de esquemas mentales**

En primer lugar, el abogado corporativo construye un esquema de representaciones, de las metas de su cliente, que está influido fuertemente por lo que observa del entorno, de donde toma pistas que le son familiares y que confirman sus ideas preconcebidas. Estos esquemas le ayudan a comprender su entorno sin tener que estar repensándolo en cada momento. Estas simplificaciones mentales son formas de pensar muy habituales en los grupos empresariales y que están asociadas al *group thinking*, que es la tendencia a no introducir ideas que puedan cuestionar las ideas preconcebidas que tiene el grupo a efectos de evitar el estrés que eso puede provocar⁹⁵. En la confección de los esquemas mentales influirían, entre otros, los siguientes fenómenos:

▪ Sesgo optimista al interior de las empresas y en los abogados corporativos

El optimismo es un factor crucial en los negocios y está muy presente en los abogados, especialmente en los más exitosos. Según Langevoort, el optimismo subyace al espíritu de muchas compañías, lo que motiva a los empleados a trabajar más duro y ser más comprometidos con la empresa, pero también a subestimar el riesgo de ciertos negocios. En este sentido, señala:

In a "can do" kind of organizational culture, there will be a natural tendency to deflect or rationalize emerging evidence of problems or risks, leading to the obvious potential for

⁹³ Respecto de la Cognición Social ver cita n° 57.

⁹⁴ En relación a esto se sigue lo expuesto por Langevoort, Donald, *Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis*, en Georgetown Law and Economics Research Paper n.º 11-27 (2011), <http://ssrn.com/abstract=1932398> (revisado: 22 de abril 2015); Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», pp. 95 y ss; Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavioral», pp. 636-648.

⁹⁵ Respecto de *group thinking*, cfr. Langevoort, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis», p. 17.

distorted disclosure. Faced with some evidence that a product under development is failing, or an erosion of market share, managers in many companies will honestly but mistakenly believe that these are minor challenges that can readily be overcome.⁹⁶

- Cultura corporativa competitiva

Al respecto, el autor plantea que la cultura empresarial premia y potencia el riesgo y la competencia. Por ello, los abogados que presenten esas características serían preferidos entre sus pares más conservadores y que presentan mayor aversión al riesgo. Así:

My hypothesis about in-house counsel is that an above-average tolerance for legal risk and a flexible cognitive style in evaluating such risk are survival traits in settings where corporate strategy and its surrounding culture are strongly attuned to competitive success. In other words, those who rise to the top as CLO are more likely, on average, to display such traits.⁹⁷

Es decir, los abogados que asuman mayores riesgos y obtengan buenos resultados serán quienes obtendrán mayor reconocimiento y, por ende, mejores posiciones en la empresa en comparación con los abogados más conservadores. Lo anterior permite que se instaure la idea de que las decisiones riesgosas son *adecuadas y correctas*.

- Acceso a la información al interior de la compañía

El autor agrega, además, que la confección de un esquema equivocado puede deberse a la manera en que los abogados corporativos adquieren la información que necesitan para desarrollar sus labores dentro de una compañía. Dicha información generalmente es compleja pues abarca muchos ámbitos, no solo el derecho (como, por ejemplo, las finanzas o gestión de riesgo) y algunas veces excede los conocimientos de los no expertos.

Usualmente, la dificultad para acceder a la información provocará que el abogado corporativo confíe en la información que le entregan otros dentro del grupo. Determinar quién es creíble y quién no lo es dentro de la empresa muchas veces está determinado por formas heurísticas de pensar y por sesgos cognitivos, especialmente en el caso de los abogados que han ingresado recientemente a la compañía y que tienen poca experiencia. En este sentido Langevoort señala:

In deciding whose perceptions we can trust, people use quick and dirty heuristics (people we like, for example, are more influential than people we don't like). Here, we rely on our gut more than our ability to reason. In highly competitive organizations, I suspect that there is a strong inclination for everyone—including lawyers—to trust the leaders who best display the markers

⁹⁶ Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», pp. 640-641.

⁹⁷ Langevoort, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis», p. 11.

associated with loyalty and care. In other words, we are suspicious of those who seem too self-promoting or inclined to make others do the hard work. Conversely, we admire those who display intensity, passion, and commitment.⁹⁸

Así, por una parte, puede ser que la información que necesita el abogado se encuentre repartida en diversas partes de la empresa y que, en consecuencia, sea muy difícil o imposible de recopilar, por lo que el abogado corporativo tenderá a confiar en la precepción de los demás que sostienen que *no hay nada de qué preocuparse* y que *se encuentra todo en orden*.

Por otra parte, es posible que la información necesaria se encuentre en una división de la empresa que la interpreta de manera sesgada, probablemente de manera más optimista de lo que lo que realmente es y, como resultado, el abogado construirá su evaluación jurídica sobre esa información poco realista.

II. **Dificultad para notar la evolución del esquema**

Ahora bien, una vez que el esquema optimista se ha configurado en la mente de los abogados (o de cualquier persona), operan los fenómenos denominados conservadurismo cognitivo y disonancia cognitiva. Estos dificultan que se revise la nueva información que pudiese cuestionar el esquema ya asentado, especialmente cuando los cambios ulteriores son graduales (como lo muestra el denominado fenómeno de la rana hirviendo ya antes descrito) y al interior de la compañía todos continúan actuando como si nada sucediera. En este sentido el autor sostiene:

What this meant was that any lawyer caught up in the intensely busy work of securitization would probably start, especially early on, with a schema that there was no particularly significant enterprise or legal risk associated with the innovations. Early on, the products were indeed fairly moderate in their approach to risk. Once that schema takes root, then very small innovations in deal structure and how assets are identified are measured against the assumption of permissibility, even as these innovations gradually aggregate into significant changes over time.⁹⁹

Esto es lo que los sicólogos denominan influencias frías (*cold influences*), porque pese a la dificultad que supone superar el conservadurismo cognitivo, un abogado diligente podría vencerlo y revisar los esquemas mentales si se esforzara arduamente en ello. Sin embargo, como se explicará a continuación, en este proceso también actúan las

⁹⁸ Ibid., p. 17

⁹⁹ Ibid., p. 19.

“influencias calientes” (*hot influences*)¹⁰⁰ que entorpecen la posibilidad de superar el esquema inicial.

III. **Razonamiento o inferencia motivada**

Como se acaba de señalar, junto con las influencias frías, actuarían lo que los psicólogos denominan influencias calientes, que abarcan emociones, ego y ánimo, las que podrían provocar que el abogado no se encuentre alerta y que sea realmente difícil realizar una revisión de los esquemas iniciales.

En este sentido, el razonamiento motivado está vinculado al **sesgo del compromiso** y del **auto interés o sesgo egocéntrico**. Así, cuando una persona toma una decisión o quiere arribar a una conclusión, inconscientemente buscará la forma de lograr su objetivo.

A robust set of experiments going back decades supports the intuition that a person who wants to come to a particular inference will, subconsciously, look for a way to do so. This research has been applied in depth to the study of accountants and auditors, finding that it does not take a conventional conflict of interest for accounting professionals—who supposedly prize objectivity just as lawyers do—to tend toward a genuine belief in the answer that favors their client, so long as the governing rules are subjective enough. So, too, with lawyers, at least in the litigation and negotiation contexts.¹⁰¹

En relación con lo anterior, el autor cita un estudio realizado por Max Bazerman, mediante el que se analizó el razonamiento motivado y en el que se habrían logrado distinguir tres etapas psicológicas por la que atraviesa una persona ante una decisión difícil. La primera es que las personas, antes de tomar una decisión, tienen una real intención de hacer lo correcto (por ejemplo los abogados participan en colegios de abogados en búsqueda de instar por un adecuado desarrollo ético de su profesión). Sin embargo, los errores se producen en la segunda etapa, cuando la decisión es inmediata y los sujetos actúan bajo presión. Finalmente, una vez que la decisión ha sido tomada, viene la fase de re-imaginar o acomodar aquella decisión de acuerdo a los estándares que se consideren adecuados, lo que le permite a la persona volver a la autoimagen de un *buen ciudadano*¹⁰².

¹⁰⁰ Respecto de las influencias frías y calientes, cfr. Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», pp. 110 y ss.

¹⁰¹ Langevoort, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis», p. 20.

¹⁰² Ibid., pp. 20-21.

En el caso del abogado corporativo se supone que éste tendría la predisposición de ser más conservador, puesto que puede ser responsable de las decisiones que apruebe. Sin embargo, al mismo tiempo el abogado se ve forzado por el sistema empresarial a ser más arriesgado y a crear políticas que pueden resultar más riesgosas, pero que son más competitivas. Como se señaló antes, en el mercado, los abogados que presentan estrategias más agresivas son más apreciados y promovidos. Junto con lo anterior, al trabajar en una compañía, el abogado interno se siente parte de ella, toma partido y por tanto se compromete con las finalidades de la empresa. En consecuencia ve a los otros actores del mercado como competidores e intentará ser *mejor* que ellos, lo que facilita que tome decisiones más arriesgadas (precisamente por el sesgo del compromiso). En suma, de acuerdo al autor el comportamiento de los abogados, que se encuentra vinculado a irregularidades, podría explicarse por la confección de esquemas mentales que no son modificados, porque de manera pre-consciente operan fenómenos cognitivos que impiden la incorporación o correcta interpretación de información nueva que es discordante con el esquema inicial¹⁰³. A continuación, haré referencia a algunas de las áreas en las que la influencia de la racionalidad limitada puede ser más problemática en razón de las actividades que desarrolla el abogado corporativo.

2.1.2. Sesgos cognitivos y áreas conflictivas para el abogado corporativo

La seriedad de que las labores del abogado corporativo se vean afectadas por sesgos cognitivos radica en que dichas labores, cuando están vinculadas a empresas, usualmente exigen la estricta imparcialidad del abogado que debe evaluar el estado la compañía, sus estructuras o sus decisiones. Adicionalmente, muchas de las asesorías que realice el abogado en relación con la compañía podrían afectar a terceros que han invertido en ella. A continuación, describiré algunas de las labores de los abogados corporativos que resultan más relevantes a estos efectos¹⁰⁴:

i. Emisión de instrumentos financieros al mercado

¹⁰³ Cfr. Ibid., pp. 20-23.

¹⁰⁴ Al respecto Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», pp. 657 y ss.

Las actividades relacionadas con el mercado de valores se encuentran ampliamente reguladas hoy en día en la gran mayoría de las jurisdicciones alrededor del mundo. Actualmente, los emisores de instrumentos financieros deben entregar información fidedigna al mercado al momento de poner a la venta esos productos y la poca diligencia en el cumplimiento de esta obligación se puede interpretar como acciones fraudulentas en el contexto de estas actividades de mercado. En general, el rol del abogado corporativo es constatar que la información es correcta, completa y no engañosa. En este sentido, el abogado puede caer en un error en el análisis o filtro de la información, especialmente porque al interior de la compañía hay sesgos cognitivos, como el optimista, que promueven apreciaciones poco realistas de la información.

ii. Cumplimiento y supervisión

Cada vez más, las empresas incorporan a un abogado corporativo que está encargado especialmente de la prevención de ilegalidades en su interior (usualmente en las legislaciones actuales se les denominada *oficial de cumplimiento*). Su objetivo es evitar y detectar posibles irregularidades al interior de la compañía, tarea que no es sencilla pues usualmente o no se estructuran formas adecuadas de control interno o dichas estructuras son incapaces de prevenir por sí solas cualquier actividad delictiva interna. En parte, lo anterior ocurre porque los ejecutivos dentro de la compañía tienden a creer que *todo está bien* y que si algo anduviese mal ellos tendrían la habilidad para notarlo. En este fenómeno operan gran parte de los sesgos cognitivos y, por lo mismo, la tarea del abogado suele ser más árida y difícil. En virtud de lo anterior, se ha propuesto que el abogado encargado de la supervisión tenga la mayor independencia posible respecto del cliente y del equipo legal de la compañía¹⁰⁵.

iii. Abogado corporativo como director

Pese a que se discute la idoneidad del abogado corporativo de una compañía para ser director de la misma, puesto que se cuestiona que tenga la imparcialidad necesaria para cumplir con ambas labores simultáneamente, no es poco común que ocupen también ese cargo. Se justifica

¹⁰⁵ En este trabajo no se abordarán los sesgos cognitivos que, específicamente, podrían influir en el oficial de cumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que se ha abogado por una mayor independencia entre el oficial de cumplimiento y departamento de asuntos legales (o el Consejo General de Asuntos Legales, como se denomina en EEUU al grupo de ejecutivos a cargo de los asuntos legales de la compañía). En este sentido, se ha propuesto que el oficial de cumplimiento no debería ser un abogado que perteneciera a dicho consejo, porque podría presentar conflictos de intereses, cfr. Langevoort, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis», pp. 5 y ss. Respecto de la necesidad de mayor independencia, cfr. Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior», pp. 648-656.

tal decisión en la idea que un abogado suficientemente honrado, inteligente y con carácter logrará ser imparcial en sus decisiones. Sin embargo, de acuerdo a lo que he expuesto en este trabajo, no hay razón para sostener que el abogado corporativo, a diferencia del resto de los profesionales, logrará superar los sesgos cognitivos que le afecten ni que será más cuidadoso que otras personas de modo de superar los sesgos cognitivos (especialmente el sesgo de compromiso)¹⁰⁶.

2.2. ¿Es posible que las heurísticas y los sesgos cognitivos impliquen la ausencia de responsabilidad penal del abogado por excluirse alguno de los distintos elementos del delito al momento de atribuir responsabilidad?

Siendo posible explicar a través de los sesgos cognitivos la conducta del abogado corporativo frente a irregularidades al interior de las compañías, queda por evaluar si la influencia de la racionalidad limitada puede afectar a alguno de los elementos del delito de modo tal que se pueda atenuar o disminuir la responsabilidad penal del abogado.

Para poder evaluar lo anterior, consideraré al delito bajo la estructura convencional de la teoría del delito, como una acción típica, antijurídica y personalmente imputable (culpable)¹⁰⁷. De esta definición, se derivan fundamentalmente tres categorías del delito: la **acción**, como primer criterio para seleccionar los hechos relevantes para el derecho penal sobre los cuales construir el juicio de reproche; el **injusto**, que corresponde al cumplimiento de la descripción típica y a la evaluación acerca de si esa acción, que cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal –objetivo y subjetivo–, es antijurídica, esto es, si concurren causas de justificación a su respecto, y finalmente, la **imputación personal**, que se “trata sólo de *atribuir* (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor”¹⁰⁸.

Sin embargo, en consideración al análisis que se realizará en lo que resta de este capítulo, dichas categorías podrían entremezclarse, por lo que, para efectos metodológicos, desarrollaré la siguiente agrupación: (i) **acción**, a efectos de determinar si los sesgos cognitivos pueden

¹⁰⁶ En esta oportunidad no se analizará los sesgos cognitivos que podrían afectar al abogado en calidad de director de una compañía, porque creo que eso atiende más a los sesgos corporativos que afectan a los directores que a los abogados y aquello excede el contenido de este trabajo.

¹⁰⁷ Cfr. Respecto de las distintas concepciones de culpabilidad, cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, pp. 193-196.

¹⁰⁸ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 522.

excluir la acción en algún supuesto; (ii) **error**, a efectos de determinar si los sesgos cognitivos y las heurísticas pueden alterar el conocimiento de algunos de los elementos fácticos o jurídicos del tipo penal (dando lugar a un error de tipo) o del carácter prohibido de la conducta propiamente tal (dando lugar a un error de prohibición), e (iii) **imputabilidad**, en donde se analizará si las heurísticas y los sesgos cognitivos pueden de alguna manera mermar la capacidad del abogado corporativo de motivarse por la norma y obrar de acuerdo a ella (sin perjuicio de haberse tratado el error de prohibición con anterioridad). Finalmente, expondré algunas conclusiones en base a lo expuesto.

Cabe señalar que en cada categoría propuesta examinaré los efectos que pudiesen tener los sesgos cognitivos y, en caso de que pudiesen afectarla, propondré ejemplos que den cuenta del modo en que podrían hacerlo.

Asimismo, es necesario considerar que el examen se efectúa bajo el supuesto que existe un comportamiento de un abogado corporativo que, si bien no ha tenido conocimiento de los hechos ilícitos, pudo haber visto señales de situaciones irregulares, o sea, pudo haber percibido algo, pero no lo hizo (precisamente en razón de sus sesgos). Es decir, no se trata del caso del abogado corporativo que ha consentido en actividades ilícitas, ni tampoco es el caso del abogado a quien se le han ocultado los hechos irregulares y que ha sido engañado por el cliente o por los dueños de la compañía y no ha tenido forma de saber qué es lo que estaba ocurriendo.

2.2.1. Acción, sesgos cognitivos y heurísticas

La acción o comportamiento humano es la primera categoría o elemento del delito que, a mi juicio, debe ser analizada al momento de atribuir responsabilidad por un ilícito. A efectos de este trabajo, entenderemos por acción “aquellos comportamientos del hombre que sean externos y finales”¹⁰⁹.

Se ha sostenido que el concepto de acción, en cuanto categoría del delito, presenta dos funciones. La primera es su **función positiva**, que nos indica si los hechos en cuestión cumplen con los requisitos mínimos para ser el soporte de los restantes elementos del delito (antijuridicidad e imputación personal) y la segunda es su **función negativa**, que determina

¹⁰⁹ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 189.

qué hechos resultan irrelevantes para el Derecho Penal¹¹⁰. Determinar qué es acción a afectos penales y qué es lo que queda excluido de aquella categoría no es una cuestión sencilla y, si bien existe claridad en ciertos supuestos en los que no concurre la acción, como son los de fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos, hay supuestos más complejos de categorizar - que se han denominado como *zona intermedia*- tales como los actos en cortocircuito, las reacciones impulsivas, los actos automatizados, entre otros¹¹¹.

Al respecto, el profesor Silva Sánchez en su artículo «La Función Negativa del Concepto de Acción», sostiene que la acción es solo el primer filtro en la estructura del delito y, por tanto, es un concepto amplio que comprende cualquier acción en que concurra al menos una mínima capacidad de motivabilidad o un mínimo grado de consciencia¹¹².

Agrega el autor que, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas de las ciencias en que el concepto de acción puede resultar más restringido, como en psicología, en Derecho Penal el concepto de acción es mucho más amplio en cuanto atiende a los fines de éste, esto es, a la prevención de delito. Por tanto, la acción busca excluir solo aquellos comportamientos a los que el derecho no puede asignarles el sentido de la realización típica. Así, en palabras del autor:

Y ¿qué procesos son éstos que no pueden ser *interpretados*, a los que no puede atribuirse sentido típico alguno potencialmente infractor de la norma? Pues son aquellos que escapan a la influencia del enunciado prescriptivo, en los que la capacidad de control del sujeto está tan limitada que desde el principio se excluye toda posibilidad de éxito del mensaje motivador. Como es absurdo que la norma se dirija a quien, en la concreta situación dada, es absolutamente imposible que la siga, tales procesos no estarán prohibidos. Y no lo estarán por *falta de acción*, esto es en definitiva, por la inmotivabilidad del sujeto en el momento concreto y respecto al concreto proceso en cuestión. La cosa aparece de modo sustancialmente diferente, en cambio, cuando, por las circunstancias que sean, no está completamente excluida la posibilidad de influjo motivador.¹¹³

Dicho esto, me parece que las heurísticas y los sesgos cognitivos no pueden considerarse un presupuesto de exclusión de la acción, por las siguientes consideraciones:

¹¹⁰ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*. p, 193; Silva Sánchez, Jesús-María «Sobre los Movimientos Impulsivos y el Concepto Jurídico-Penal de Acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 44, (1991), p. 3.

¹¹¹ Silva Sánchez, Jesús-María, «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983 », *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 39, (1986), pp. 905-33.

¹¹² *Ibid.*, p. 922.

¹¹³ *Ibid.*

- i. Como hemos señalado las heurísticas y los sesgos cognitivos actúan en el sistema uno o automático provocando distorsiones o errores en la toma de decisiones o en la realización de juicios. Si aquellas decisiones logran ser revisadas por el sistema dos, entonces hay posibilidades de que las percepciones equivocadas sean corregidas. En caso contrario, el juicio final que realice el agente (en este caso, el abogado) será intuitivo y sesgado. Este juicio sesgado es distinto a la existencia de una acción que, por lo mismo, no se ve afectada necesariamente por el sesgo mismo. La acción, dicho de otro modo, se realiza de manera completamente voluntaria y consciente, aun cuando esté fundada en una percepción equivocada. A continuación explicaré esto en más detalle.
- ii. El proceso de creación de juicios, brevemente resumido en el párrafo anterior, comienza en el sistema uno, en el que se produce la toma de decisiones y operan los sesgos cognitivos y las heurísticas.

Este procedimiento ocurre sin que el sujeto tenga plena conciencia de su conducta o pueda manejarla. Se trata, se ha dicho, de un procedimiento inaccesible para quien está tomando la decisión o para el *yo* consciente. Al respecto, las siguientes líneas son ilustrativas:

We may decide what to think about, but not what to think. The results of thinking become conscious, but most of the procedure of thinking remains unconscious and not even accessible to introspection. Obviously the structure of these hidden processes is important to a theory of bounded rationality.¹¹⁴

En el mismo sentido, Kahneman sostiene que las actividades del sistema uno se encuentran en una posición intermedia entre las percepciones -que estarían guiadas por el estímulo corriente- y el sistema dos. Así, el sistema uno no se limitaría solo a procesar el estímulo corriente, porque posee mayores herramientas, como son las representaciones conceptuales del presente, pasado y futuro -contenido que comparte con el sistema dos- y a las que puede acceder por medio del lenguaje. En palabras de Kahneman:

(...) que los juicios intuitivos ocupan una posición -que quizás se corresponda a la historia evolutiva- entre las operaciones automáticas de la percepción y las operaciones deliberadas del razonamiento. Todas las características que los estudiosos de la intuición han atribuido al Sistema 1 son, también, propiedades de las operaciones perceptivas. Sin embargo, y en

¹¹⁴ Selten, «What Is Bounded Rationality?», p. 16.

contraste con la percepción, las operaciones del Sistema 1 no se limitan al procesamiento del estímulo corriente. Al igual que el Sistema 2, las operaciones del Sistema 1 trabajan con conceptos acumulados así como con perceptos, y pueden ser evocadas por medio del lenguaje.¹¹⁵

Es decir, el sistema uno trabaja situado por debajo del nivel de plena consciencia, por cuanto el ser humano no puede dirigir voluntariamente el procedimiento que se desarrolla en él, sin embargo, no se trata tampoco -a diferencia de la percepción- de un mero estímulo corriente que actúa de manera absolutamente inconsciente.

La doctrina no es unánime en la utilización de un concepto determinado para referirse al nivel psicológico en que operarían los sesgos cognitivos y los autores utilizan indistintamente el término *subconsciente*, *preconsciente* o *inconsciente*¹¹⁶, aunque coinciden en aludir con estas palabras a un estado en que el sujeto actúa en un nivel disminuido de la consciencia. Así, el término *inconsciente* parece utilizarse en su acepción más general para referirse a actos irreflexivos y en ningún caso comparables con el significado de inconsciencia utilizado en términos penales, esto es, como causa de exclusión de la acción. A efectos de este trabajo, utilizaré el término **preconsciente**¹¹⁷ para referirme al nivel en el que operan los sesgos cognitivos, es

¹¹⁵ Kahneman, «Mapas de la Racionalidad Limitada: Psicología Para una Economía Conductual», p. 186.

¹¹⁶ Se exponen a modo de ejemplo -y sin ninguna pretensión de exhaustividad- referencias de la literatura respecto de la manera en que actúan los sesgos cognitivos, ya sea de manera inconsciente, subconsciente o pre consciente: (i) Robert Prentice, al hacer alusión al sesgo egoísta señala que éste actúa *inconscientemente* distorsionando la evidencia y permitiendo a las personas considerarse a sí mismas como buenas personas; en sus palabras: “In short, the self-serving bias unconsciously distorts evidence, allowing people to view themselves as ‘good and reasonable.’ Inevitably, self-interest clouds the ethical decision making of even the most well-intentioned people” (Prentice, «Ethical Decision: More Needed than Good Intentions» *Financial Analysts Journal*, 63, n.º 6 (2007): p. 22); (ii) Por su parte, McAdams y Ulen señalan que el sesgo implícito actúa de manera *subconsciente*, así: “The psychological literature on “implicit bias” claims that bias exists at a subconscious level, as measured by studies showing that many white people take longer to perform classification tasks if those tasks run counter to negative stereotypes of black people than if they conform to such stereotypes” (McAdams y Ulen, «Behavioral Criminal Law and Economics», p. 28.); (iii) Al respecto, Cohan señala: “Neuroscientists also claim that much of what happens in the brain goes on outside of conscious awareness. Neuroscientists who have studied unconscious processing of information claim that most decisions are made subconsciously, with many gradations of awareness. These findings, which are gaining wide acceptance, challenge the notion that people always make conscious choices about what they want and how to obtain it” (Cohan, «“I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control?, p. 282).

¹¹⁷ Si bien Langevoort señala que los sesgos cognitivos actúan de manera inconsciente (“The normal cognitive strategy is to construe information and events in such a way as to confirm prior attitudes, beliefs, and impressions. Like all biases, this “cognitive conservatism” occurs unconsciously”), precisa que los psicólogos Irving Janis y Leon Mann, así como otros psicólogos, utilizan para describir la forma en que los sesgos cognitivos operan el término **“preconsciente”**, que correspondería a un nivel justo por fuera de la consciencia (Langevoort,

decir, a un estado intermedio entre la consciencia -o capacidad completa de razonamiento- y la inconsciencia, término que utilizaré a su vez para referirme a aquellas situaciones en que no existe ningún grado de raciocinio, asimilándolo al significado penal de inconsciencia como causal de exclusión de la acción en materia penal¹¹⁸.

- iii. Ahora bien, como ya he dicho, el juicio que se produce en el sistema uno, en un estado de preconsciencia, puede estar afecto a sesgos cognitivos. Si el juicio intuitivo es revisado por el sistema dos, entonces estaremos en presencia de un **acto consciente**, el que probablemente habrá corregido el sesgo cognitivo, a menos que quiera actuar conforme a él, caso en el cual ya no estaríamos en presencia de un sesgo o error, sino que frente a una creencia o intención racionalizada.

Otra opción es que el juicio intuitivo sea aceptado por el sistema dos sin mayor razonamiento y que se presente como un juicio final, **caso en el cual aquel juicio reflejará mayormente el contenido del juicio intuitivo, realizado de manera preconsciente**, y que puede estar afecto a sesgos cognitivos. Ahora bien, este juicio final que fue realizado sin intervención de la parte consciente o sistema dos, es asumido por el sujeto, aun cuando se trate de un juicio sesgado, y podrá dar lugar a una acción.

Cabe señalar que el sistema dos es un estado de total conciencia y por tanto representa una oportunidad para evaluar la propuesta del sistema uno y modificarla de acuerdo a su voluntad. Por tanto, podríamos decir que es un momento dentro del procedimiento de creación de juicios o toma de decisiones en que existe al menos una posibilidad de motivación por la norma penal.

- iv. Ahora bien, es necesario distinguir entre los juicios sesgados y la acción que se realiza en el marco de aquellos juicios sesgados, puesto que al Derecho Penal le interesan (al menos en esta etapa) las acciones y no los pensamientos (los que pueden ser relevantes

«Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», p. 135.)

¹¹⁸ No se pretende con esta distinción simplificar la determinación entre actos conscientes e inconscientes, sino que, a efectos metodológicos, plantear la distinción de esta manera es útil para el trabajo. Respecto de la distinción entre actos conscientes e inconscientes en materia penal, cfr. Silva Sánchez, «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983», pp. 905-33.

al evaluarse los elementos subjetivos del tipo). Es decir, podríamos disentir en cuanto a si el juicio intuitivo influido por los sesgos cognitivos se formó con plena consciencia o no, sin que aquello resulte relevante a efectos de determinar si un movimiento motivado por un juicio sesgado puede constituir acción o no.

En efecto, el juicio sesgado, una vez que es asumido por el sujeto, eventualmente, produce una acción concreta en el mundo real. Respecto de dicha acción el sujeto actúa de manera plenamente consciente y con voluntad en cuanto a la acción.

En otras palabras, la acción -como se ha señalado- corresponde a un elemento amplio que solo excluye aquellos comportamientos en donde no existe ninguna posibilidad de motivación por la norma, como son los casos de los actos reflejos, en los que no interviene la consciencia, puesto que se trata de un proceso fisiológico, de carácter subcortical, del que el agente sólo se podrá cuenta con posterioridad¹¹⁹. Cuestión distinta es lo que ocurre con los sesgos cognitivos, puesto que éstos generan un error en la percepción, lo que produce que el sujeto actúe motivado por una idea equivocada de la realidad, pero con plena consciencia en cuanto a la acción (externa y final) que realiza.

- v. Respecto de este punto, el profesor Silva Sánchez en su obra *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa* ha sostenido que los hechos realizados bajo la influencia de sesgos cognitivos pueden entenderse como reacciones automatizadas o automatismos¹²⁰, y que en esos casos no cabe excluir la acción¹²¹.

Para el autor, los automatismos serían “movimientos inicialmente conscientes en los que, por el influjo de la repetición, el impulso externo que al principio actuaba como representación a modo de motivo, desencadena la acción antes de que pueda ser aprendido como tal representación”¹²², lo que justificaría que haya acción porque

¹¹⁹ Respecto de los actos reflejos, cfr. Silva Sánchez, «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983», p. 908.

¹²⁰ Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», pp. 218 y ss.

¹²¹ Silva Sánchez, «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983», p. 930.

¹²² *Ibid.*, p. 913.

existe *ex ante* un mínimo de consciencia y posibilidad de influencia sobre el movimiento que implicarían la motivabilidad a su respecto¹²³.

- vi. Sobre esto último, si bien adhiero a la idea de que en las acciones realizadas bajo la influencia de sesgos cognitivos hay acción -por cuanto se cumple con el criterio de que existe, al menos, un mínimo de motivabilidad en ellas- cabe considerar algunos aspectos de la relación entre los sesgos cognitivos y los *movimientos automatizados*.

Por una parte los movimientos automatizados se generan en un movimiento inicialmente consciente, que luego por repetición se vuelve automatizado o que opera por debajo de la plena consciencia. Por otra parte, los movimientos influidos por sesgos cognitivos o por formas de pensar heurísticas son movimientos plenamente conscientes que son motivados por un juicio sesgado de la realidad, que reflejan mayormente un juicio intuitivo obtenido de manera preconsciente en el sistema uno (el que a su vez, funciona de manera mecánica o automática, sin esfuerzo, asociando ideas). La acción, plenamente consciente, que es producto de un sesgo cognitivo, puede realizarse una vez o puede comenzar a repetirse constantemente y convertirse en un movimiento automatizado. Esta última suposición, la de los actos sesgados que se vuelven automatizados, es la que interesa a los efectos de este trabajo, en cuanto, el trabajo del abogado corporativo muchas veces se vuelve rutinario¹²⁴.

Conclusión

Los juicios sesgados no pueden afectar a la categoría de la acción (o mejor dicho, no la afectan *por el hecho de ser sesgado*), porque cuando el sujeto obra en virtud de dichos juicios, lo hace

¹²³ En cuanto a los automatismos la doctrina no es unánime en determinar si existe o no acción, asimismo, se entregan diversas fundamentaciones para justificar que estos movimientos son acción, cfr. Silva Sánchez, «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983», pp. 926 y ss.

¹²⁴ Reinhard Selten reconoce la dificultad de distinguir entre movimientos automatizados y racionalidad limitada, entendiendo que ambos son procesos que ocurren de manera no consciente. En sus palabras: “Much of human behavior is automatized in the sense that it is not connected to any conscious deliberation. In the process of walking, one does not decide after each step which leg to move next and by how much. Such automatized routines can be interrupted and modified by decisions, but while they are executed they do not require any decision making. They may be genetically preprogrammed (e.g., involuntary body activities) or they may be the result of learning. Somebody who begins to learn to drive a car must pay conscious attention to much detail, which later becomes automatic. One might want to distinguish between bounded rationality and automatic routine; however, it is difficult to do this. Conscious attention is not a good criterion” (Selten, «What Is Bounded Rationality?», p. 16).

de manera plenamente consciente. El agente tiene consciencia de la acción y voluntad de realizarla. Cuestión distinta es que realice ésta bajo una percepción equivocada de la realidad.

2.2.2. Error, sesgos cognitivos y heurísticas

Mi segundo objeto de análisis está conformado por los casos de error, toda vez que, como explicaré, si el fenómeno del sesgo es relevante jurídico penalmente es, primordialmente, por cuanto puede ser la causa de un error que excluya la punibilidad.

El nexa entre sesgos y errores. Se ha señalado que el cerebro trabaja bajo ciertos principios heurísticos (como la representatividad, la disponibilidad o el anclaje y ajuste) que reducen la tarea de calcular probabilidades y de predecir valores al momento de tomar decisiones. Estas formas heurísticas de realizar juicios o de tomar decisiones, si bien generalmente son útiles, suelen ocasionar sesgos cognitivos, los que de alguna u otra manera, alteran la manera en que se supone que un hombre racional debiese comportarse.

Estas limitaciones cognitivas consisten en formas sistemáticas (en oposición a aleatorias) en que las personas no maximizan sus utilidades como se supone que deberían, porque el sistema uno distorsiona la pregunta a la que se intenta responder y asocia contenidos mentales de manera preconsciente a efectos de entregar una respuesta rápida. De este modo, parece ser que los sesgos cognitivos y las heurísticas permiten alterar la real percepción de uno mismo y del entorno y, en consecuencia, podrían llevar a actuar en error, esto es, al alero de una percepción del entorno distinta de la real.

Pues bien, si los sesgos cognitivos se pueden manifestar como errores, cabe entonces analizar si dichos errores pueden ser relevantes a efectos penales, por lo que pasaré a analizar el error en materia penal.

Errores de tipo. Conforme a la doctrina ampliamente dominante en materia jurídico penal, el error puede ser de dos clases: de tipo o de prohibición. El **error de tipo** consiste en una falsa apreciación, por parte del agente, de cualquiera de los elementos fácticos o normativos del tipo penal. Este error afecta al tipo subjetivo del injusto¹²⁵, y particularmente al dolo. Dicho de otro modo, un error de tipo excluirá el dolo, y deberá determinarse si tal error es vencible o invencible. Si es vencible, entonces, en los delitos que la contemplan, quedará subsistente la

¹²⁵ El tipo subjetivo, conforme reza la doctrina muy mayoritaria, comprende el dolo y (si el tipo penal así contempla su punibilidad) la imprudencia, además de otros elementos subjetivos adicionales que se presentan solo en algunos tipos penales.

culpa, la cual se entiende como una negligencia o “falta de atención contraria al deber”¹²⁶. Si el error es invencible, entonces, se excluye también la culpa y habría impunidad.

Por lo tanto, a fin de comprender cómo operan los errores -en caso de concurrir- es necesario también comprender de qué modo se configura el dolo y qué es aquello que queda automáticamente excluido en caso de constatarse un error. Sobre ello, se ha dicho que “por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y la voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”¹²⁷. De este concepto amplio se pueden distinguir tres formas de dolo: (i) dolo de primer grado, entendido como intención de provocar el resultado; (ii) dolo de segundo grado, o también llamado “de las consecuencias necesarias”, que comprende todas las consecuencias que se produzcan por la conducta del sujeto, aun cuando no las persiga, siempre que advierta que se producirán con seguridad; (iii) dolo eventual, que es el caso en el cual el sujeto no persigue un resultado y tampoco tiene seguridad de que ocurrirá, pero acepta la posibilidad de que acaezca, o al menos dicha posibilidad no le disuade de llevar adelante el comportamiento planeado¹²⁸. Por ello, que un error excluya el dolo implica sostener que en razón de aquél, el sujeto no ha aceptado el resultado típico como tal.

En cuanto al contenido del dolo, éste debe abarcar todo el tipo objetivo, lo que incluye tanto sus elementos descriptivos como normativos. Los elementos descriptivos son “aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez”¹²⁹.

Por su parte los elementos normativos del tipo son aquellos “cuya concurrencia presupone una valoración”¹³⁰, como por ejemplo, el término *instrumento privado* en el delito de falsificación de instrumento privado del artículo 197 del Código Penal Chileno¹³¹, o el término *incesto*¹³² contemplado en el artículo 375 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, entre los elementos

¹²⁶ Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 416.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 308.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 415.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 306.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 306.

¹³¹ Art. 197. El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera... (CPCH)

¹³² Artículo 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. (CPCH)

normativos a su vez se puede distinguir entre los elementos cuya valoración tiene una connotación jurídica, como sería el caso del concepto de *funcionario público*¹³³ o más bien cultural, como podría ser el término de *conviviente*¹³⁴, el de *orden social* o el de *buenas costumbres*¹³⁵.

Asimismo, los elementos normativos pueden dividirse de acuerdo al mayor o menor margen de apreciación que permitan. Por ejemplo, el término *moralidad*¹³⁶ en el delito de injurias graves deja mayor discrecionalidad de interpretación al juez que el término *escalamiento* que se contempla como una modalidad del delito de robo (ambos preceptos del Código Penal Chileno¹³⁷).

Cuando el sujeto o agente desconoce alguno de los elementos del tipo, podemos decir que se presenta un error a su respecto, el que, como ya se ha mencionado, si es invencible, dará lugar a la exclusión de toda responsabilidad y, si es vencible, dejará subsistente la culpa. Así, un ejemplo de error de tipo podría observarse en una pareja que establece una relación sentimental, pero ignorando la existencia de un vínculo de parentesco entre ellos. En este caso, se desconoce el elemento, requerido por el tipo objetivo, consistente en la existencia de “consanguinidad” que es necesario para la configuración del tipo de incesto.

Ahora bien, ¿qué significa exactamente conocer los elementos del tipo? ¿Qué tipo de errores o falsas percepciones de la realidad serán las que excluyan la concurrencia del dolo?

La doctrina mayoritaria ha dicho que no se puede exigir que el sujeto reflexione especialmente sobre cada uno de los elementos del tipo y que basta con que el sujeto se percate de ellos, aun cuando no los piense directamente ni los manifieste por medio del lenguaje¹³⁸.

¹³³ Art. 161. Cuando para llevar a efecto alguno de los delitos enunciados, se hubiere falsificado o supuesto la firma de un funcionario público, los autores y los que maliciosa o fraudulentamente hubieren usado de la falsificación o suposición, serán castigados con presidio menor en su grado máximo. (CPCH)

¹³⁴ Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. (CPCH)

¹³⁵ Art. 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse. (CPCH)

¹³⁶ Art. 417. Son injurias graves: (...) 3°. La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado. (CPCH)

¹³⁷ Art. 440. El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito: 1°. Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas. (CPCH)

¹³⁸ Al respecto Roxin, citando a Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 326, ha señalado: "No es necesario por tanto

Esta consideración es relevante para los efectos del presente trabajo, toda vez que no basta con que la percepción no sea la óptima para excluir al dolo. Por lo mismo, el sesgo deberá ser de una entidad tal que sea capaz de modificar nuestra percepción de la realidad al punto de hacerla equivocada de un modo relevante. Para analizar en qué punto los errores pueden devenir en relevantes, voy a presentar algunos casos concretos, pero antes haré referencia al modo en que operan en general los errores de prohibición, toda vez que, en dichos ejemplos, ambas clases de errores pueden ser objeto de análisis conjunto.

Error de prohibición. Estos errores, por su parte, consisten en que el agente puede conocer todas las circunstancias del tipo, pero no tiene conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Al respecto se ha dicho que “una persona actúa con conocimiento de la antijuridicidad cuando es consciente del carácter prohibido del hecho, siquiera eventualmente, en el momento de su comisión”¹³⁹. Ahora bien, en caso de concurrir un error de prohibición que sea invencible la culpabilidad quedará excluida y habrá impunidad. Pero a diferencia del error del tipo, si el de prohibición es vencible, como mucho, puede dar lugar a una atenuación facultativa de la pena, de acuerdo a cada legislación¹⁴⁰.

Un ejemplo de error de prohibición puede ser el siguiente: un hombre, molesto por el reiterado comportamiento de los hijos de su vecino que tiran basura frente a la puerta de su casa a diario, lo amenaza diciéndole que la próxima vez que le tiren basura, tomará venganza y destrozará su jardín, sin saber que aquella conducta (cuyos supuestos de hecho comprende perfectamente) puede constituir un delito de amenazas o coacción. Otro ejemplo puede ser el siguiente: un sujeto sale por primera vez de vacaciones al extranjero y piensa que, al igual que en su país, puede beber alcohol en la vía pública, por lo que compra una botella de vino y la bebe en una plaza de la ciudad, sin representarse que esa conducta está, en este país, prohibida.

que el sujeto piense en las circunstancias del hecho con formulaciones lingüísticas ("esta cosa es ajena"; "yo hurto de una iglesia"; "ahora actúo como médico", etc.), sino que basta con que se percate de ellas de modo material-conceptual (en el pensamiento material). A este respecto "pensamiento o conceptualización material" significaría "la relación con las cosas mismas significativa libre de lenguaje... sobre la base de por decirlo así un recuerdo gráfico, que ha asumido en el ámbito del pensamiento sin lenguaje las cosas experimentadas originalmente mediante el lenguaje" (Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 473)

¹³⁹ Felip i Saborit, David, *Error Iuris. El Conocimiento de la Antijuridicidad y el Artículo 14 del Código Penal*. (Atelier serie mayor, 2000), p. 100.

¹⁴⁰ Si el error de prohibición afecta al dolo o la culpabilidad dependerá de la teoría que se siga al respecto, ya sea teoría del dolo o de la culpabilidad. Aquí se seguirá esta última posición, que es mayoritaria en la doctrina.

Dicho esto, para poder determinar cuándo el agente actúa con conocimiento de la antijuridicidad o cuándo actúa en error de prohibición (invencible) se debe atender al objeto de aquel conocimiento. Sobre esto existe un extendido debate doctrinario, pero podemos atender a la posición que, de acuerdo a lo señalado por David Felip i Saborit, es mayoritaria en Alemania y que señala que la consciencia del injusto consiste en saber que la conducta está prohibida en cuanto, infringe ciertos intereses o valores que están protegidos mediante la norma penal¹⁴¹.

Ahora bien, distinguir entre el error de tipo y de prohibición no siempre es sencillo, especialmente considerando que el tipo penal contiene elementos normativos. Un ejemplo de ello lo plantea el **error de subsunción**, por cuanto éste se encuentra vinculado a la comprensión de los elementos normativos del tipo, pero puede dar lugar a un error de prohibición, según cuál sea exactamente el objeto de desconocimiento. Este error en específico consiste en que el agente comprende los elementos normativos del tipo pero yerra en sus alcances o límites en la situación específica en que se encuentra, de modo que es incapaz de *subsumir* adecuadamente su propio comportamiento en el contexto normativo aplicable.

Roxin ofrece un ejemplo relacionado con el término *dañar*. Se trata de un supuesto en que el agente es acusado de daños por haber sacado el aire a las ruedas de un auto, para así retener a su propietario en el lugar, sin saber que aquel comportamiento también puede ser calificado como “daños en la propiedad ajena”. Como se ve, el sujeto conoce los supuestos fácticos en que se encuentra, sabe lo que es dañar y sabe asimismo que los daños en la propiedad ajena están prohibidos, pero no alcanza a notar que su propio comportamiento también es un daño (entiende por “daño” sólo destruir materialmente el neumático, por ejemplo). Señala Roxin que en este caso no se podría alegar un error que excluya el dolo, pero se podría sostener que el agente no comprendía el alcance del concepto de daño en el ámbito jurídico, lo que podría dar lugar a un error de subsunción¹⁴².

Errores del abogado en ejercicio de sus funciones. Ahora bien, en cuanto a los errores en que pudiese incurrir un abogado en el ejercicio de sus actividades, creo que pueden resultar más problemáticos aquellos **vinculados a cuestiones jurídicas** que a cuestiones fácticas, esto es, tanto en relación con los elementos normativos del tipo como con el desconocimiento de la

¹⁴¹ Felip i Saborit, *Error Iuris. El Conocimiento de la Antijuridicidad y el Artículo 14 del Código Penal*, p. 111.

¹⁴² Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 461.

antijuridicidad de su conducta. Esto, por cuanto su desempeño profesional supone precisamente el conocimiento de aspectos jurídicos y, en consecuencia, serán precisamente los errores relacionados con aspecto jurídicos los que generen especial controversia en su caso. En cambio, los errores sobre consideraciones descriptivas o fácticas, si bien pueden perfectamente concurrir en los abogados, no son característicos de su desempeño (cual es el principal objeto de este trabajo) y pueden resultar más relevantes para otros profesionales que también se desempeñan en el interior de las compañías en labores, por así decirlo, no jurídicas. De este modo, en los casos paradigmáticos de fraudes al interior de empresas existen ciertas conductas de auditores que podrían ser explicadas mediante los sesgos cognitivos y a su vez, eventualmente, dar lugar a un error de tipo en relación con sus elementos descriptivos, por cuanto suponen una equivocada interpretación de un elemento fáctico, tal como una errónea apreciación de los Estados Financieros¹⁴³, cuestión propia de las funciones y especialidad de los auditores. Al respecto, Robert Prentice sostiene que es usual que los auditores no actúen de manera racional al auditar a sus clientes, por cuanto se encuentran afectos a un conjunto

¹⁴³ A estos efectos, resulta útil la mirada que se ha entregado desde la perspectiva de los sesgos cognitivos al caso de la firma de Auditores Arthur Andersen LLP (en adelante “Arthur Andersen”) en el escándalo financiero de Enron. En este caso, los auditores dieron fe de la salud financiera de Enron, mientras la compañía presentaba una deuda considerable con sus accionistas. Al respecto se ha señalado, que uno de los sesgos que podrían explicar lo ocurrido es el **sesgo egoísta** en cuanto, para Arthur Andersen, Enron era un cliente muy importante que les permitía facturar millones de dólares anuales y por tanto, era conveniente para los intereses de la firma contable aprobar las prácticas financieras de Enron y tener al cliente conforme. Asimismo, los bonos de los empleados encargados de auditar la empresa dependían de los números positivos de Enron, esto sin considerar que muchos de los empleados que trabajaban efectuando las auditorías tenían la expectativa de ser contratados por Enron, al igual como había sucedido con algunos de sus compañeros (Prentice, Robert, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», *American Business Law Journal* 40 (2003): p. 428). En el mismo sentido, el **sesgo confirmatorio** habría ayudado a que los contadores revisaran la información de manera tal que confirmara el buen estado de la compañía y habrían descartado aquella información que contradecía dicha conclusión. (Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», p.4). Por su parte, se ha sostenido que el **sobreoptimismo** y la **sobreconfianza**, también, habrían ayudado a que los contadores no visualizaran el real estado de la compañía. La idea de que Enron era una empresa superior a sus competidores y la implementación de una política que no permitía la incorporación de malas noticias, hacían más difícil que los problemas se evidenciaran. Por cierto, la idea interna de Enron, de ser una compañía muy superior a las demás se veía reforzada por la **disonancia cognitiva** que cooperaba para que no se introdujeran dudas acerca de la realidad de la empresa y por el **falso consenso**, que permitía que los empleados honrados dentro de la compañía vean en sus compañeros y en sus jefes a personas honradas y confiables (Prentice, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», pp. 429-33). Sin embargo, cabe señalar que los auditores de Enron no fueron acusados criminalmente por las irregularidades contables que habían al interior de la compañía. Solamente el socio de los auditores a cargo de la empresa Enron (David Duncan) y la auditora del departamento legal en Enron (Nancy Temple) fueron acusados por delitos vinculados a la destrucción de documentos, lo que se habrían realizado una vez que se descubrieron los ilícitos que habían al interior de la compañía.

considerable de fenómenos cognitivos que dificultan su labor¹⁴⁴ (entre ellos la disonancia cognitiva, el sesgo confirmatorio, la sobre confianza, el efecto marco, sesgo egocéntrico, etc.).

2.2.2.1. Casos de análisis

Ahora bien, propondré algunos casos para determinar qué sesgos podrían afectar al abogado corporativo y para analizar si ellos pueden fundar algún tipo de error que sea relevante en materia penal. Dos de ellos están basados en casos reales. Se trata de los casos Enron y OPM Leasing Services Inc., los que presentaré con algunas variaciones que pueden ser de utilidad para el análisis. El otro es un caso ficticio, pero que se basa en situaciones relativamente comunes. Es importante destacar que no son casos aleatorios, sino que son el resultado de una búsqueda de supuestos en los que los sesgos cognitivos pudiesen haber provocado algún error relevante.

Para los efectos de este trabajo analizaré únicamente los aspectos relevantes relacionados con los abogados y sólo en la medida en que aquellos aspectos de interés estén vinculados con la existencia de un determinado sesgo. En ningún caso pretendo hacer un análisis exhaustivo de la responsabilidad penal, sino que simplemente enfatizar en aquellos puntos en que es posible evaluar la incidencia de sesgos en la responsabilidad penal de los abogados corporativos.

El orden del análisis será el siguiente: (i) proposición del caso; (ii) análisis respecto desde la perspectiva de los sesgos cognitivos y las heurísticas; y (iii) análisis desde la perspectiva del Derecho Penal.

CASO 1. ENRON

Enron era una compañía norteamericana del mercado energético que transaba sus acciones en la bolsa. En el desarrollo de su giro, los ejecutivos de la compañía optaron por la implementación de unas herramientas jurídico-financiera denominadas *Special Purpose Vehicles* (SPV o SPE). Las SPV son personas jurídicas, usualmente compañías subsidiarias o derivadas de compañías mayores, que se crean con propósitos específicos y sirven generalmente para resguardar a la compañía mayor o matriz de posibles quiebras en operaciones riesgosas. Lo que se hace con ellas es aislar un determinado negocio en el que

¹⁴⁴ Cfr. Prentice, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», pp. 417-444; Prentice, Robert, «The Case of Irrational Auditor: A Behavioral Insight Into Securities Fraud Litigation», *Northwestern University Law Review* 95, n.º 1 (2000), pp. 133-220.

la compañía ha invertido para que, en caso de fracaso, solo quiebren las SPV y la pérdida no afecte a toda la empresa. También se utilizan para simplificar la contabilidad de un negocio específico o para agilizar la tramitación de permisos, por ejemplo, ambientales, de un proyecto determinado. En el caso de Enron, sin embargo, se utilizaron las SVP con el objeto de concentrar en ellas las deudas y pérdidas de la compañía matriz, sin que la documentación referida a aquellas SPV (conjuntamente con sus deudas y pérdidas) fuese incorporada en los Estados Financieros. De ese modo, sus pérdidas quedaban ocultas al público y las acciones de Enron se volvían cada vez más riesgosas, hasta que la compañía cayó en insolvencia.

Ahora bien, las normas *Financial Accounting Standards Boards* (“FASB”), que eran aquellas que regulaban dichas operaciones en la jurisdicción correspondiente, no exigían que algunas SPV fueran consolidadas conjuntamente con los Estados Financieros de la compañía. Sin embargo, al no hacerlo Enron lograba ocultar significativas pérdidas al mercado.

Los abogados de Enron –los internos, externos e incluso los abogados de la consultora auditora- consintieron y avalaron que las SPV no se consolidaran en los Estados Financieros; asesoraron a la compañía en la confección de dichos documentos; dieron recomendaciones sobre el contenido y la forma en que la información, relativa a la compañía y las SPV, salía al mercado, y certificaron que se cumplía con los requisitos legales respecto de las SPV. Sin embargo, ellos no estaban propiamente conscientes del perjuicio que la estructura relativa a las SPV podía ocasionar a los demás actores del mercado. Pero explicaré esto al referirme, a continuación, a los sesgos que les afectaban.

A. *Explicación desde la perspectiva de los sesgos cognitivos*

En el caso Enron¹⁴⁵ podemos observar la participación de tres tipos de abogados: los internos, los externos –en este caso, la firma Vinson & Elkins LLP- y la abogada de la auditora Arthur Andersen que trabajaba para Enron, Nancy Temple. Voy a analizar a todos estos abogados en general, haciendo menciones especiales en caso de que resulte pertinente.

¹⁴⁵ Respecto del caso Enron, cfr. Rhode, Deborah y Paton, Paul, «Lawyers, Ethics, and Enron», en *Enron: Corporate Fiascos and Their Implications*, (Foundation Press, 2004), pp. 629 y ss.; Blair, Margaret, «Shareholder Value, Corporate Governance, and Corporate Performance. A Post-Enron Reassessment of the Conventional Wisdom», en *Corporate Governance and Capital Flows in a Global Economy* (Oxford University Press, 2003), pp. 58 y ss.

Los sesgos que son cruciales para explicar lo ocurrido en Enron son el **sobre optimismo** y la **sobre confianza**, por cuanto Enron fue por muchos años el ejemplo del éxito del capitalismo empresarial. Se trataba de una empresa que comenzó enfocándose en la creación de una red natural de gas para Estados Unidos y luego se expandió a otras áreas, creando filiales en todo el mundo. Su historia –hasta el descubrimiento de los ilícitos contables- fue una historia de éxito y crecimiento constante¹⁴⁶.

Los líderes de Enron (que fueron los principales culpables de los ilícitos), Skilling y Fastow, reforzaban la idea, avalada por años de triunfo, de que las finanzas de la compañía estaban bajo control y de que Enron era una empresa superior a sus competidores. En este sentido, se ha escrito:

Throughout Enron, employees believed they were the best and brightest and the hubris of officers such as Skilling and Fastow clearly played a role in the company's downfall. At RAC, for example, Cruver reports, "people had built up a tough outer shell -and it was a shell that would be tough to crack. It was like [RAC] believed they already had everything *under control*".¹⁴⁷

Asimismo, se ha señalado que el optimismo era una marcada tendencia en Enron porque existía una política de bonos ilimitados y se promovía que los trabajadores siempre ofreciesen noticias positivas a fin de ascender en la empresa, como se explica en el siguiente pasaje:

This systematic tendency toward over optimism was especially strong at Enron due to the fact that (a) potential bonuses were literally "unlimited," and (b) Enron adopted an aggressive employee review system -a semiannual weeding out known as the "rank and yank." In this unique employee evaluation system, every six months 15% of employees were to be given unsatisfactory ratings that largely doomed their careers at Enron. These behavioral factors led to a very simple situation where, despite its well-known RICE code of ethics, the real rule was an unwritten one: NO BAD NEWS.¹⁴⁸

Por efecto del sesgo optimista y de la sobre confianza, es probable que los abogados hayan subestimado los riesgos asociados a la SPV y les hayan dado el visto bueno tanto a éstas como a la información que se entregaba al mercado a su respecto. Estas decisiones se veían reforzadas bajo el supuesto de que las SPV tenían la finalidad de resguardar a la empresa de operaciones riesgosas y bajo la creencia de que los Estados Financieros de la empresa eran positivos. Es muy probable que los abogados hayan tenido la convicción de que Enron era comparativamente mejor que sus competidores y estaban seguros de que controlaban todos los

¹⁴⁶ Cfr. Rhode y Paton, «Lawyers, Ethics, and Enron» p. 629.

¹⁴⁷ Prentice, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», p. 429.

¹⁴⁸ Ibid., p. 430.

aspectos relevantes del negocio¹⁴⁹. En suma, no existía razón aparente para que los abogados sospecharan de algo irregular. En este sentido, si bien el optimismo afectaba a todos los abogados, probablemente fue especialmente intenso en el consejero interno que, pese a que debería ser imparcial, al trabajar día a día en la compañía comienza a sentirse parte de ella y pierde dicha imparcialidad.

Adicionalmente, los abogados utilizan maneras simplificadas de pensar. Esto es lo que Langevoort llama *esquemas*, que solo son revisados cuando existe una inconsistencia muy grande en la información. De este modo, una vez que los abogados corporativos habían realizado el análisis de las SPV, seguramente no volvieron a revisar toda la información¹⁵⁰, sino que se fiaron de la revisión realizada la primera vez, por lo que no pudieron percibir que la situación financiera de la empresa empeoraba de manera progresiva.

Otros factores relevantes podrían haber sido el sesgo de confirmación, la disonancia cognitiva y el sesgo de compromiso, que habrían producido que los abogados corporativos, por una parte, incorporen la nueva información de manera tal que ésta confirme las primeras impresiones, consistentes en que el estado de la compañía era bueno y, por otra parte, desechen la información disonante. Lo anterior se demuestra por el poco crédito que los equipos jurídicos entregaron a las advertencias de una funcionaria y dos abogados de rango inferior, respecto de posibles problemas contable¹⁵¹. Respecto de una de aquellas advertencias, se ha ofrecido el siguiente análisis:

¹⁴⁹ En relación con el sobre optimismo, cfr. Cohan, «“I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia», p. 286; Herciu, Mihaela y Ogrea, Claudia, «Corporate Governance and Behavioral Finance: From Managerial Biases to Irrational Investors», *Studies in Business and Economics* 9, n.º 1 (2014), p. 68.

¹⁵⁰ Esta forma *simplificada* de pensar es usualmente utilizada por ejecutivos para poder procesar la gran cantidad de información que manejan, cfr. Cohan, «“I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia», pp. 281 y ss.

¹⁵¹ En efecto, al interior de Enron **existieron advertencias de las irregularidades**. La primera fue de parte de una empleada de la compañía **Sharron Watkins**, que en el año 2001 escribió un memorándum de seis páginas a Kenneth Lay, presidente de la compañía, representando su preocupación por las declaraciones y la contabilidad respecto de las SPV. En el memorándum recomendaba, expresamente, que este asunto sea investigado por una firma de abogados independiente por cuanto los abogados externos de Enron ya habían dado su opinión acerca de dichas transacciones y podían ser poco objetivos. Sin embargo, la investigación fue realizada por Vinson & Elkins, quienes hicieron un escueto examen y no recomendaron ningún análisis mayor (Rhode y Paton, «Lawyers, Ethics, and Enron», pp. 635 y ss). Junto con lo anterior, hubieron **dos advertencias de abogados internos** de Enron, que tenían puestos de menor jerarquía al interior de la empresa. La primera advertencia fue un memo de septiembre de 2000 de un abogado, en el que se señalaba su preocupación acerca de la posibilidad de que los libros de la contabilidad hayan sido adulterados. Sin embargo, los abogados superiores no creyeron las consideraciones acerca de los hechos en que se fundaba el memo y tampoco iniciaron una investigación al

Confirmatory bias helps bolster one's chosen course of action by construing information in such a way as to confirm one's beliefs and impressions, resisting taking in disconfirming information, at least subconsciously. This may help explain why Enron's lawyers failed to ruffle any feathers in their investigation of the claims of accounting abuses voiced by Sharron S. Watkins. People who commit to a company's course of action, such as lawyers, may find it difficult to appreciate evidence of client wrongdoing, making them less than fully competent gatekeepers.¹⁵²

Sumado a lo anterior, el sesgo egocéntrico podría haber dificultado aún más que los abogados descubrieran que algo no marchaba bien. Este sesgo resulta especialmente importante para los abogados externos, pues la empresa representaba un porcentaje importante de sus ganancias mensuales. Por ejemplo, Enron pagó a Vinson & Elkins treinta y seis millones de dólares solo en el año 2001¹⁵³.

Asimismo, a causa del sesgo implícito, los abogados podrían haber confiado en su imparcialidad y encontrarse menos alerta a posibles irregularidades, lo que junto con la lentitud de los cambios que se iban produciendo (síndrome de la rana hirviendo), podrían haber impedido que notaran el deterioro del estado financiero de la empresa. Por último, en virtud del falso consenso, los abogados corporativos suponen que, en la compañía, sus pares y sus superiores son gente honrada e inteligente que comparte sus creencias y actitudes¹⁵⁴.

Lo dicho nos permite entonces constatar que los abogados involucrados en las operaciones cuestionadas pueden fácilmente haber sido objeto de importantes sesgos cognitivos.

B. Explicación desde la perspectiva del derecho penal

El rol principal de los abogados en el caso Enron fue la aquiescencia que concedieron respecto de las transacciones vinculadas a las SPV, así como del contenido y forma en que se entregó la información referida a ellas al mercado. Se parte del supuesto de que los abogados tenían una norma amplia (normas FASB) que les permitía optar entre incluir o no las SPV en los Estados Financieros de la empresa, decidiendo finalmente que no era necesario incluirlas.

respecto. La segunda advertencia fue planteada por un abogado que -tras consultar a la firma de abogados Fried Frank Harris Shriver & Jacobsen acerca de la legalidad las SPV y que estos le recomendaran que Enron debía detener el uso de estas herramientas- envió un memorándum interno advirtiendo acerca de la situación, pero los abogados superiores tampoco iniciaron investigación alguna, ni hicieron caso a la advertencia (Rhode y Paton, «Lawyers, Ethics, and Enron», pp.633-634).

¹⁵² Cohan, «“I Didn't Know” and “I Was Only Doing My Job”»: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron's Information Myopia», p. 283.

¹⁵³ Prentice, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», p. 433.

¹⁵⁴ Relacionado con el falso consenso y lo que pudo haber ocurrido en Enron, Prentice señala: “A related problem is a behavioral phenomenon known as the *false consensus effect* that causes honest people to impute their honest motives to others. Those Enron employees who were honest would not tend to believe that some of their colleagues and bosses could be dishonest” (Prentice, «Enron: Brief Behavioral Autopsy», p. 432).

Es probable que los abogados, si bien entendían que las SPV eran instrumentos financieramente riesgosos, no hayan tenido consciencia de que mediante ellos se pretendía defraudar al mercado o que dichos instrumentos podían ser utilizados para esos efectos. Este desconocimiento podría haber provocado que los abogados colaboraran con un hipotético delito de fraude a los restantes actores del mercado (asumiendo para estos efectos que así se encuentra establecido en un tipo penal) al aprobar que las SPV no sean incorporadas en los Estados Financieros. En este caso, estimo prudente sostener que, según la previa descripción de los hechos, los abogados podrían haber actuado **sin dolo de defraudar**, pues **su comportamiento puede describirse como motivado por un error de tipo** (sin perjuicio de lo que se diga, posteriormente, sobre si existe un deber de evitar dichos errores, cuestión a la que volveré luego), respecto de las circunstancias fácticas consistentes precisamente en el carácter defraudatorio de los actos que se realizaban.

Sostengo lo anterior debido a que, conforme a los hechos indicados, los abogados habrían incurrido en aquel error en razón, precisamente, de adolecer de los señalados sesgos cognitivos, idea que adquiere mayor fuerza si consideramos que no se trató de un solo abogado sino de al menos tres equipos jurídicos distintos que sucumbieron al mismo fenómeno. Al respecto, parecen ser relevantes los sesgos mencionados en el apartado anterior y que explican el comportamiento de los abogados, en especial el sesgo optimista y de sobre confianza. En efecto, ello explica que los abogados no considerasen la opción de que Enron estuviera presentando (o que fuera susceptible de presentar) algún problema económico. En palabras simples, la empresa marchaba tan bien, y era tan superior al resto de las empresas del mercado, que si bien *ex post* puede parecer evidente el riesgo de las SPV, en esas concretas circunstancias los abogados simplemente no veían razón alguna para pensar que no incorporar dichas SPV podría generar algún inconveniente.

Ahora bien, una segunda cuestión es la participación que pudiesen haber tenido los abogados en relación a la entrega de información poco clara al mercado. La conducta consistente en entregar información no fidedigna al mercado suele ser considerada delito en diversas jurisdicciones, de modo que ofrezco también aquí un análisis bajo dicho supuesto que denominaré, a estos efectos, “delito de entrega de información falsa al mercado”. En este caso, la información que se estaba entregando no reflejaba la existencia de las SPV y las inversiones vinculadas a ellas, lo que impidió que el público en general supiera que Enron estaba

realizando operaciones financieramente riesgosas y facilitó que el público siguiera invirtiendo en la compañía. Esto, por cierto, podría comprometer la participación de los abogados en un delito de entrega de información falsa al mercado, que podría condicionar el valor de las acciones de la compañía y en consecuencia, las inversiones de terceros en Enron.

Al respecto, también se podría plantear la **posibilidad de que concurra un error de tipo en relación a los elementos descriptivos**. Esto ocurriría si los abogados no hubieran considerado que la información relativa a las SPV era relevante y, por lo mismo, que no era necesario informarla al público. En dicho caso, ellos creían que su omisión no significaba estar entregando información incompleta o falsa al mercado (en el sentido de que no reflejaba la realidad de la empresa). Esta idea se ve reforzada porque los abogados no analizaban los datos contables sino que tan solo los informes finales que eran entregados por parte de los profesionales de contabilidad, por lo que es probable que tampoco hubieran tenido conocimiento del real estado de financiero de la empresa.

Este error, al igual que el anterior, estaría amparado por los sesgos cognitivos de falso consenso, egoísta, compromiso, conformación, optimista y sobre confianza, que podrían haber provocado que los abogados no advirtieran las señales de que algo marchaba mal en la empresa y confiaran en que Enron económicamente era infalible.

Ahora bien, en cuanto a la **vencibilidad del error**, desde un punto de vista psicológico, se podría señalar que los sesgos cognitivos impidieron a los abogados percibir las alarmas de peligro o *red flags* al interior de la empresa. La posibilidad –por cierto, discutida- de vencer el sesgo cognitivo se remontará al momento en que el sistema dos revise el juicio propuesto por el sistema uno, lo que sabemos, no siempre ocurre y parece ser menos probable cuando operan varios sesgos al mismo tiempo.

Al respecto, merece ser considerado que a la fecha que acaecieron los hechos, en Enron no existía una real preocupación (al menos como cultura corporativa) por los fraudes que podían producirse al interior de las empresas y mucho menos por la influencia de los sesgos cognitivos. Es más, el caso Enron motivó a que se decretará en Estados Unidos la ley Sarbanes Oxley o “Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista” con el objetivo de supervisar a las empresas que cotizan en la bolsa de valores para evitar fraudes financieros al mercado. Lo anterior podría ser un factor relevante al momento de evaluar la capacidad de los abogados de Enron de superar los sesgos cognitivos.

Esto puesto que, si bien no existe certeza acerca de la posibilidad de eliminar los sesgos cognitivos, sí hay consenso en que la consciencia de su existencia puede ayudar a atenuar su influencia. Sin embargo, como se señaló, en el caso Enron a la época de los hechos no existía consciencia sobre los riesgos propios de las operaciones en cuestión, o al menos no existía un desarrollo de la temática, el que sólo apareció como algo “obvio” precisamente a raíz de este caso. Por eso es que aquí podemos hablar del sesgo retrospectivo: después de ocurridos los hechos, a todos les parece que era obvio que existían irregularidades, pero al momento de ocurrir los hechos esto está fuera del campo visual de los partícipes en razón de los sesgos. En definitiva, al no existir conocimiento acerca de los sesgos cognitivos o las heurísticas a la época, en el ámbito corporativo, era más difícil exigirles a los abogados un comportamiento más diligente o menos comprometido con Enron.

Los sesgos cognitivos, tal como ya fue explicado previamente, se manifiestan en el sistema uno de modo que generan un error que, en rigor, es preconsciente. Estos errores podrían ser corregidos, pero las posibilidades disminuyen en el caso de que el agente no tenga ningún indicador de que debe hacerlo, entonces aquel sesgo probablemente no será superado por la generalidad de las personas. En consecuencia, será probable que el error motivado por los sesgos cognitivos resulte invencible desde el punto de vista de la psicología. Es más, el caso Enron es ilustrativo en este sentido porque no solo se trata de un abogado, sino de varios grupos de abogados que incurrieron en los mismos errores (en otras palabras, si los abogados de Enron fuesen parte de un experimento, probablemente se podría establecer la presencia de los mismos errores de percepción en gran parte de la muestra y no de manera aleatoria en algunos). Dicho de otro modo: ¿Cómo podría éste considerarse un error vencible si todos los abogados afectados al sesgo incurrieron en el mismo fallo?

Sin embargo, para el derecho penal, la cuestión es algo más compleja. La vencibilidad del error pasaría en este caso por la capacidad o deber de los abogados corporativos -en consideración a un hombre medio y según sus capacidades intelectuales, sociales y culturales- de guiar su comportamiento de acuerdo a las normas de cuidado que se deriven del ordenamiento jurídico específico. Por ello, a los abogados con mayor razón se les debería exigir una atención adicional, que en el caso Enron podría haber consistido, por ejemplo, en cuestionarse acerca de la razón de no incluir las SPV en los estados financieros, el riesgo de

las operaciones realizadas mediante ellas, etc. Para el derecho penal, en consecuencia, no es tan evidente que exista un error ni menos que éste sea invencible.

En este sentido, Jesús Silva Sánchez y Lorena Varela, en relación a los sesgos cognitivos que provocan comportamientos automatizados¹⁵⁵ y que ellos denominan “errores irreflexiva pero inevitablemente sistematizados”, han señalado que cabría remontarse al momento en que el sujeto inició la automatización del error, por cuanto en ese momento recaería sobre él la obligación de evitarla, y en consecuencia podría realizarse un juicio de atribución de responsabilidad fundado en dicho momento. En palabras de los autores:

Cabe la posibilidad de que en tal “momento inicial” el sujeto procesara la información de modo irreflexivo y erróneo, pero que, como se ha indicado, sobre él pesara un *deber de evitar la automatización de la información* (máxime si ésta era erróneamente automatizada); o un *deber de actualización y revisión periódica de la información que se automatiza*. Seguramente en ambos casos podría fundarse un juicio de atribución referido al momento en que se inició el proceso de automatización del error.¹⁵⁶

Al respecto, concuerdo con que en los casos en que el error haya sido evitable *ex ante*, es decir, cuando el agente tuvo la posibilidad de superar sus sesgos cognitivos, éste debe responder por su falta de diligencia, caso en el que dicha asignación de responsabilidad puede ser atribuida bajo la estructura de la imputación extraordinaria. Esta posibilidad resguarda el principio de culpabilidad y se ampara bajo el paradigma del hombre racional o baremo medio que utiliza tradicionalmente el derecho penal.

Sin embargo, la psicología ha acreditado que los sesgos surgen de manera preconsciente y no existe acuerdo en la doctrina especializada respecto de la eventualidad de que sean corregidos o minimizados. Por lo mismo, no hay claridad tampoco acerca de la posibilidad de evitar la generación de comportamientos automatizados, aun cuando se ha señalado que bajo ciertos supuestos existirían mayores posibilidades de éxito en la corrección de los sesgos.

Así, es más plausible que bajo situaciones ya conocidas en el ámbito empresarial -en las cuales existan mayores probabilidades de que surjan sesgos cognitivos en los involucrados- sea

¹⁵⁵ En relación con los sesgos cognitivos, los autores señalan: “bajo su influencia el sujeto obra, si bien de forma voluntaria, de un modo automatizado sobre la base de una serie de errores sistematizados por la habituación (...) el circuito opera según el siguiente orden: (1) el sujeto tiene una experiencia vital; (2) esta experiencia vital es aprehendida intuitivamente; (3) es en el sistema intuitivo donde el sujeto produce de forma irreflexiva (rápida, mecánica) un juicio sesgado, parcial de la realidad (error); (4) el sujeto se acostumbra a obrar según este patrón erróneo de pensar y de comportarse (habituación); (5) esta repetición conduce al individuo a sistematizar el error; (6) el error se repite una y otra vez dando lugar a un comportamiento automatizado. (Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», pp. 218-19.)

¹⁵⁶ Ibid., p. 221.

posible tomar medidas de resguardo por parte de las compañías o por la autoridad que impone deberes preventivos a fin de evitar los efectos perjudiciales de las heurísticas y los sesgos cognitivos. Pero el problema ocurre cuando hay situaciones que no fueron previstas ni por las compañías, ni por los expertos, ni por el Estado. ¿Cuál es el estándar aplicable al sujeto en estos casos? La pregunta, a mi juicio, sigue abierta.

A continuación pasaré a analizar un segundo caso, de similares características, que plantea igualmente un buen escenario de análisis.

CASO 2. OPM LEASING SERVICES INC.

OPM Leasing Services Inc.¹⁵⁷ (en adelante “OPM”) era una empresa que llegó a ser una de las grandes compañías que se dedicaban al arrendamiento de equipos computacionales en Estados Unidos, durante las décadas del setenta y ochenta. Su negocio consistía en adquirir computadores (en los años en que estos artefactos eran una auténtica novedad tecnológica que recién comenzaba a abrirse paso en el mercado) y a arrendarlos a otras empresas para que éstas los utilizaran en el marco de sus respectivos giros. Sin embargo, pasado un tiempo se descubrió que el crecimiento y éxito del negocio de OPM estaba fundado en la obtención de financiación fraudulenta.

OPM pedía préstamos a los actores financieros del mercado para comprar sus computadores y arrendarlos posteriormente ofreciendo los propios computadores en garantía. Sin embargo, para lograr dichos préstamos, OPM realizaba varios fraudes, tales como: (i) comprometer la misma garantía (computador) para obtener dos o más préstamos en distintos bancos; (ii) aumentar artificialmente el valor nominal de los objetos que servían de garantía para obtener un préstamo mayor; (iii) falsificación de firmas y documentos para exagerar el valor de los arrendamientos de computadores inexistentes. Asimismo, sobornaba a los empleados de potenciales clientes y les ofrecía tasas de arrendamiento inferiores a las de sus competidores para asegurarse un buen lugar en el mercado.

¹⁵⁷ Caso descrito por Langevoort en «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers’ Responsibility for Clients’ Fraud», pp. 106 y ss. Para una descripción detallada de los hechos y de la participación de los abogados en el caso OPM, cfr. Taylor, Stuart, «Ethics and the Law: A Case History» en N.Y. Times Mag., 9 de enero de 1983, www.nytimes.com (consultado: 12 de mayo de 2015)

La firma de abogados Singer Hutner Levine & Seeman (en adelante “Singer Hutner”) era la firma que asesoraba a OPM, y fueron ellos quienes cerraron gran parte de los préstamos y entregaron opiniones legales a los prestamistas acerca de la legalidad de los arrendamientos.

Después de muchos años durante los cuales Singer Hutner asesoró a OPM, los abogados advirtieron que existía la posibilidad de que el cliente estuviera involucrado en hechos ilícitos. Sin embargo, no lograron tener certeza de aquello, ni mucho menos claridad respecto de cuáles serían las irregularidades. Pese a ello, preocupados por dicha posibilidad y ante la eventualidad de estar involucrados en algún delito, contrataron a dos expertos jurídicos para que analizaran la situación de la compañía. Los expertos le indicaron a Singer Hutner que podían seguir asesorando a OPM sin correr el riesgo de ser considerados parte de un hecho ilícito, cuestión que la firma de abogados hizo. Meses después el cliente le confesó que existían hechos ilícitos aún en curso, frente a lo que la firma de abogados renunció a la asesoría.

A. Explicación desde la perspectiva de los sesgos cognitivos

En el caso OPM se hace exclusiva referencia a abogados corporativos externos. A su respecto, se ha señalado que, en general, los abogados externos también son vulnerables a la influencia de los sesgos cognitivos que afectan a los abogados internos, aun cuando pudiera pensarse que, dado que presentan mayor distancia respecto del cliente, deberían ser más imparciales.

De acuerdo a lo señalado por Langevoort, el mercado se ha vuelto tan competitivo que los abogados externos han dejado de ser una garantía de imparcialidad y se han vuelto mucho más susceptibles a los requerimientos del cliente. Así, sostiene el autor que hoy en día el mundo de los abogados internos parece ser mucho más atractivo de lo que era antes y por lo mismo, los abogados externos tienden a adoptar las costumbres de los abogados internos de las empresas¹⁵⁸.

En este sentido se puede señalar que gran parte de los sesgos cognitivos que acabamos de mencionar para el caso Enron son aplicables al supuesto de OPM, por lo que haré un breve

¹⁵⁸ En este sentido Langevoort ha señalado: “Competitive shifts in the marketplace for legal services have made outside counsel acutely sensitive to client preferences, so that threats to cognitive independence readily cross the inside-outside divide. Indeed, within the hypercompetitive world of high-end business work done by outside lawyers, I sense that many outside lawyers are seeking to channel the values, language, habits and mindset of in-house counsel elites in order to become synchronous with their preferences” (Langevoort, «Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis», pp. 2-3)

análisis respecto de este último, refiriéndome a aquellos que parecen ser de mayor importancia.

Así pues, cabe señalar que la firma Singer Hutner era excesivamente dependiente de OPM en relación a sus ingresos, tal como ocurría en Vinson & Elkins con Enron. Además, el espíritu de optimismo en el crecimiento de la empresa también es una característica a considerar acá. De este modo se puede sostener que, si bien al interior de OPM existían situaciones irregulares, los abogados tardaron en darse cuenta en virtud de los sesgos confirmatorio, egoísta, implícito y falso consenso.

De los sesgos antes mencionados, por su relevancia me referiré solo a los sesgos **confirmatorio** y de **compromiso**, que, a mi parecer, juegan aquí un papel fundamental, lo que queda en evidencia con la ceguera que presentaban los abogados respecto de los hechos. Un ejemplo de lo anterior es que pese a la confesión de uno de los dueños de la compañía, Sr. Goodman, en orden a que ésta presentaba graves problemas en relación con su administración, y pese a la advertencia del abogado de uno de los ejecutivos de contabilidad de OPM (que posteriormente renunció a la empresa) sobre la existencia de un fraude en curso¹⁵⁹, la firma de abogados se negaba a dejar de asesorar a OPM.

Ante las dudas que existían por parte de la firma de abogados respecto de los hechos que podían estar ocurriendo al interior de OPM, estos decidieron contratar a dos expertos jurídicos en ética (McLaughlin y Putzel) para que evaluaran el estado de la empresa y determinaran si existió algún fraude y -lo más importante- si estos hechos seguían acaeciendo. Según Langevoort, la contratación de estos dos consultores para que se quedaran en la empresa, es una prueba de que los abogados no tenían antecedentes de los ilícitos, puesto que no los hubiesen contratado si efectivamente hubiesen estado involucrados¹⁶⁰.

¹⁵⁹ La firma de abogados Singer Hutner recibió indicaciones de que algo andaba mal al interior de la empresa OPM. Una de esas advertencias ocurrió en junio de 1980, cuando Hutner, socio de la firma, recibió en su oficina a uno de los dueños de OPM, el Sr. Goodman. En esa oportunidad, éste le señaló que estaba en graves problemas porque al parecer había hecho algo mal en relación con la administración de la compañía, algo que involucraba bastante dinero y respecto de lo que no podía entregar detalles si es que no se le aseguraba estricta confidencialidad, cuestión que la firma de abogados se negó a realizar por no contar con los detalles de los hechos en cuestión. Otra alerta de lo que estaba ocurriendo consistió en el aviso de John Clifton (auditor que trabajaba en OPM y quien posteriormente renunció a la compañía) que, por medio de su abogado, habría revelado que al interior de la compañía estaba acaeciendo un fraude (Taylor, «Ethics and the Law: A Case History»)

¹⁶⁰ Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», pp. 106-8.

Los asesores, analizaron el caso y le recomendaron a Singer Hutner que siguieran asesorando a OPM, puesto que la firma de abogados no tenía antecedentes de que, al tiempo de la asesoría, hubiera ilícitos en curso. El hecho de presuntos fraudes cometidos en el pasado por parte de su cliente no era motivo para dejar de asesorarlos ahora¹⁶¹, agregaron los consultores. En consideración a las recomendación entregadas por los expertos, la firma disipó las dudas que tenía acerca de la legalidad “actual” de los negocios de OPM y siguió asesorando a la empresa durante los meses siguientes. Sin embargo, continuó presionando a sus dueños para que revelaran si es que había existido algún hecho ilícito en el pasado. Una vez que Goodman confesó y los abogados notaron que el fraude continuaba, renunciaron inmediatamente a la representación de OPM.

A la luz de los sesgos cognitivos, la única razón por la que los abogados se negaban a creer que habían hechos ilícitos que podían involucrarlos podrían ser los sesgos de compromiso y confirmatorio. Sin embargo, una vez que su cliente confesó los ilícitos, la firma renunció a su representación para no ser parte del fraude.

En esta misma línea, Langevoort también ha señalado que, pese a que ésta resulta una historia muy difícil de explicar –incluso- para la psicología, existen algunos hechos que podrían indicar que los abogados de OPM actuaban bajo la influencia de fenómenos cognitivos, tal como he venido señalando. Para Langevoort, una primera consideración es que gracias a OPM los abogados estaban aumentando su prestigio en la comunidad legal, lo que mejoraba su autoestima. Además, las señales negativas que podían aparecer se veían contrarrestadas por las señales positivas, que eran constantes, como premios públicos a los directores de OPM. Por último, los abogados observaban que el mercado en general, los bancos, los contadores, etc., estaban interesados en entregar préstamos a OPM. Es decir, habían motivos suficientes para mantener el esquema mental positivo. En palabras del autor:

The lawyers' commitment to OPM, well before any danger signals emerged, was plain. They were rapidly increasing their income and stature in the legal community, something that no doubt contributed

¹⁶¹ En este sentido, Taylor describe el consejo entregado por los especialistas a la firma de abogados en estas palabras: “(...) Putzel gave Hutner and other members of the law firm the advice they wanted to hear (...) Singer Hutner could ethically continue to represent O.P.M., giving the benefit of the doubt to Goodman's assurances that there was no ongoing fraud. The firm could continue to close new loans for O.P.M. pending efforts to find out the details of Goodman's past wrongdoing; such information would help them guard against any continuing fraud (...) It was not necessary, Putzel advised, for Singer Hutner to check the authenticity of the computer-lease documents with third parties such as Rockwell before closing the new loans. (Al respecto Taylor, «Ethics and the Law: A Case History»)

to high reserves of self-esteem. Each of the negative, disconfirming bits of evidence was diluted by a constant display of positive signals-increasing business (...) Perhaps most important, the lawyers saw many others with direct interests at stake -OPM's lenders (including many major banks), its accountants and its investment bankers (Goldman Sachs)- acting without undue concern (...) There were, in other words, plenty of cues to support a strong preconscious bias toward preservation of a positive scheme, which would block any cognitive shift to greater vigilance.¹⁶²

En definitiva, los antecedentes del caso que se expone dan cuenta de que existen varios sesgos que pueden haber afectado el comportamiento de los abogados asesores, de modo tal que éstos pueden haber incurrido en errores cuya causación no les es atribuible desde una perspectiva psicológica, sin perjuicio de lo que a continuación indicaré.

B. Explicación desde la perspectiva del Derecho Penal

En un caso como éste son muchas las figuras típicas que pudieran ser aplicables dependiendo de la jurisdicción de la que se trate, pero para estos efectos simplemente asumiremos que es un delito del tipo de fraude el hecho de solicitar créditos a los actores financieros utilizando para ello antecedentes falsos. En este sentido, lo que cabría cuestionar en relación con los abogados corporativos es su eventual participación o incluso autoría en la comisión de tales delitos.

Tal como señalé anteriormente, en el marco de la labor que realizaban los abogados de OPM, se pueden distinguir dos etapas. Una en la que los abogados no tenían indicios de las irregularidades por haber estado engañados por los dueños de OPM, y una segunda etapa en la que los abogados recibieron advertencias sobre el hecho de que –al menos, en el pasado- se habían cometido irregularidades al interior de la compañía. En cuanto a esta segunda etapa podría alegarse que los abogados obraron en **error de tipo**, porque habrían actuado en la creencia de que sus acciones no estaban cooperando en una defraudación, lo que excluiría el dolo.

En efecto, cuando se presentaron dudas acerca de la legalidad de las garantías que OPM había entregado así como sobre la licitud de los contratos de arrendamientos, Singer Hutner contrató a dos expertos jurídicos, quienes les indicaron que podían seguir asesorando a OPM sin incurrir en ningún ilícito. Además, por recomendación de dichos asesores, la firma de abogados comenzó a exigir a OPM un certificado acerca de la legalidad de cada nueva transacción. Esos certificados fueron entregados por OPM (aun cuando las transacciones no eran legales), de modo que los abogados continuaron en su falsa creencia de estar asesorando

¹⁶² Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», pp. 107.

un negocio lícito. De este modo, los sesgos cognitivos habrían ayudado a que los abogados se conformen con los resguardos entregados y a que no les surgieran dudas respecto de la legalidad de su participación en las transacciones de OPM.

En virtud de estos antecedentes, se podría decir que la firma de abogados participó de las nuevas operaciones de OPM pensando que no estaba cooperando con ninguna defraudación. Es más, cuando Singer Hutner tuvo claridad de que los fraudes seguían acaeciendo y de que ellos mismos estaban involucrados, renunció a seguir asesorando a OPM.

Ahora bien, queda por determinar si el error en el que se encontraban los abogados era vencible o no. Para sostener la **invencibilidad del error**, podría decirse que los abogados actuaron con la convicción de no estar realizando -ni cooperando con la realización de- ningún fraude. Su comportamiento estaba afectado por sesgos cognitivos, especialmente el sesgo del compromiso y el de confirmación, como ya se ha explicado antes. A ello se puede sumar el hecho de que se tomaron resguardos –tales como la contratación de expertos en ética y certificaciones de la empresa acerca de la legalidad de cada transacción- que habrían despejado cualquier indicio de ilegalidad de sus actos.

Sin embargo, es necesario preguntarse si los abogados, pese a las garantías que recibieron de que no existían delitos en curso al interior de OPM, y aun cuando hayan actuado bajo la influencia de sesgos cognitivos, tenían algún deber de neutralizar los efectos que los sesgos pudieran crear en su comportamiento. En este sentido, los autores Jesús Silva Sánchez y Lorena Varela plantean lo siguiente: “El deber de neutralización de los sesgos cognitivos parece integrar la posición organizativa originaria de cualquier agente (en otras palabras, la posición de garante por uno mismo)”¹⁶³.

El problema, nuevamente, pasa por determinar si los abogados habrían tenido la posibilidad de ser conscientes de sus sesgos y modificarlos. Es decir, aun cuando pueda construirse un deber de superar los efectos de los sesgos, ¿existe la posibilidad real de hacerlo en todos los casos? En el caso de OPM, parecen no darse las condiciones siquiera para que los abogados pudieran estar alerta de la influencia de los sesgos cognitivos. Debe considerarse que a la época en que acaecieron estos hechos no se entendía a la empresa como un organismo asociado a grandes riesgos de criminalidad (al menos no del modo en que se hace hoy en día), ni eran habituales

¹⁶³ Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», p. 217.

los fraudes financieros a gran escala. Es más, el caso OPM fue pionero en los escándalos asociados a defraudaciones financieras en Estados Unidos. Por tanto, me parece que en este supuesto sería posible sostener que los abogados incurrieron en un error de tipo invencible.

Sin embargo, si pese a las dudas que puedan plantearse, se considera que Singer Hutner debiese haber esbozado al menos la posibilidad de que con su asesoría se podía estar colaborando con un crimen, no solo se excluiría el error, sino que es posible incluso sostener que los abogados actuaron bajo la figura de la ignorancia deliberada (*willful blindness*), lo que nos puede poner, según cuál sea la posición doctrinaria a la que se adhiera, en un escenario de culpa o hasta de dolo¹⁶⁴.

Para argumentar una culpa (consciente), puede enfatizarse en que los abogados asesoraron a OPM aun habiendo advertido la posibilidad de participar en un hecho ilícito, pese a que no lo querían y que confiaban en que no se estaba cometiendo un delito¹⁶⁵. Es decir, habría que sostener que descansaban en el supuesto de que los resguardos que habían tomado resultarían ser suficientes, pero no con la seguridad o la convicción de que realmente lo sean.

Para decir que este supuesto constituye un dolo eventual, habría que dar por acreditado que los abogados se pusieron voluntariamente en una posición de desconocimiento de los hechos a efectos de evitar ser sancionados por su participación en las actividades de OPM. De este modo, a los abogados les habría bastado con la falta de pruebas respecto de que en OPM existía un fraude para continuar asesorándolos en sus transacciones.

En definitiva, si bien es argumentable que en este caso también existen sesgos cognitivos, y aun cuando la psicología entrega buenas razones para estimar que aquellos sesgos son insuperables para la generalidad de los sujetos, desde una perspectiva jurídica podemos encontrar buenas razones también para, así y todo, atribuir responsabilidad a los abogados involucrados.

¹⁶⁴ En relación con la doctrina de *willful blindness* se ha señalado: “The proper formulation of the willful doctrine is controversial, but having said that, I believe it is best understood as follows: An actor will be treated as if he believed (or knew) that *p* if he suspected that *p*, could easily have gathered additional information or evidence to confirm his suspicion (i.e., he could easily have done something to confirm his suspicion), and had no reason sufficient to justify not having done so. In other words, the willful blindness doctrine is a forfeiture rule based upon an actor's omission: an actor who would otherwise have a failure-of-proof defense based on the fact that he did not know of a particular fact's existence will forfeit that defense if he fails to act under the circumstances the willful blindness doctrine specifies” (Garvey, Stephen, «When Should a Mistake of Fact Excuse?», *Texas Tech, Law Review* 42 (2010), p. 365, nota al pie.)

¹⁶⁵ Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 287 .

CASO 3. COBROS INDEBIDOS DE HORAS AL CLIENTE

En este caso ficticio, supongamos que un abogado ingresa a una firma que asesora a varias empresas. Tengamos presente, eso sí, que nos interesa la labor de este abogado no como asesor de los clientes de la firma propiamente tal, sino como funcionario interno de ésta. Este abogado es remunerado con un sueldo fijo, pero debe registrar las horas que trabaja para cada cliente de la firma a efectos de que éstas le sean facturadas. Al abogado se le exige internamente que cumpla con un número mínimo de horas diarias que coincide, relativamente, con una jornada laboral regular. Pues bien, al ingresar sus horas de trabajo (que luego serán cobradas al cliente) el abogado adopta la costumbre de ingresar tiempos superiores a los que realmente invirtió en cada tarea. Así, por ejemplo, puede agregar pequeñas fracciones de tiempo al real, o bien puede ingresar el tiempo que normalmente tomaría un trabajo, aunque a él le tome menos. Esto redundaría en que se le cobre al cliente un precio correspondiente a más horas de las que las realmente fueron empleadas en su asesoría.

A. Explicación desde la perspectiva de los sesgos cognitivos

En este caso, nos encontramos en el supuesto de un abogado que efectivamente ha realizado los trabajos respecto de los cuales ingresa horas, pero que adiciona tiempo a dichas tareas por consideraciones que él mismo justifica y que son comunes en la firma en donde se desempeña. No se trata del caso de un abogado que agrega horas falsas en forma abiertamente deliberada y consciente (por ejemplo, inventando gestiones que no fueron realizadas).

De tal forma, aquí se evidencian, entre otros, la presencia de los sesgos de **falso consenso** y de **sobre confianza** en el líder del grupo. El abogado puede sostener que aprendió a ingresar horas de su jefe, quien es una persona que él considera muy honrada –es más, es parte del colegio de abogados de la ciudad- y un abogado muy capacitado y destacado entre sus pares, por lo que no hay razón para dudar de la licitud de la conducta. Además, entre sus compañeros (todos abogados, por lo demás) la adición de tiempo al cobro era una práctica

habitual. En este sentido, el **sesgo estructural** habría ayudado a que el agente no sea capaz de juzgar la conducta de sus pares como inadecuada, arguyendo que son un grupo muy destacado de profesionales, a muchos de los cuales conoce incluso desde hace muchos años.

Asimismo, el **sesgo implícito** podría haber contribuido a que no se diera cuenta de lo ilícito de su proceder, por cuanto se considera a sí mismo como una persona muy honrada que no se involucra en conductas ilegales. A este respecto podría alegar, por ejemplo, que si bien en ciertas ocasiones debía aumentar las horas cobradas a cada cliente, también había oportunidades en que debía registrar menos horas de las realmente invertidas. En virtud del sesgo implícito, el abogado buscará además otras justificaciones, como que esta práctica tenía por objeto cobrar al cliente lo que habitualmente -o en abstracto- se habría demorado un abogado promedio en realizar determinada tarea, aun cuando él, por sus capacidades, tardase menos tiempo en realizar la misma tarea. De modo tal que, si el abogado realizaba una tarea en un tiempo menor, ingresaba horas correspondientes a lo que un abogado promedio se hubiera demorado. Esta conducta, además, se torna cada vez más frecuente, pues gran parte de las tareas que realiza el abogado corporativo son repetitivas y cada vez tarda menos tiempo en realizarlas.

B. Explicación desde la perspectiva del derecho penal

En el supuesto planteado, el abogado tiene total consciencia de cada uno de los hechos que realiza. Sabe que está ingresando en los registros horas que no se condicen exactamente con la realidad y sabe que esas horas posteriormente serán cobradas al cliente. También sabe que el cobro de servicios no prestados bajo el engaño o suposición de que sí se prestaron es constitutivo de un delito de fraude o estafa (al menos en las jurisdicciones continentales).

Sin embargo, el abogado involucrado cree que su conducta no se enmarca o subsume dentro de la conducta prohibida o, más precisamente, no ha tomado consciencia de que así ocurre. Es decir, no piensa que su conducta pudiese tener cabida en el tipo legal.

Si lo anterior es así, **sería posible sostener que concurre un error de subsunción o un error acerca de los alcances de la prohibición**: el abogado no alcanza a ver que su conducta es fraudulenta porque estaría afecto a sesgos cognitivos que le impedirían dimensionar el alcance de la norma para su caso. En los casos planteados se trataría de una situación en la

que el agente no se representó dicha posibilidad a causa del sesgo implícito, el de sobre confianza, el falso consenso y el sesgo estructural.

Sin embargo, ya hemos mencionado lo difícil que es, desde la perspectiva del derecho penal, sostener que un abogado pueda alegar un error referido a consideraciones normativas, por cuanto él es, o debería ser, un experto en derecho y, por tanto, no debería ser admisible su desconocimiento o su errónea interpretación.

Además, y como ya se ha defendido a lo largo de este trabajo, sobre el abogado pesa un deber de cuidado en relación con el cumplimiento de la ley que es, de algún modo, mayor o más exigente que para el resto de los ciudadanos en atención a los conocimientos que posee. Por tanto, la posibilidad de aceptar que el abogado pueda alegar un error en un supuesto como el planteado, exigiría que se acredite la imposibilidad absoluta que le provocaron los sesgos cognitivos para tomar conciencia de que sus actos podían subsumirse en un tipo penal, de manera tal que sea posible ceder ante sus deberes legales e incluso profesionales.

Así y todo, el abogado, como cualquier otra persona, sigue siendo vulnerable a los sesgos, puesto que en algún punto su comportamiento responde a una intuición inicial que excede de la racionalidad. Esto parece aún más probable o posible en casos en que el abogado ejerce una acción que no tiene por objeto propiamente la asesoría de un tercero, sino que se vincula con el despliegue de sus propios intereses, como sucede cuando ingresa las horas que trabajó para la firma de abogados.

Así, tal como ocurre con los casos anteriores, la posibilidad de armonizar la respuesta que entrega a estos problemas la psicología con aquella que entrega el derecho penal, pasa por determinar si era posible que los abogados cumplieran con el deber de corregir los sesgos cognitivos que los afectaban, problema que es equivalente al descrito en los dos casos anteriores.

Excurso: La dificultad de evaluar en forma retrospectiva

Un sesgo común a todos los supuestos planteados es el sesgo retrospectivo, por el cual el agente evalúa un acontecimiento como evidente, probable u obvio después de que ha ocurrido, pero al momento de acaecer los hechos esta evaluación no era así de evidente. Este sesgo permitiría que posteriormente las situaciones sean vistas como obvias (y por lo mismo, se

juzgue al agente como responsable), cuando es probable que los hechos fueran más difíciles de percibir de lo que se cree retrospectivamente¹⁶⁶.

En virtud de este sesgo es muy probable que las excusas que puedan plantearse para entender el comportamiento de los abogados corporativos parezcan insuficientes y probablemente los sesgos cognitivos no parezcan los suficientemente relevantes. Sin embargo, como se ha descrito en extenso, existe abundante documentación empírica que demuestra que los sesgos cognitivos afectan nuestra manera de razonar incluso cuando aquello que no fue visto en el pasado se perciba como evidente en el presente. En otras palabras, éste es un sesgo que afecta al observador que evalúa de manera posterior los hechos que juzga, como hacemos nosotros con los casos que hemos analizado.

Conclusión

De lo antes expuesto se puede sostener que, desde la perspectiva de la psicología, es posible entregar una explicación para el comportamiento de los abogados corporativos que se encuentra vinculado a fraudes económicos o ilícitos, que supone que éste puede haber actuado bajo la influencia de heurísticas y sesgos cognitivos que le provocaron un déficit de conocimiento o error. Sin embargo, aun cuando dicho error sea, conforme a una explicación psicológica, invencible o insuperable (o al menos lo sea para la gran mayoría de las personas), podría argumentarse, como ya se ha explicado, que sobre el abogado pesa un deber de corrección *previo* de aquellos sesgos cognitivos.

En todo caso, cabe destacar que, aun en el supuesto de ser posible corregir los sesgos cognitivos, en muchos de los casos propuestos, para el abogado (como para cualquier persona) era sumamente difícil rectificar los sesgos, por cuanto actuaba sin consciencia de aquéllos y no contaba con ayuda de terceros para superarlos.

¹⁶⁶ Crampton señala que el sesgo retrospectivo colabora a que, de manera posterior, se adjudique conocimiento – incluso, participación– del abogado en la conducta fraudulenta de su cliente. En sus palabras: “(...) one of the grave risks professional advisers face is the "hindsight bias": the tendency of all human beings to exaggerate the extent to which an event that they know has happened could have been anticipated in advance. Any subsequent fact-finding of whether a lawyer knew of and assisted a client's fraudulent conduct almost always arises after bankruptcy or other events have revealed that a fraud occurred. While a lawyer should not be held to have known at the time of action or inaction facts that only became known later, those facts will inevitably color a fact-finder's retrospective judgment. The hindsight bias, in the civil fraud context, makes defendants appear more culpable than they may be." (Cramton, Roger, «Enron and the Corporate Lawyer : A Primer on Legal and Ethical Issues», *The business Lawyer* 58, n.º 1 (2002), p. 147).

Como se ha destacado en este trabajo, todos los seres humanos son vulnerables a errores sistemáticos o sesgos cognitivos, y posiblemente cualquiera –o gran parte- de los abogados involucrados en los casos planteados habrían presentado los mismos –o al menos, varios de los- sesgos cognitivos que se han descrito.

Esto no quiere decir que todos los abogados en dichas situaciones hubieran incurrido en conductas vinculadas a hechos ilícitos, pues es probable que ciertos abogados –especialmente aquellos en cuyo comportamiento habitual prima el sistema dos- pudiesen superar tales sesgos cognitivos, pero también es probable que muchos otros no lo hubiesen hecho.

Esta situación, permite cuestionarse lo siguiente: ¿resulta justo exigirles a los agentes que actúen de acuerdo un baremo de hombre ideal elaborado sobre un estándar que no considera ciertas circunstancias, como los sesgos cognitivos, que operan en todos los seres humanos?

Esta es la problemática que plantea Stephen Garvey al evidenciar lo confuso que resulta el paradigma del hombre racional a la hora de juzgar la racionalidad (o vencibilidad) de los errores:

Once we conjure the reasonable person, we then ask the counterfactual question: Would the reasonable person have believed that *p*, assuming the evidence available to him supported the formation of that belief, as did the evidence available to the defendant? The answer might seem obvious: Of course the reasonable person would have formed that belief. The reasonable person always and only forms beliefs that fit his evidence. But the more one subjectivizes the reasonable person, the less "reasonable" the reasonable person may become. In any event, if the reasonable person would have believed that *p*, then defendant could have believed that *p* in the counterfactual world in which he is the reasonable person. The defendant's belief that *not-p* is therefore "unreasonable," and labeling his belief "unreasonable" can be understood as the law's way of saying that the actor should have believed that *p* (because the evidence available to him supported its formation), and moreover, that he is responsible for failing to believe that *p*.¹⁶⁷

De acuerdo a lo planteado, me parece posible sostener que las heurísticas y los sesgos cognitivos, en determinadas situaciones –especialmente en estructuras empresariales-, impiden al abogado corporativo comportarse de otra manera. La peculiaridad de los sesgos radica justamente en que las personas son ciegas a ellos, de modo que puede argumentarse que exigirle al agente que supere sus sesgos podría significar exigirle más de lo que se le exige a un ciudadano medio. Ello implicaría sancionarlos por una característica de su forma de pensar que no siempre son capaces de corregir.

Ahora bien, reconocer que los sesgos cognitivos tienen relevancia a la hora de efectuar un juicio de responsabilidad penal, implica modificar nuestra idea de hombre medio racional que

¹⁶⁷ Garvey, Stephen, «When Should a Mistake of Fact Excuse?», p. 379.

es el que fija el baremo de medición que se utiliza para evaluar la conducta del agente de manera retrospectiva. En este sentido, es decir, respecto de lo que significaría asumir los postulados de la racionalidad limitada en el derecho penal, Jesús Silva Sánchez y Lorena Varela han señalado:

La acogida de estos postulados parece conducir a la adopción de un modelo de agente más realista que el clásico del sujeto racional, que emplea el baremo de la “persona razonable” como expresión del hombre medio. Esta unidad de medida objetiva se inspira en un modelo ideal de agente: la persona racional y prudente, que en la mayor parte de los casos no existe. Por este motivo, la propuesta del *behavioral law and economics* tal vez podría tenerse en cuenta en el momento de diseñar los baremos jurídicos y los consiguientes criterios de imputación. Con ello, habría que considerar si el estándar jurídico de una persona *limitadamente razonable* no sería, acaso, el más indicado, por ejemplo a los efectos de la determinación de la medida de diligencia que proporciona la base para la atribución de imprudencia punible a un sujeto dado.¹⁶⁸

Sin embargo, una posición como aquella supondría dejar fuera del ámbito de responsabilidad penal una serie de situaciones como las descritas en los casos anteriores, cuestión que no parece condecirse con el fin del derecho penal, cual es la prevención de delitos. Una alternativa para sortear esta problemática es normativizar los estándares de diligencia, por ejemplo por la vía de imponer deberes de “neutralización de los sesgos”¹⁶⁹, sin perjuicio de las dificultades que impone esta propuesta y que ya han sido indicadas.

2.2.3. Imputación personal, sesgos cognitivos y heurísticas

Hasta el momento, he revisado cómo los sesgos pueden afectar la acción y los objetos de conocimiento del agente, a saber, los elementos objetivos del tipo y la prohibición de la conducta. Pero queda por revisar la posibilidad de que los sesgos tengan alguna relación con la imputación personal de la conducta agente (al margen del error de prohibición), esto es, la culpabilidad.

La imputación personal de la conducta antijurídica supone un juicio de merecimiento de la sanción por parte del agente. Joachim Hruschka lo ha planteado del siguiente modo:

Si nos circunscribimos a la imputación de hechos antijurídicos a la culpabilidad, la imputación de segundo nivel significa el juicio por el cual se considera que el autor obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por un(a) parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», pp. 215-16.

¹⁶⁹ Ibid., p. 217.

¹⁷⁰ Hruschka, Joachim, «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación», en *Imputación y Derecho Penal* (Editorial Aranzadi S.A., 2009), pp. 19-20.

Dicho de otro modo, la culpabilidad implica evaluar si el agente actuó de manera libre y, dado que se ha señalado que los sesgos cognitivos afectan la libertad y la racionalidad del agente, conviene analizar si dichos sesgos podrían tener cabida en esta categoría. Por lo anterior, se intentará determinar si los sesgos cognitivos pueden afectar el merecimiento de reproche del agente ya sea debido a que (i) afectan su capacidad para motivarse por la norma (imputabilidad) o (ii) era inexigible que el agente hubiese actuado de otro modo.

(i) En cuanto a la imputabilidad

Se ha señalado que la incapacidad para motivarse por la norma, o para evitar la acción contraria a ella, se observa cuando concurren causales de inimputabilidad que, en general, consisten en motivos psicológicos que impiden que el agente comprenda el significado de la norma y actúe conforme a ella. Dentro de estas causales, de modo general, podemos encontrar la minoría de edad o la presentación de alteraciones psíquicas o trastornos mentales. En España, a modo de ejemplo, se contemplan, entre otras, las siguientes causales: presentar una anomalía o alteración psíquica que impida comprender la ilicitud del hecho; la intoxicación; las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, que provoquen una alteración de la realidad¹⁷¹.

Es decir, consisten en circunstancias que atienden a la madurez síquica del agente y que reducen su capacidad de un modo tal que le impiden actuar con un mínimo de racionalidad o libertad y, por tanto, imposibilitan que el sistema penal lo considere como un interlocutor válido. Por ello, pese a que el agente cometió una acción contraria el derecho, se *disculpa* su conducta.

Se trata, entonces, de circunstancias graves y excepcionales de falta de una normal motivación por la norma. Esto, a mi juicio, impide asimilar el fenómeno de los sesgos cognitivos con la inimputabilidad. En efecto, de acuerdo a las explicaciones realizadas anteriormente, los sesgos cognitivos, si bien generan una errónea percepción en el agente del mundo exterior en cuanto afectan la racionalidad de sus decisiones y lo llevan a cometer errores, no constituyen un fenómeno que se dé aisladamente en ciertas personas sino que, muy por el contrario, son comunes todas a ellas. En otras palabras, no son un defecto o anomalía de un determinado agente.

¹⁷¹ Artículo 20 CPE.

Ahora bien, plantear que las heurísticas y los sesgos cognitivos afectan la racionalidad de las decisiones del agente no es lo mismo que sostener que el hombre es irracional e inmotivado por el hecho de estar afecto a esos factores. Por el contrario, las heurísticas y los sesgos cognitivos no se conciben como una anomalía psicológica, es decir, como una enfermedad que solo algunas personas presentan, sino que, por el contrario, son producto de mecanismos cognitivos que están presentes en todos los seres humanos y que se despliegan en situaciones determinadas. Entenderlos como anomalías psíquicas conllevaría sostener que todos los seres humanos presentan una discapacidad a efectos del derecho penal, lo que significaría colapsar la categoría de la culpabilidad. Esta idea acerca de la racionalidad ha sido expuesta por Selten en los siguientes términos:

Bounded rationality is not irrationality. A sharp distinction should be made here. The theory of bounded rationality does not try to explain trust in lucky numbers or abnormal behavior of mentally ill people. In such cases, one may speak of irrationality. However, behavior should not be called irrational simply because it fails to conform to norms of full rationality. A decision maker who is guided by aspiration adaptation rather than utility maximization may be perfectly rational in the sense of everyday language use.¹⁷²

De acuerdo a lo anterior, no es posible sostener que el abogado corporativo, por el hecho de estar afecto a sesgos cognitivos al interior de una empresa, vea disminuida su capacidad de motivarse por la norma penal (sin perjuicio de que su déficit pueda explicarse como un error, de acuerdo a lo explicado anteriormente).

(ii) En cuanto a la exigibilidad

La exigibilidad supone que el agente pudo haber actuado conforme a la norma, o en palabras de Hruschka que *no tuvo ningún contramotivo* para no cumplir con el mandato penal, en la situación en que encontraba. No se trata, a diferencia de la imputabilidad, de una deficiencia del sujeto, sino que de una situación excepcional en la que no era exigible que el agente actuase de manera distinta a como lo hizo. En palabras de Santiago Mir Puig:

La exclusión de la responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal. La anomalía motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede aquí de una anomalía *en el sujeto* —permanente o transitoria—, sino de una anomalía *en la situación*. En un Estado social y democrático de Derecho ello puede justificarse acudiendo a la idea de que el Derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino

¹⁷² Selten, «What Is Bounded Rationality?», p. 15.

un Derecho a la medida de la gran mayoría.¹⁷³

Así, existe consenso en el derecho penal respecto de ciertas circunstancias en que no se le puede exigir al agente que se comporte de acuerdo a la norma penal, las cuales se identifican con los casos de fuerza moral irresistible, miedo insuperable, estado de necesidad disculpante, entre otras. Las causas de inexigibilidad corresponden, entonces, a situaciones en que la imposibilidad de guiarse por la norma depende fundamentalmente de las circunstancias que rodean al agente, por tanto, de factores que le son ajenos.

Sin embargo, los sesgos cognitivos dicen relación con la manera en que el ser humano interpreta la información que proviene del exterior mediante mecanismos cognitivos. Dicho de otro modo, los sesgos cognitivos son errores sistemáticos que se producen en ciertas y determinadas circunstancias, que provienen del mundo exterior, pero que se manifiestan como un déficit interno del agente. Lo que hace que el sujeto no pueda seguir la norma es un problema radicado en su proceso interno de toma de decisiones. Por eso, en caso de existir, la relevancia jurídico-penal de los sesgos tendría que encontrarse en sede de error, sin poder relacionarse con un determinado estado de necesidad¹⁷⁴.

2.3. Conclusiones del capítulo

Lo dicho hasta ahora me permite esbozar las siguientes conclusiones:

- i. La sicología ha logrado explicar, mediante las heurísticas y los sesgos cognitivos, la manera en que el abogado corporativo (ya sea que se desempeñe al interior de la empresa o como un consultor externo) se puede involucrar en conductas poco éticas o incluso ilícitas que se suscitan al interior de una empresa. Aquel involucramiento no

¹⁷³ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 592.

¹⁷⁴ Cuestión distinta es la que ocurre con las dinámicas de grupo que sí pueden ser vistas como un conjunto de eventos externos al sujeto que determinan su comportamiento. En este sentido, el profesor Silva Sánchez y Varela han abordado los sesgos cognitivos que se producen a causa de las dinámicas de grupo, cuestión que si bien es un tema que excede lo abordado en este trabajo, resulta de utilidad en atención a las consideraciones que se efectúan en relación con el injusto subjetivo, por cuanto los sesgos cognitivos que aquí hemos expuesto se desarrollan al interior de estructuras empresariales y, en consecuencia, se encuentran íntimamente vinculados a las dinámicas de grupo y otros fenómenos de influencia social. En este sentido, los autores sostienen: “La influencia de las dinámicas de grupo en el ámbito volitivo-emocional, motivacional en suma, debe ser reputada asimismo relevante. Hace tiempo que la doctrina ha subrayado cómo dichas dinámicas inciden, por diversas vías (aparición de solidaridad, efectos de la obediencia, códigos de grupo, distancia con respecto a la víctima) en una disminución de los frenos inhibitorios del sujeto”, cfr. Silva Sánchez y Varela, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», p. 236.

necesariamente importa negligencia, ni mala fe de su parte. Dicha explicación consiste, de manera muy sucinta, en que la convergencia de varios sesgos cognitivos podría afectar la percepción que el abogado tiene del mundo exterior y provocar que se sienta parte del equipo de trabajo o del proyecto que representa el cliente, subestime los riesgos asociados a su asesoría y no aprecie los hechos que están ocurriendo en su completa magnitud. Asimismo, se produce un efecto de ceguera ante las alertas de peligro y de confirmación de la evaluación original positiva, que son muy difíciles de modificar.

- ii. Para el derecho, por su parte, los sesgos cognitivos no siempre pueden ser alegados a efectos de lograr una atenuación o exclusión de responsabilidad. Así, de la revisión de las distintas categorías del delito podemos observar, en primer lugar, que **los sesgos cognitivos no afectan la acción**, puesto que el sujeto sometido a dichos sesgos actúa motivado por un juicio disminuido pero con completa voluntad e intención respecto la acción que realiza.
- iii. En los supuestos planteados, se pudo observar que los sesgos cognitivos podrían alegarse como errores penales, tanto de tipo como de prohibición. En el caso de los errores de tipo, que corresponden a los casos de Enron y OPM, la concurrencia del error y su vencibilidad, estaría determinada por la posibilidad de haberles exigido un mayor deber de cuidado a los abogados en el ejercicio de sus funciones, es decir, por la posibilidad de requerirles que hubiesen evitado la influencia de los sesgos cognitivos.
- iv. Por su parte, en el caso de cobros indebidos de horas, existiría la posibilidad de alegar un error de subsunción. Sin embargo, a efectos penales, es difícil considerar a dicho error como invencible respecto de un abogado corporativo, pues ello conllevaría sostener que existió una imposibilidad absoluta de superar los sesgos cognitivos y que estos fueron la causa directa de la conducta ilícita del abogado.
- v. Así y todo, no es claro que pueda renunciarse al paradigma de hombre racional (incumplido en el caso de los sesgos) y tampoco existe completa claridad de que sea posible normativizar absolutamente el baremo de hombre medio sin pasar a llevar el principio de culpabilidad penal por la vía de exigir deberes de prevención de sesgos al propio sujeto afecto a ellos.

- vi. Por último, en cuanto a la **imputación personal**, esta categoría no ofrece un buen punto de análisis para los sesgos. En lo que respecta a la falta de capacidad (como la inimputabilidad), ésta no resulta aplicable, pues todas las personas son susceptibles a tener sesgos, de modo que no pueden entenderse como una anomalía que “incapacite”. Tampoco es posible evaluar los sesgos como una especie de estado de necesidad o falta de exigibilidad, pues se trata de fenómenos que ponen énfasis en el ámbito interno del sujeto más que en su entorno.
- vii. A lo largo del análisis expuesto se observa una dicotomía entre la psicología y el derecho penal, puesto que la primera da cuenta de fenómenos cognitivos que afectan la racionalidad del ser humano y, en consecuencia, el libre albedrío del agente, pero dichos fenómenos no se enmarcan con facilidad dentro de la estructura de atribución de responsabilidad penal.
- viii. Dichos fenómenos consisten en formas heurísticas de pensar que, los científicos han demostrado, se manifiestan en todos los seres humanos y dejan errores que se presentan de manera sistemática, bajo ciertas circunstancias. Por tanto, podrían modificar la concepción del ser humano como un sujeto completamente racional, por cuanto, bajo ciertos supuestos, éste se aparta de la optimización e incurre en errores de cálculo, tales como subestimar la posibilidad de fracaso y sobrestimar la posibilidad de éxito.
- ix. A mi juicio, se evidencia un conflicto entre el deber ser y el ser o entre el hombre medio como baremo de medición y el hombre real. El baremo de medición del derecho penal se estructura bajo el supuesto de un ser humano razonable y libre. Sin embargo, el ser humano real –de acuerdo a la psicología- estaría estructurado por algunos elementos que vulneran su completa y absoluta libertad, como son los sesgos cognitivos. La diferencias entre las características que presenta el hombre real frente al hombre medio, lleva al problema de exigirle al hombre real comportarse como un agente con menos limitaciones de las que realmente presenta. En otras palabras, se le exige una diligencia que, quizás, sólo algunos puedan alcanzar.
- x. Frente a este problema, parecen haber dos posibles soluciones. La primera, es integrar al baremo de medición fenómenos como los sesgos cognitivos. Esto llevaría a modificar la manera en que se asigna responsabilidad aceptando, por ejemplo, la

invencibilidad de muchos de los errores o la inexigibilidad del actuar de otro modo de los abogados, en los supuestos que se propusieron en el trabajo. La segunda, es normativizar el baremo de medición del derecho penal, *exigiéndole* al abogado la superación de los sesgos cognitivos, aun cuando no existe claridad de que ello sea posible.

CAPÍTULO 3 CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES RESPECTO DE LA INFLUENCIA DE LAS HEURÍSTICAS Y LOS SESGOS COGNITIVOS EN EL ABOGADO CORPORATIVO

En el capítulo anterior hice referencia a los problemas que se presentaban respecto del abogado corporativo en relación con los sesgos cognitivos y la teoría del delito. En este capítulo realizaré algunas observaciones político criminales acerca de la dificultad que produce asumir que el abogado puede verse afectado por estos fenómenos. En mi parecer, el caso del abogado es particularmente complejo en comparación con el de otros profesionales, debido a que existe un estereotipo de aquél como un sujeto racional, cuyas labores demandan una completa racionalidad -o uso del sistema dos-. Esto dificulta tanto a los propios abogados como a terceros el aceptar que estos profesionales sean tan vulnerables como cualquier otro a los sesgos cognitivos.

Por una parte, **el estereotipo del abogado corporativo se asemeja bastante al prototipo neoclásico de hombre racional** y, en consecuencia, resulta difícil aceptar que la racionalidad limitada pueda afectar el juicio y las aptitudes profesionales del abogado –en cuanto paradigma del hombre medio o juicioso.

En este sentido, existiría una concepción del abogado asociada, entre otras ideas, con la noción de deliberación prudente y racional. Al respecto, Anthony Kronman en su libro *The Lost Lawyers* se refiere al ideal del abogado, que identifica con el paradigma de abogado del siglo XIX (ideal que, por cierto, se estaría perdiendo cada vez más), que describe como un “estadista”, y que caracteriza como un profesional de excelencia, un líder público y por sobre todo un hábil consejero debido al acertado juicio que tendría. Al respecto, las siguientes palabras del autor describen el ideal del abogado en relación con sus capacidades deliberativas:

An essential aspect of his work, as he and others see it, is to help those on whose behalf he is deliberating come to better understanding of their own ambitions, interest, and ideals and to guide their choice among alternative goals. (...) The lawyer-statesman is a paragon of judgment, and others look him for leadership on account of his extraordinary deliberative power. This power is more than a clever knack or skill. It is, most fundamentally, a trait of character.(...) the lawyer-statesman was pictured by writers of the period as having certain temperamental qualities as well: as being, for example more calm or cautious than most people and better able to sympathize with a wide range of conflicting points of view.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Kronman, Anthony, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1995), p. 15.

En el mismo sentido, podríamos hacer alusión al lo que se ha denominado “mito del abogado”, que tiene diferentes caracterizaciones, no solo como estadista, sino que también como un ejemplo de rectitud y apego al derecho, como un pilar de la sociedad, como un constructor social, entre otros¹⁷⁶. Por supuesto, como contrapartida existen los mitos o arquetipos negativos del abogado, los que, cabe decir, obtienen cada vez más fuerza en la sociedad actual, entre otras cosas, por las vinculación de los abogados a hechos ilícitos o actitudes poco éticas. Así y todo, del arquetipo positivo –al parecer cada vez más en desuso- del abogado quedan, a mi parecer, vestigios especialmente vinculados a la idea de una **profesión asociada al buen juicio a la hora de tomar decisiones**.

Por otra parte, es importante considerar que las labores profesionales que el abogado realiza están estrechamente vinculadas a la *racionalidad* o requieren del *predominio del sistema dos* y, por tanto, la influencia de los sesgos cognitivos en el abogado corporativo no solo parece ajena a la realización de sus quehaceres, sino que se asocia a faltas o negligencias en el ejercicio de su labor profesional.

En este sentido, una de las principales tareas del abogado corporativo es entregar consejo a sus clientes acerca de materias jurídicas, para lo cual el abogado deberá hacer un concienzudo examen de las circunstancias del caso, es decir, aplicar toda su experiencia y criterio junto con una adecuada investigación y estudio para ponderar los antecedentes y entregar una correcta opinión al cliente.

Así pues, podríamos decir que gran parte de las **tareas del abogado en cuanto consejero, se asocian con aquellas tareas que efectúa el sistema dos**, es decir, operaciones que requieren esfuerzo mental, en las que se debe poner mucha atención, concentrarse y tener la capacidad de escoger entre opciones: en suma, **decidir de manera razonada**. De ello se desprende que un buen abogado se caracterizaría por entregar consejos a sus clientes que les permitan obtener el mejor provecho en sus negocios. Es decir, **se considerará que un buen abogado es quien mediante sus consejos ayuda a sus clientes a que maximicen sus utilidades**.

Por lo mismo, no es fácil comprender y aceptar que el abogado corporativo posee una deficiencia en un elemento que parece ser medular para el ejercicio profesional, como es un

¹⁷⁶ Respecto del mito del abogado, cfr. Bennett, Walter, *The Lawyer's Myth* (Chicago Scholarship Online, 2013), pp. 1-26.

acertado juicio. Al respecto, Donald Langevoort, refiriéndose al efecto del ego o de los sesgos egocéntricos en el abogado, señala que se valora el buen juicio de éstos sin tener en cuenta las formas en que aquel juicio -como el de cualquier otro- puede ser alterado por dichos sesgos cognitivos. En palabras del autor:

Though our profession celebrates sound judgment as the mark of a good lawyer, it ignores the predictable ways in which judgment can be warped. (...). Taking ego seriously is potentially disorienting, because it involves admitting that ego's distortions and illusions apply to everyone, including those who take it seriously.¹⁷⁷

De lo antes expuesto podemos concluir que, admitir que el abogado corporativo posee una racionalidad limitada es difícil por cuanto refuta el estereotipo del abogado y, más importante aún, envuelve la contradicción de que muchas de las actividades que realiza en el ejercicio de la profesión se caracterizan o asocian con actividades del sistema dos. Desde una perspectiva político criminal, esto plantea al menos dos interrogantes.

La primera es la pregunta acerca de cuáles conductas deben ser criminalizadas y cuáles no en relación con la disonancia entre las labores del abogado corporativo y el efecto de los sesgos cognitivos sobre éstas. Al respecto, se podría sostener que el derecho no puede amparar el déficit provocado por los sesgos cognitivos, lo que equivaldría a considerarlo responsable por ilícitos, aun cuando haya actuado bajo la influencia de tales sesgos y, en consecuencia, con falta de dolo. Atendidas las dificultades que plantean estos comportamientos desde la perspectiva de la teoría del delito (revisadas en los capítulos precedentes), es necesario en esta etapa realizar algunas consideraciones vinculadas a la responsabilidad estricta (3.1).

La segunda pregunta está vinculada con el modo en que deben prevenirse comportamientos eventualmente delictivos que sean efecto de los sesgos cognitivos sobre el abogado corporativo. Al respecto, se ha señalado a lo largo de este trabajo la dificultad que representa la corrección de los sesgos cognitivos, especialmente de manera autónoma. Sin embargo cabe señalar que existen medidas que es posible implementar para intentar paliar los efectos de la racionalidad limitada, especialmente al interior de organizaciones o grupos de trabajos (3.2).

¹⁷⁷ Langevoort, Donald, «Ego, Human Behavior, and Law», *Virginia Law Review* 81, n.º 3 (2015), pp. 885-886.

3.1. ¿Hacia un paradigma de responsabilidad estricta?

Desde una perspectiva político criminal, vale preguntarse si es posible la existencia de supuestos en el derecho penal en los que se aplique un castigo sin la completa concurrencia de los elementos subjetivos que el principio de culpabilidad parece exigir en el agente al momento de cometer el ilícito. Esto implica preguntarse, respecto del abogado corporativo, cuál es la relevancia como criterio de criminalización (más que en el contexto de la teoría del delito) del déficit que se ocasiona por sesgos cognitivos, puesto que sus deberes profesionales implican un cierto apego a la racionalidad.

No pretendo argumentar que en el derecho continental exista necesariamente responsabilidad estricta por el hecho de castigarse supuestos en que ha existido la influencia de los sesgos cognitivos, ni tampoco pretendo sostener que el principio de culpabilidad pueda flexibilizarse. Sin embargo, sí pretendo evidenciar cómo en el modelo del *common law* existe una mayor disposición a relajar la exigencia de conocimiento de los elementos que nosotros, en el derecho continental, llamamos de tipo subjetivo, y cómo nuestra idea de principio de culpabilidad se presenta de manera mucho más flexible en aquel sistema.

Si bien en el *common law* existe un fuerte cuestionamiento hacia la idea de responsabilidad estricta en derecho penal, se ha argumentado que ésta es necesaria por los siguientes motivos: i) de conformidad al fin de protección pública del derecho penal, el que para evitar el daño a los ciudadanos requiere romper con el paradigma tradicional que exige que concurra culpa, se permite que ciertas actividades riesgosas sean amparadas bajo la responsabilidad estricta¹⁷⁸; ii) por el mayor efecto disuasorio que significaría la responsabilidad estricta y que permitiría que las personas sean más fieles al derecho¹⁷⁹, o iii) para facilitar la prueba en ciertos delitos en los que resulta especialmente difícil demostrar su existencia, como en los delitos sexuales¹⁸⁰. Así, a modo de ejemplo, entre los delitos que se consideran de responsabilidad estricta en dicho sistema penal, se puede mencionar el caso de posesión de drogas o el abuso sexual de menores, en los que bastará la concurrencia de los hechos sin que sea necesario que el *mens rea* cubra todos los elementos del delito.

¹⁷⁸ Ashworth, Andrew, «Should Strict Criminal Liability Be Removed from All Imprisonable Offences?», *Irish Jurist*, (2010), p. 9.

¹⁷⁹ Horder, Jeremy, «Strict liability, Statutory Construction, and the Spirit of Liberty», *Law Quarterly Review* 118, (2002), pp. 458-75.

¹⁸⁰ Honore, Tony, *Responsibility and Fault* (Oxford-Portland, 1999), p. 10.

El debate en este contexto pasa por evaluar si estos argumentos son suficientes para relajar la exigencia de *mens rea* y por revisar cuáles son las condiciones que pudieran legitimar aquel camino. Sin embargo, al margen del debate doctrinario, existe cierto consenso en que la jurisprudencia admite, en la práctica, casos de condena aun cuando no existe conocimiento ni capacidad de conocer todos los elementos propios del *actus reus*.

Para los efectos del presente trabajo, podrían resultar útiles las consideraciones que realiza Douglas Husak acerca de la responsabilidad estricta, quien distingue entre distintos sentidos (específicamente, siete) en que ésta puede ser entendida. Cada uno de dichos sentidos o niveles, está conectado a distintos elementos del delito respecto de los que puede faltar el conocimiento o consciencia al momento de atribuir la responsabilidad. Así, los distintos niveles podrían ir desde casos de responsabilidad vicaria, hasta casos en donde no se exige completamente que el *mens rea* cubra todo el *actus reus* pero sí algunos de sus elementos. De acuerdo al autor, la responsabilidad estricta es un asunto de grados, y en consecuencia, se aplica a ciertas partes del delito y no al delito en sí mismo en su totalidad. Dicho de otro modo, habrá delitos que imponen más o menos responsabilidad estricta que otros. Así, para el autor, no existe un delito que imponga la responsabilidad estricta en su extensión total, por cuanto un delito siempre debe ser atribuible en algún sentido al agente¹⁸¹, aunque sí hay muchos delitos en que se acepta algún grado de responsabilidad estricta.

Tomando la distinción estructurada por Husak, podría sostenerse que si bien las heurísticas y los sesgos cognitivos limitan de alguna manera el *mens rea*, es argumentable que dicho déficit sea dejado de lado en consideración a las características del rol del abogado corporativo (esto es, un experto en derecho) y al contexto y tipo de delito que involucra (es decir, estructuras empresariales y delitos vinculados). Y los argumentos para optar por esa limitación serían, en este modelo, político criminales. Así, un derecho penal que renuncie a la idea tradicional de racionalidad como supuesto no solo es concebible sino que existe. Sin embargo, para ello hay que modificar algunas de nuestras concepciones más arraigadas.

Excursus: ¿Deberes de vigilancia del abogado corporativo?

¹⁸¹ Husak, Douglas, «Varieties of Strict Liability», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 8, n.º 2 (1995), pp. 189-225.

Junto con lo anterior, también, es posible realizar algunas consideraciones en relación con el **rol del abogado corporativo** y los sesgos cognitivos al interior de las compañías. En particular, cabe cuestionarse si respecto del abogado corporativo, por el solo ejercicio de sus funciones profesionales, pesa en él un deber adicional –al resto de los funcionarios- de **vigilancia y corrección** respecto de sus pares o incluso de sus superiores. En otras palabras, la pregunta es: ¿ostenta el abogado corporativo un rol especial dentro de la empresa que lo obliga a ejercer un control respecto de los otros funcionarios? Y, por consiguiente: ¿recae en el abogado corporativo un deber de evitar la comisión de hechos ilícitos al interior de la empresa?¹⁸²

Suponer una **respuesta positiva** a las anteriores preguntas conllevaría replantearse la estructura y manera en que se configuran los deberes de vigilancia en relación con el abogado corporativo. Así, las relaciones horizontales del abogado con sus pares dejarían de regirse por el principio de neutralidad o de separación de esferas y deberían pasar a regularse por el principio de confianza o incluso de desconfianza (si es que le fuese exigible al abogado que se informe y se inmiscuya en la manera en que están trabajando sus pares). Respecto de sus superiores, como serían los gerentes, el consejo administrador u otros, parece que se estaría invirtiendo la dirección del deber de vigilancia (usualmente de “arriba hacia abajo”). En el caso del abogado consultor externo, si bien la empresa es el cliente, la relación parece ser menos jerárquica y un tanto más horizontal. Nuevamente, si consideramos que el rol del abogado es de *gatekeeper*, entonces el abogado debe ejercer labores de vigilancia y control sobre su cliente¹⁸³.

Personalmente, me parece que en el caso del abogado corporativo, no pesa sobre él un deber de mayor diligencia que el de cualquier otro funcionario. Sin embargo, sí se justifica un deber profesional de garantizar que los hechos que *él* realiza y en los que asesora a *sus* clientes, son conforme al derecho. Es decir, si bien no se le puede exigir investigar de qué manera sus pares o superiores realizan su trabajo, le es exigible que si ve o fue capaz de predecir alguna actuación irregular intente evitarlas. Radica allí la gravedad de los sesgos cognitivos, por cuanto permiten que el abogado sea ciego frente a las señales de alerta que pueden aparecer.

¹⁸² Respecto de la discusión que se ha dado en relación con el rol de abogado como *gatekeeper* o *hired gun*, ver cita n° 92.

¹⁸³ Respecto de los deberes de vigilancia, cfr. Silva Sánchez, Jesús María, «Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial», en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa* (Edisofer S.L./ IB de F, 2013), pp. 154-201.

Ahora bien, si se considera que el abogado debería ejercer el deber vigilancia y control, ya sea si se desempeña al interior de la compañía o como consultor externo, eso significaría extender su responsabilidad en relación con los hechos ilícitos cometidos al interior de las empresas por una posible omisión de sus deberes de vigilancia. Sin embargo, como se ha señalado en el trabajo, si el abogado estaba bajo la influencia de sesgos cognitivos, posiblemente no tuvo conocimiento de los hechos, no supo, ni pudo saber y por tanto, le era imposible ejercer de manera adecuada aquellos deberes.

3.2. Consideraciones respecto de medidas que se pueden adoptar para mitigar los efectos de los sesgos cognitivos y las heurísticas

Como se señaló en el primer capítulo, los pronósticos acerca de la superación de los efectos de la racionalidad limitada no son auspiciosos, tanto por la dificultad de superar los sesgos en sí mismos, como por los costos involucrados en aquello¹⁸⁴. En efecto, de acuerdo a lo que hemos señalado, pretender evitar la influencia de sesgos cognitivos en el día a día resulta casi impracticable porque exigiría que los seres humanos cuestionen absolutamente todos sus instintos y razonen acerca de cada acción o juicio que exteriorizan, lo que destruiría el dinamismo característico de las relaciones humanas.

Sin embargo, se ha sostenido que bajo ciertas circunstancias –como podrían ser las que ocurren al interior de una empresa- es posible determinar qué situaciones o actividades son más riesgosas o propicias para que proliferen sesgos cognitivos de manera tal de tomar medidas que puedan ayudar al respecto¹⁸⁵. Pese a lo anterior, cabe destacar, que cualesquiera

¹⁸⁴ Al respecto, Prentice señala que, de acuerdo a los estudios científicos no existirían grandes expectativas de desviar los sesgos cognitivos: “Cognitive biases are vigorous phenomena, and they are not easy to neutralize or eliminate. Although the following suggestions can sometimes improve decision making, the general conclusion of researchers is that the outlook for debiasing is not encouraging (MacCoun 2000). The forces behind the self-serving and optimism biases, for example, not only warp the decision-making process in a particular direction; they also make it difficult for a person to debias his or her own decision making. Programs that have an impact tend to be context specific, somewhat invasive, and cognitively costly”(Prentice, «Ethical decision: More Needed than Good Intentions», p. 25.)

¹⁸⁵ En este sentido, Kahneman ha señalado: “Las organizaciones son mejores que los individuos cuando se trata de evitar errores porque, como es natural, piensan más lentamente y tienen poder para imponer procedimientos de forma ordenada. Las organizaciones pueden instituir y hacer cumplir el uso de útiles listas de control y prácticas más elaboradas...” (Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, p. 543.). En el mismo sentido, el autor ha señalado: “Executives can’t do much about their own biases, as we shall see. But given the proper tools, they can recognize and neutralize those of their teams. Over time, by using these tools, they will build decision processes

sean las medidas que se implementen, ellas no necesariamente asegurarán la mitigación o eliminación de los sesgos cognitivos, especialmente respecto de ciertos sesgos que se manifiestan de manera más fuerte, como sería la sobre confianza y el sobre optimismo¹⁸⁶.

3.2.1. Medidas generales para mitigar el efecto de los sesgos cognitivos

Efectuada las consideraciones anteriores respecto de las expectativas que existen en relación con la corrección de los sesgos, es posible atender a cuáles son las recomendaciones existentes para prevenir o corregir la aparición de sesgos cognitivos. Al respecto se ha señalado, en primer lugar, que se requiere **información** y **conciencia** respecto de los sesgos cognitivos y sus efectos. En este sentido se ha destacado que las acciones que se pueden implementar para desviar los sesgos cognitivos deben contener al menos cuatro elementos¹⁸⁷:

- (i) El agente debe estar informado de la existencia de sesgos cognitivos y de cuáles son más proclives a presentarse. Como se ha señalado en este capítulo, es muy difícil -por no decir imposible- que alguien sea capaz de corregir un sesgo cognitivo sin saber que lo presenta;
- (ii) El agente debe estar motivado a corregir los sesgos cognitivos;
- (iii) El agente debe ser consciente de la magnitud e importancia de los sesgos cognitivos, lo que en el caso del abogado corporativo implica asumir que, pese a sus capacidades profesionales, es vulnerable a ellos;
- (iv) Finalmente -y éste es el elemento más difícil-, el agente debe ser capaz de ajustar su respuesta frente a los sesgos cognitivos. Al respecto se ha propuesto cuestionar constantemente las propias decisiones y plantearse seriamente cursos de acción

that reduce the effect of biases in their organizations. And in doing so, they'll help upgrade the quality of decisions their organizations make" (Kahneman, Daniel; Lovallo, Dan y Sibony, Olivier, «The Big Idea: Before you Make that Big Decision...», *Harvard Business Review* 89, n.º 6 (2011), p. 3.)

¹⁸⁶ Como ya se ha señalado, Donald Langevoort clasifica los sesgos en dos tipos: a) aquellos que denomina influencias frías que conllevarían al conservadurismo cognitivo y respecto de las que su influencia podría ser más fácilmente manejable, y ii) aquellas que denomina influencias calientes entre las que se encuentra el sesgo optimista y el sesgo de sobre confianza, que serían más difíciles de eliminar. Cfr. Langevoort, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», pp. 152 y ss.

¹⁸⁷ En relación con los elementos que se necesitan se sigue lo expuesto en Prentice, «Ethical Decision: More Needed than Good Intentions», p. 25. En el mismo sentido, Robert Wolf enumera elementos que pueden servir para minimizar los sesgos cognitivos en «How to Minimize your Biases When Making Decisions», *Harvard Business Review*, n.º 9 (2012), pp. 1-2.

alternativos, así como efectuar una constante vigilancia en aquellos aspectos más relevantes en que la influencia de los sesgos cognitivos podría implicar un error grave. En segundo lugar, se ha enfatizado en la necesidad de contar con la **ayuda de terceros** para poder mitigar los efectos de los sesgos cognitivos, por cuanto una de las mayores dificultades que implica su superación es lograr darse cuenta que las decisiones que se están tomando están influidas por ellos. La dificultad pasa, como ha señalado Kahneman, porque el sistema uno genera historias precisas en las que los elementos encajan perfectamente y es muy difícil darse cuenta de las llamadas de alerta. En otras palabras, somos incapaces de notar nuestros errores y por lo mismo de corregirlos. Asimismo, el mero conocimiento de que existen sesgos no basta para corregirlos, porque es habitual creer que en nuestro caso somos capaces de superarlos. En virtud de lo anterior es que **las expectativas de corrección a nivel grupal son mayores**, pues es posible implementar mecanismos de alerta, detección y corrección de los sesgos cognitivos¹⁸⁸. En este sentido, las palabras de Kahneman son ilustrativas:

By extension, this also explains why the management experts writing about cognitive biases have not provided much practical help. Their overarching theme is “forewarned is forearmed.” But knowing you have biases is not enough to help you overcome them. You may accept that you have biases, but you cannot eliminate them in yourself. There is reason for hope, however, when we move from the individual to the collective, from the decision maker to the decision-making process, and from the executive to the organization. As researchers have documented in the realm of operational management, the fact that individuals are not aware of their own biases does not mean that biases can’t be neutralized—or at least reduced—at the organizational level. This is true because most decisions are influenced by many people, and because decision makers can turn their ability to spot biases in others’ thinking to their own advantage. We may not be able to control our own intuition, but we can apply rational thought to detect others’ faulty intuition and improve their judgment. (In other words, we can use our System Two thinking to spot System One errors in the recommendations given to us by others).¹⁸⁹

3.2.2. Medidas que se pueden adoptar respecto del abogado corporativo

En el caso del abogado corporativo las medidas que se pueden implementar para intentar paliar los sesgos cognitivos se basan en los mismos principios que se acaban de enumerar. Es decir, por un lado **educación** y alerta respecto de los sesgos cognitivos y por otro lado, **apoyo de terceros**¹⁹⁰, ya sea como consultas externas respecto de las decisiones o gestiones del

¹⁸⁸ Kahneman, Lovallo y Sibony, «The Big Idea: Before you Make that Big Decision...», pp. 1-5.

¹⁸⁹ Ibid., pp. 4-5.

¹⁹⁰ En este sentido Kahneman ha señalado: “La manera de bloquear los errores que origina el Sistema 1 es en principio sencilla: reconocer las señales de que estamos en un campo minado, detenernos y pedir refuerzos al Sistema 2. (...) Desafortunadamente, este sensato procedimiento es el que menos se aplica cuando más se necesita. (...). La voz de la razón puede ser mucho más tenue que la voz alta y clara de una intuición errónea, y

abogado, como supervisión de las asociaciones profesionales, o bien mediante la implementación de mecanismos de control que limiten los efectos de los sesgos cognitivos en los casos de los abogados que trabajan al interior de empresas o firmas de abogados.

Asimismo, se ha enfatizado en la necesidad de que los abogados corporativos -independientes o internos- persigan alcanzar lo que Langevoort ha denominado **independencia cognitiva**. De acuerdo al autor, la independencia cognitiva es un estado mental que significa comprender que los sesgos cognitivos pueden influir en la toma de las decisiones, de modo tal que los abogados puedan estar alerta de los riesgos que esto conlleva¹⁹¹. Ahora bien, la independencia cognitiva sería difícil de lograr, por cuanto mientras el abogado conscientemente se considera a sí mismo como parcial o no sesgado, preconscientemente los sesgos cognitivos distorsionan su percepción de la realidad¹⁹².

Para lograr lo anterior resulta relevante, como ya se señaló, la concientización de los abogados respecto de los sesgos cognitivos, lo que se podría lograr incluyendo esta información en cátedras universitarias, así como reforzarlo de manera continua a través de asociaciones profesionales¹⁹³. En este mismo sentido, se ha planteado que los colegios de abogados podrían

cuestionar nuestras intuiciones es poco agradable en medio de la tensión que acompaña una gran decisión. (...) La conclusión es que es mucho más fácil identificar un campo minado cuando vemos a otros caminando por él que cuando lo hacemos nosotros. Los que observan están menos ocupados cognitivamente y más abiertos a la información que los que actúan.” (Kahneman, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, p. 543.).

¹⁹¹ De acuerdo lo señalado por Langevoort, la existencia de los sesgos cognitivos, así como desconfiar de las evaluaciones o predicciones realizadas por los gerentes de la compañías. En sus palabras: “Cognitive independence is not a question of status or physical proximity, but of state of mind. It involves a sophisticated understanding of the risks of bias, and a recognition that judgments of the accuracy of the perceptions of individual managers cannot be made simply by estimating whether they are good, trustworthy people” (Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior.», p. 648).

¹⁹² En palabras de Langevoort: “A lawyer may well consciously embrace the need for independence: proclaiming its virtue to others, convinced that she lives out the professional ideal of sympathetic detachment. But in practice, her perception may still be distorted in order to reduce the stress of dissonance. Probably far more lawyers pride themselves on independence and good judgment than consistently exhibit it. It becomes easy to see cognitive dependence as other lawyers' problem.” (Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior.», p. 650.). En relación de la dificultad de caer en la cuenta de que se es víctima de la influencia de un sesgo cognitivo, Kahneman, Lovallo y Sibony: “An insidious feature of cognitive failures is that we have no way of knowing that they're happening: We almost never catch ourselves in the act of making intuitive errors. Experience doesn't help us recognize them. (By contrast, if we tackle a difficult problem using System Two thinking and fail to solve it, we're uncomfortably aware of that fact.)” (Kahneman, Lovallo y Sibony «The Big Idea: Before you Make that Big Decision...», p. 4.)

¹⁹³ En relación a cómo estas medidas pueden ayudar a superar los sesgos cognitivos, Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», p. 114. En cuanto a estas medidas como mecanismo para fomentar la independencia cognitiva Langevoort, «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior.», p. 651.

realizar seguimientos a las actuaciones de sus asociados e incluso promover la realización de acuerdos sectoriales que obliguen a todos los abogados a tener el mismo nivel de cuidado respecto de conductas riesgosas¹⁹⁴.

Ahora bien, en el supuesto del abogado corporativo se pueden presentar dos situaciones distintas, como ya he señalado anteriormente. La primera es el caso del abogado que trabaja de manera independiente o externo, respecto del cual las medidas a implementar a su respecto suelen ser más limitadas. La segunda es la hipótesis del abogado que trabaja al interior de una firma de abogados o en una compañía como abogado corporativo interno, respecto del cual es posible implementar además medidas al interior de la organización para paliar los efectos de la racionalidad limitada en sus funcionarios. A continuación analizaré las distintas posibilidades:

a) **Consideraciones respecto del abogado independiente: educación, consciencia y consulta a un tercero independiente.**

Tal como se ha mencionado anteriormente, la situación de los abogados corporativos externos es más complicada que la de aquellos que se desempeñan al interior de una empresa o firma de abogados (si consideramos que son vulnerables a los mismos sesgos cognitivos que los que abogados internos, como se explicó en el capítulo anterior), porque es más difícil crear mecanismos de vigilancia a su respecto.

Por tanto, en su caso, se deben focalizar las energías en reforzar medidas educacionales y de control por parte de las asociaciones de abogados o colegios profesionales. Al respecto, puede ser de utilidad lo señalado por Langevoort en cuanto a la importancia de que los abogados aumenten su consciencia respecto de la existencia y efectos de sesgos cognitivos, como el egoísta, en sus actuaciones profesionales, lo que podría ayudarlos a buscar el consejo de un tercero imparcial¹⁹⁵. En otras palabras la comprensión del fenómeno de los sesgos cognitivos, podría permitir al abogado dudar

¹⁹⁴ Respecto a la posibilidad de acuerdos sectoriales, Langevoort señala que éstos podrían evitar que las firmas de abogados que son más cuidadosas y que implementan medidas preventivas para evitar sesgos cognitivos se vuelvan comparativamente más costosas que sus competidoras que no las implementan, lo que provocaría que las compañías más diligentes quedasen fuera del mercado. Sin embargo, reconoce que probablemente es muy difícil llegar a este tipo de acuerdo sectorial y aun, cuando fuese posible hacerlo, tendrían un carácter tan general que siempre quedaría un margen de discrecionalidad que permitiría errores (Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», p. 114)

¹⁹⁵ Langevoort, «Ego, Human Behavior, and Law», p. 885.

de sus propios juicios, cuestionar sus propias decisiones y si es posible, consultar con un tercero.

b) **Medidas a implementar al interior de organismos empresariales o de firmas de abogados: deberes de vigilancia de terceros.**

Junto con las medidas antes señaladas, para poder paliar el efecto de los sesgos cognitivos tanto las empresas en que trabajan abogados corporativos, como las firmas de abogados en general, pueden tomar medidas para reducir la influencia de los sesgos cognitivos en sus trabajadores.

Así, es posible recurrir a la ayuda de terceros externos -ya sean de los superiores de la empresa o firma de abogados o bien del oficial de cumplimiento- que en ejercicio de sus deberes de vigilancia deberán implementar mecanismos adecuados de resguardo que permitan tanto mitigar la aparición de sesgos como corregir sus efectos si es que estos ya han aparecido (cabe recordar que ninguna medida es infalible, pero pueden ser de ayuda).

Así, por una parte, para reducir la influencia de la racionalidad limitada las empresas podrían incorporar en sus programas de cumplimiento mecanismos como los propuestos por los autores Jesús Silva Sánchez y Lorena Varela, que son los siguientes¹⁹⁶: (i) organización de cursos obligatorios para los funcionarios de la compañía en que les instruya acerca de la prevención, detección y neutralización de sesgos cognitivos; (ii) establecimiento de un programa de control constante respecto de

¹⁹⁶ Las medidas comentadas fueron extraídas de aquellas expuestas por Jesús-María Silva Sánchez y Lorena Varela en relación con los sesgos cognitivos y las dinámicas de grupo en «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo», pp. 237 y ss. A mayor abundamiento, respecto de las medidas que se sugieren para paliar la influencia de sesgos cognitivos al interior de las empresas, cfr. Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director’s Risk Mangement Oversight Obligations», pp. 105-111, en donde, entre otros, se pone énfasis en la necesidad de establecer el deber legal de los directores de desarrollar sistemas de supervisión y vigilancia, y correlativamente establecer mecanismos estatales de control de aquellas medidas. Asimismo, exigirle al comité de riesgos que cuente con la opinión de un consultor externo y que solicite internamente reportes internos de gestión al encargado de riesgo de la compañía. En el mismo sentido, Cohan, «“I Didn’ t Know” and “I Was Only Doing My Job””: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia», pp. 289-90. Asimismo, puede ser de utilidad ver la lista de comprobación (*check list*) de control del calidad de decisiones, que podría ayudar a detectar los sesgos cognitivos de los equipos de trabajo que llegan a acuerdos o hacen recomendaciones, preparada por Kahneman, Lovallo, y Sibony, «The Big Idea: Before you Make That Big Decision...», pp. 4 y ss. Además, ver Heath, Chip; Larrick, Richard y Klayman, Joshua, «Cognitive Repairs: How Organizational Practices Can Compensate for Individual Shortcomings», *Research in Organizational Behavior* 20, (1998), pp. 1-37, texto que analiza cómo las organizaciones pueden ayudar a reparar los defectos de la racionalidad limitada.

la influencia de los sesgos cognitivos en relación con las actuaciones de los funcionarios de la empresa; (iii) establecimiento de mecanismos mediante los cuales las auditorías tuviesen entre sus funciones la detección y corrección de conductas de los administradores que deriven de la influencia de sesgos cognitivos; (iv) aunque es una medida discutida y podría no aplicarse directamente al caso del abogado corporativo, se propone incorporar al consejo de administradores un consejero independiente.

Por otra parte, en relación con los estudios jurídicos se han propuesto algunas medidas para intentar superar los sesgos cognitivos, tales como las descritas por Donald Langevoort y que son las siguientes: (i) rotación de personal; (ii) implementación de sistemas de educación internos para crear mayor conocimiento o familiarización con las *banderas rojas* o señales de alerta que puedan indicar que las cosas no marchan tan bien como aparentan; (iii) introducción de revisiones por parte de otros abogados o pares respecto de los trabajos realizados, para tener la perspectiva de alguien no comprometido¹⁹⁷.

- c) **Medidas legales.** Otra alternativa a la corrección de sesgos cognitivos ya planteada es la posibilidad de que las legislaciones incentiven y, en algunos casos, incluso obliguen a las compañías a tomar medidas en contra de los sesgos cognitivos. Asimismo, se deberían establecer exigencias de mayor control de las operaciones de la compañía como pedir certificaciones de manera periódica, por ejemplo¹⁹⁸.

También, se ha sugerido establecer sanciones más duras a los ilícitos empresariales. Sin embargo dichos incentivos legales solo podrían tener efecto en la medida en que su implementación esté encomendada a las compañías y a los abogados de manera individual, porque éstos son justamente los que carecen de la capacidad de ver las señales de peligro al ser influidos por los sesgos cognitivos y, por tanto, las mayores o

¹⁹⁷ Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», pp.113-14. Ahora bien, el autor ha señalado que estas intervenciones no asegurarían la desviación de los sesgos cognitivos y, en cambio, tienen un alto costo en relación al tiempo y esfuerzo, sin considerar que además amenazan la autonomía de los abogados y dificultan la relación de estos profesionales con los clientes.

¹⁹⁸ En cuanto a modificaciones legales que se podrían implementar, cfr. Johnson, «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Management Oversight Obligations», pp. 105 y ss; Langevoort, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)», pp. 157 y ss.

menores sanciones de los eventuales ilícitos no tienen la capacidad de motivarlos a modificar su comportamiento¹⁹⁹.

En suma, se puede señalar que las medidas para intentar evitar la influencia de sesgos cognitivos en el abogado corporativo consisten fundamentalmente en enseñarle acerca de los sesgos cognitivos y heurísticas y, especialmente, concientizarlo de que -aun cuando no crea que es posible que los sesgos cognitivos afecten sus decisiones pues se considera a sí mismo imparcial y no sesgado- es muy probable que sus juicios estén influenciados por la racionalidad limitada, de manera que es imprescindible que en aquellas áreas en que un error pueda ser muy costoso se requiera la revisión de un tercero imparcial.

Asimismo, es muy importante que las asociaciones de abogados, estudios jurídicos y empresas sean conscientes que el abogado no es inmune a los sesgos cognitivos y se tomen medidas que permitan mitigar los sesgos a su respecto. Si bien, ninguna medida es infalible, ciertas precauciones, como las señaladas, pueden ayudar a mitigar el efecto de los sesgos cognitivos y las heurísticas.

¹⁹⁹ Langevoort, «Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud», p. 115.

CONCLUSIONES

A través de este trabajo he pretendido identificar y dar respuesta a algunas de las que –estimo– son las principales interrogantes que plantea el fenómeno de los sesgos cognitivos del abogado corporativo en lo que atañe a su eventual responsabilidad penal. Para ello, he hecho alusión al contexto dogmático en el que este problema se plantea, he indicado cuáles pudieran ser las implicancias de dichos sesgos en el marco de la teoría del delito y he formulado algunas consideraciones en relación con el tratamiento político criminal de este problema. En definitiva, el desarrollo de esta investigación me permite formular las siguientes conclusiones.

- i. Tanto en el ámbito del Derecho penal como en el de la economía el concepto de *agente* se caracteriza como un ser racional. Ello sin perjuicio de que en uno y otro caso la racionalidad posee distintos énfasis. Así, mientras el reproche penal se estructura sobre la base de un agente razonable que es capaz de comprender la norma y guiar su comportamiento de acuerdo a ella, la economía concibe al agente como un sujeto racional en el sentido de que este procurará siempre maximizar su beneficio.
- ii. Este ideal de hombre razonable se ha visto cuestionado –en materias económicas– por los avances de la psicología cognitiva que ha demostrado que el hombre no posee una racionalidad ilimitada que le permita lograr siempre la maximización de sus intereses, sino que, por el contrario, presenta una racionalidad *limitada* que se conforma con la satisfacción y trabaja en base a mecanismos heurísticos. En virtud de lo anterior, se ha propuesto modificar este ideal por un modelo de hombre racionalmente limitado, que parece explicar mejor la manera en que el hombre toma sus decisiones.
- iii. Este cuestionamiento al ideal racional por los efectos de la racionalidad limitada, de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, se extiende también al prototipo de agente razonable y libre con el que se cuenta en materia penal. Lo anterior por cuanto, las heurísticas y los sesgos cognitivos son limitaciones que actúan en todos los agentes y que afectan la manera en que los seres humanos toman decisiones, lo que puede provocar que el agente actúe sin completa conciencia de su participación en un ilícito. En otras palabras, cabe cuestionarse si es necesario redefinir el baremo de comportamiento en el derecho penal que se estructura sobre la base de un ideal racional hoy en cuestionamiento.

- iv. En efecto, se ha sostenido que el sistema mental automático (o sistema uno) realiza gran parte de las decisiones del ser humano. Dicho sistema emplea heurísticas que simplifican la toma de decisiones y generalmente funcionan de manera eficiente. Sin embargo, en algunas oportunidades pueden provocar errores o dar lugar a sesgos cognitivos. Así, las heurísticas y los sesgos interfieren en la manera en que los seres humanos perciben el mundo y provocan, entre otras cosas, que los agentes desatendan las estadísticas, se equivoquen en los cálculos, sobreestimen las posibilidades de éxito, interpreten la información de manera inadecuada, presenten un optimismo desmedido, no perciban los cambios o posible irregularidades a las que se enfrentan, etc.
- v. El caso del abogado corporativo, desde el punto de vista de la psicología, no es una excepción. A su respecto se ha señalado que se encuentra afectado a los mismos sesgos cognitivos que cualquier otro ejecutivo de una compañía en el marco de la gestión empresarial. Ahora bien, especialmente relevantes en la labor del abogado corporativo podrían ser los sesgos optimista, de sobre confianza, egocéntrico, de compromiso y el confirmatorio. Estos sesgos podrían contribuir, por ejemplo, a que el abogado presente una visión mucho más auspiciosa de la compañía, considerando que ella es superior al resto de los competidores del mercado y, por otra parte, evitarían que perciba las alertas de que algo no marcha bien.
- vi. Esta conclusión, que se deriva de un análisis psicológico, no es completamente (o al menos no lo es sin previas aclaraciones) traspasable al Derecho Penal, cuya práctica sugiere que no siempre será posible alegar los sesgos cognitivos a efectos de atenuar o excluir la responsabilidad penal.
- vii. En primer término, las heurísticas y los sesgos cognitivos **no pueden alegarse como causales de exclusión de la acción**, porque el agente afectado por el sesgo cognitivo actúa con plena voluntad e intención respecto del acto que realiza, más allá de que lo realice motivado por los sesgos cognitivos.
- viii. Ahora bien, en principio los sesgos cognitivos **parecen poder ser alegados como errores**, al menos en los casos de análisis propuestos, por cuanto generarían un déficit de conocimiento ya sea respecto de los elementos descriptivos del tipo (error de tipo) o de los elementos normativos (lo que podría dar lugar a un error de subsunción, que suele ser tratado como un error de prohibición).

- ix. Así, en los casos en que se podría alegar un error de tipo (como podría sostenerse en los casos Enron y OPM, según lo explicado) la concurrencia del error y su vencibilidad se encuentran determinadas por la posibilidad de exigirle al agente un mayor cuidado en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, por la posibilidad de que el agente evite o corrija el efecto de los sesgos cognitivos.
- x. En cuanto al error de subsunción (como en el caso de cobro indebido de horas) la concurrencia del error y especialmente su vencibilidad exigen acreditar que los sesgos cognitivos impidieron de manera absoluta la superación del error y que aquellos fueron la causa directa del comportamiento del abogado.
- xi.** Por último, he sostenido que no es posible alegar los sesgos cognitivos en relación con la categoría de imputación personal (esto es, como una falta de capacidad), por cuanto los sesgos cognitivos no son una *anomalía* síquica. Por el contrario, son errores sistemáticos que afectan a todos por igual y, por tanto, no pueden ser entendidos como una “incapacidad”. Tampoco se pueden alegar como un estado de necesidad u otra situación que disminuya la motivación corriente por la norma penal.
- xii. La importancia de estos supuestos es que evidencian la dificultad de compatibilizar los postulados de la Psicología Cognitiva con el sistema de imputación del Derecho Penal. A grandes rasgos, la cuestión es determinar si es necesario modificar el baremo del agente en Derecho Penal integrándolo con sesgos cognitivos, lo que podría provocar lagunas de punibilidad; o si, por el contrario, debiese normativizarse aún más este estándar de agente, lo que podría acarrear problemas con el principio de culpabilidad por exigirle al agente una actuación más diligente que aquella que es posible realizar.
- xiii.** Esta problemática es aún más patente en el caso del abogado corporativo, porque éste es percibido como un profesional juicioso o racional al momento de tomar decisiones y, además, las labores que realiza se vinculan estrechamente con aquellas que supuestamente debiesen ser realizadas por el sistema esforzado (o sistema dos) - especialmente la tarea de entregar consejos a sus clientes que les permitan maximizar sus utilidades.
- xiv.** En consideración a lo anterior, desde una perspectiva político criminal para el caso del abogado corporativo he planteado dos interrogantes. La primera fue determinar qué conductas del abogado corporativo -de aquellas que se encuentra influidas por los

sesgos cognitivos- deben ser sancionadas por el Derecho Penal. Ante ello, una posibilidad es responsabilizar al abogado corporativo por su comportamiento aun cuando aquel haya sido influenciado por limitaciones cognitivas, lo que lleva a plantear la posibilidad de que en el Derecho Penal eventualmente exista algún tipo de responsabilidad estricta, es decir, supuestos en los que la intención o dolo no abarque todos los elementos del delito. Al respecto es interesante observar el desarrollo de esta cuestión en el *common law*, en el que si bien existe controversia respecto de la responsabilidad estricta, también hay mayor disposición a relajar la exigencia de conocimiento de todos los elementos de lo que en el derecho continental se conoce como tipo subjetivo y con ello del principio de culpabilidad.

- xv. Una segunda cuestión que plantea el caso del abogado corporativo es determinar si es posible prevenir la influencia de sesgos cognitivos. Al respecto, se señaló a lo largo del trabajo que en la psicología no existe acuerdo respecto de si es posible minimizar el efectos de los fenómenos cognitivos y que los pronósticos, en general, no son muy esperanzadores. Sin embargo, se ha señalado que las posibilidades de limitar sus efectos se basan en dos pilares fundamentales. El primero es que los abogados tengan conocimiento respecto de los sesgos cognitivos y que sean conscientes de la influencia que ellos ejercen sobre su actuar, así como de cuales son las situaciones en que es más posible que aquellos sesgos aparezcan y en las que los errores que se generen puedan tener mayores costos asociados. El segundo pilar, es que cuenten con apoyo de terceros, ya sea de colegios profesionales o consultas a terceros imparciales respecto de sus decisiones. En este sentido, existen contextos como las organizaciones –o empresas- en que es más factible implementar mecanismos externos de apoyo a los abogados que puedan limitar la influencia de los sesgos cognitivos.

Mediante este trabajo se han querido exponer las problemáticas y posibles alternativas de solución que se presentan al intentar compatibilizar los fenómenos cognitivos con el sistema de imputación del Derecho Penal –que se evidencian aun más en el caso del abogado corporativo-. Sin embargo, dicha problemática está lejos de resolverse, puesto que si bien la racionalidad limitada refuta las bases sobre las que se construye la forma en que el derecho

penal atribuye responsabilidad, no es posible modificar dichas bases si no se cuenta con más información acerca de los efectos de las heurísticas y los sesgos cognitivos.

En relación con lo anterior, es importante considerar el estado de la ciencia al respecto, que hasta el momento no ha sido capaz de establecer de manera cierta si los sesgos cognitivos son evitables o superables y se ha limitado a proponer alternativas para intentar disminuir sus efectos. En este sentido, queda mucho camino por recorrer. Por otra parte, para poder arribar a una conclusión acerca de la relevancia de los sesgos cognitivos a la hora de atribuir responsabilidad, resulta necesario que la doctrina penal tome consciencia acerca de la relevancia de estos fenómenos y que se genere una discusión al respecto.

En suma, en el ámbito psicológico queda mucho por investigar y en el ámbito del derecho falta conocer en mayor profundidad la relevancia de los déficit cognitivos, lo que permitirá realizar un debate acerca de sus efectos en la teoría del delito y, aun más importante, evitar que abogados se vean envueltos en ilícitos por un déficit de percepción.

BIBLIOGRAFÍA

- Ashworth, Andrew. «Should Strict Criminal Liability Be Removed from all Imprisonable Offences?» *Irish Jurist*, 2010. pp.1-21.
- Audi, Robert. «Weakness of Will and Practical Judgment» *Noûs*, vol.13, n.º 2 (2008). pp.173-96.
- Babcock, Linda y Loewenstein, George. «Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases» *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11 (1997). pp.109-26
- Baron, Jonathan. *Morality and Rational Choice*. Kluwer Academic Publishers, 1993.
- Baumeister, Roy y Vohs.D., Kathleen. «Willpower, Choice, and Self-Control» en *Time and Decision*. Russell Sage Foundation, 2003. pp. 201-16.
- Bennett, Walter. *The Lawyer's Myth*. Chicago scholarship Online, 2002.
- Blair, Margaret. «Shareholder Value, Corporate Governance, and Corporate Performance. A Post-Enron Reassessment of the Conventional Wisdom» en *Corporate Governance and Capital Flows in a Global Economy*. Oxford University Press, 2003. pp. 53-82.
- Cancio Meliá, Manuel. «Psicopatía y Derecho Penal: Algunas Consideraciones Introductorias» en *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico- Penal de la Peligrosidad*. Edisofer S.L., 2013.pp. 529-45
- Cohan, John Alan. «“I Didn't Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron's Information Myopia» *Journal of Business Ethics*, vol. 40, (2002).pp.275-99.
- Cortada De Kohan, Nuria. «Los Sesgos Cognitivos en la Toma de Decisiones» *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, n.º 1 (2008). pp. 68-73.
- Cramton, Roger C. «Enron and the Corporate Lawyer : A Primer on Legal and Ethical Issues» *The Business Lawyer*, vol. 58, n.º 1 (2002). pp.143-87.
- Crespo, Eduardo Demetrio. «Libertad de Voluntad, Investigación Sobre el Cerebro y Responsabilidad Penal» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2 (2011). www.indret.com. pp.1-38
- D'Elia, Vanesa. «El Sujeto Economico y la Racionalidad en Adam Smith» *Revista de Economia Institucional*, vol.11, n.º 21 (2009).pp.37-43.
- Darley, John M. «How Organizations Socialize Individuals into Evidloing» en *Codes of Conduct: Behavioral Research into Business Ethics*. Russell Sage Foundation, 1996. pp.13-43.
- Davidson, Donal. «How is Weakness of the Will Possible?» en *Moral Concepts*. Oxford University Press, 1969.pp.93-113.

- Douglas, Bernstein; Louis, Penner; Alison, Clarke- Stewart y Roy, Edward. *Psychology*. Houghton Mifflin Company, 2003.
- Felip i Saborit, David. *Error Iuris. El Conocimiento de la Antijuridicidad y el Artículo 14 del Código Penal*. Atelier serie mayor, 2000.
- Fisch, Jill, y Rosen Kenneth. «Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?» *Villanova Law Review*, vol. 48, n.º 4 (2003). pp.1097-2003.
- Garvey, Stephen. «When Should a Mistake of Fact Excuse?» *Texas Tech, Law Review*, vol. 42 (2010).pp.359-82.
- Gino, Francesca y Bazerman, Max. «When Misconduct Goes Unnoticed: The Acceptability of Gradual Erosion in Others' Unethical Behavior» *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 45 (2009).pp.708-19.
- Heath, Chip; Larrick, Richard P. y Klayman, Joshua. «Cognitive Repairs: How Organizational Practices can Compensate for Individual Shortcomings» *Research in Organizational Behavior*, vol. 20 (1998). pp.1-37.
- Herciu, Mihaela y Ogrea, Claudia. «Corporate Governance and Behavioral Finance: From Managerial Biases to Irrational Investors» *Studies in Business and Economics*, vol. 9, n.º 1 (2014).pp.66-73.
- Holton, Richard. «Intention and Weakness of Will» *Journal of Philosophy*, vol. 96, n.º 5 (1999).pp. 241-262.
- Honore, Tony. *Responsibility and Fault*. Oxford-Portland, 1999.
- Holder, Jeremy. «Strict Liability, Statutory Construction, and the Spirit of Liberty» *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002).pp.458-75.
- Hruschka, Joachim. «Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación» en *Imputación y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi S.A., 2009.p.11-30
- Hurley, Paul. «How Weakness of the Will Is Possible» *Mind, New Series*, vol. 101, n.º 401 (1992).pp.85-88
- Husak, Douglas. «Alternatives Theories of Criminalization. Law and economics» en *Over Criminalization*. Oxford University Press, 2008. pp. 180-87
- .«Varieties of Strict Liability» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 8, n.º 2 (1995).pp.189-225
- Johnson, Kristin N. «Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Director's Risk Mangement Oversight Obligations» *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 45 (2011-2012). pp.55-112.
- Jolls, Christine. «Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules» en *Behavioral Law and Economics*. Cambridge University Press, 2000. pp.288-99.

- Jolls, Christine; Sunstein, Cass y Thaler, Richard. «A Behavioral Approach to Law and Economics» *Stanford Law Review*, vol. 50, n.º 5 (1998). pp.1471-550.
- Kahneman, Daniel. «Mapas de la Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual» *Revista Asturiana de economía*, n.º 28 (2003). pp.181-225.
- . *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. Debolsillo, 2013.
- Kahneman, Daniel; Lovallo, Dan y Sibony, Olivier. «The Big Idea: Before you Make that Big Decision...» *Harvard Business Review*, vol. 89, n.º 6 (2011). pp.1-23.
- Kahneman, Daniel y Tversky, Amos. «Choices, Values, and Frames» *American Psychologist*, vol. 39, n.º 4 (1984). pp.341-50
- . «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases» en *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press, 1998. pp. 3-20
- . «Teoría Prospectiva : Un Análisis de la Decisión Bajo Riesgo. Version en Español» *Infancia y Aprendizaje*, n.º 30 (1987). pp. 95-124.
- Korobkin, Russell y Ulen, Thomas. «Law and Behavioral Science: Removing the Assumption from Law and Economics» *California Law Review*, vol. 88, n.º 4 (2000). pp. 1053-144.
- Kronman, Anthony. *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.
- Kuran, Timur y Sunstein, Cass. «Availability Cascades and Risk Regulation» *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999. pp.683-768.
- Langevoort, Donald, «Ego, Human Behavior, and Law» *Virginia Law Review*, vol. 81, n.º 3 (2015). pp.853-86.
- . *Getting (Too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk, and the Financial Crisis*, en Georgetown Law and Economics Research Paper n.º 11-27 (2011), <http://ssrn.com/abstract=1932398>. pp. 1-28
- . «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Misperceive Stock Market Investors (And Cause Other Social Harms)» *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, n.º 1 (1997). pp.101-72.
- . «The Epistemology of Corporate-Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior» *Brooklyn Law Review*, vol. 63, n.º 3 (1997).pp. 629-76.
- . «Where Were the Lawyers ? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud» *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, n.º 1 (1993). pp. 75-119.

- Mañalich, Juan Pablo. «El Estado de Necesidad Exculpante. Una propuesta de Interpretación del Artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno» en *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en la Memoria de Enrique Curry*. Thomas Reuters, 2013. pp. 715-42.
- McAdams, Richard y Ulen, Thomas, *Behavioral Criminal Law and Economics*, en University of Chicago Law School. John M. Olin Law & Economics, working paper n.º 4, (2D series), noviembre (2008), <http://m.law.uchicago.edu/files/files/244-440.pdf>. pp.1-41.
- Medwed, Daniel S. «The Good Fight: The Egocentric Bias, the Aversion to Cognitive Dissonance, and American Criminal Law» *Journal of Law & Policy*, vol 22 (2013). pp.135-146.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, 2008.
- Moore, Michael. *Law and Psychiatry. Rethinking the Relationship*. Cambridge University Press, 1984.
- Pascale, Ricardo. «Toma de Decisiones Económicas : El Aporte Cognitivo en La Ruta De Simon, Allais y Tversky y Kahneman» *Ciencias Psicológicas*, vol. I, n.º 2 (2007). pp.149-70.
- Plouss, Scott. *The Psychology of Judgment and Decisison Making*. McGraw-Hill, Inc, 1993.
- Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2011.
- Prentice, Robert. «Enron: Brief behavioral Autopsy» *American Business Law Journal*, vol. 40 (2003). pp. 417-444.
- . «Ethical decision: More Needed than Good Intentions» *Financial Analysts Journal*, vol. 63, n.º 6 (2007). pp.17-30.
- . «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases» *Journal of Business Ethics Education*, vol. 1, n.º 1 (2004). pp. 55-72.
- . «The Case of Irrational Auditor: A Behavioral Insight into Securities Fraud Litigation» *Northwestern University Law Review*, vol. 95, n.º 1 (2000). pp.1-34.
- Rhode, Deborah y Paton, Paul. «Lawyers, Ethics, and Enron» En *Enron: Corporate Fiascos and Their Implications*. Foundation Press, 2004. pp.625-58.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo I*. Civitas, 1997.
- Selten, Reinhard. «What Is Bounded Rationality?» en *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox*. Cambridge, Mass.: Mit Press, 2001. pp.13-36
- Sharot, Tali. *The Science of optimism. Why We're Hard-Hired for Hope*. Kindle, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María. «Eficiencia y Derecho Penal» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 49 (1996). pp. 93-127.

- . «Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial» en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Edisofer S.l./ IB de F, 2013. pp.153-201.
- . «La Función Negativa del Concepto de Acción. Algunos Supuestos Problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 39 (1986). pp. 905-933.
- . «Sobre los Movimientos Impulsivos y el Concepto Jurídico-Penal de Acción» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 44 (1991). pp. 1-23.
- . «Teoría del Delito y Derecho Penal Económico Empresarial» en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Edisofer S.l./ IB de F, 2013. pp.1-50
- Silva Sánchez, Jesús-María y Varela, Lorena, «Responsabilidades Individuales en Estructuras de Empresa. La Influencia de Sesgos Cognitivos y Dinámicas de Grupo» en *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Edisofer S.l./ IB de F, 2013. pp. 203-241
- Simon, Herbert. «A Behavioral Model of Rational Choice» *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1 (1955). pp. 99-118.
- . «Theories of Bounded Rationality» En *Decision and Organization*. North-Holland Publishing Company, 1972. pp.161-76.
- Stanovich, Keith. *Who Is Rational*. Lawrence Erlbaum Associates, 1999.
- Taylor, Stuart, «Ethics and the Law: A Case History» en N.Y. Times Mag., 9 de enero de 1983, www.nytimes.com (consultado: 12 de mayo de 2015)
- Nagel, Thomas. «Moral Luck.» en *Moral Questions*. Cambridge University Press, 2014. pp.24-38.
- Wilson, William. *Criminal Law. Doctrine and Theory*. Longman, 2003.
- Wolf, Robert. «How to Minimize your Biases When Making Decisions» *Harvard Business Review*, n.º 9 (2012). pp.1-4.

FUENTES JURÍDICAS

Código Penal Chileno

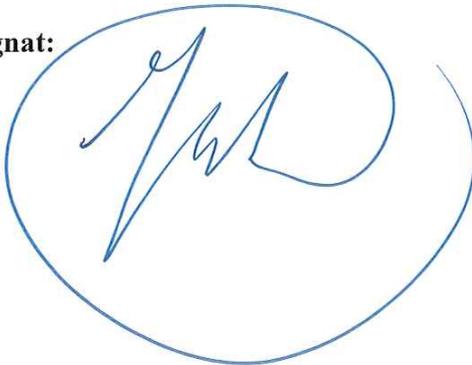
Código Penal Español

TREBALL FI DE MÀSTER D'ESTUDIS JURÍDICS AVANÇATS
MEJA
AUTORITZACIÓ DE LA PRESENTACIÓ DEL TREBALL

Dr. Dr. h.c. mult. Jesús- María Silva Sánchez Prof. Catedràtic del Departament de Dret Penal de la Facultat de Dret de la Universitat Pompeu Fabra com a tutor de l' alumna del Treball de Fi de Màster d' Estudis Jurídics Avançat – MEJA Silvia Libertad Triviño Alvarado, que porta per títol: ¿Puede el abogado corporativo alegar la influencia de heurísticas y sesgos cognitivos en su comportamiento como excusa de un ilícito? matriculat en el segon Semestre del curs 2015, autoritzo la seva presentació per ser avaluat per a la Comissió Avaluadora que es designi.

Barcelona.....29 de junio de 2015

Signat:



Nota: Aquesta autorització s'ha de presentar signada a l' Escola de Postgrau amb els tres exemplars del treball en paper.

**TREBALL FI DE MÀSTER D'ESTUDIS JURÍDICS AVANÇATS
MEJA
AUTORIZACIÓ DE LA PRESENTACIÓ DEL TREBALL**

Dr./Dra Carolina Bolea Bardon Prof. Titular del Departament de Derecho Penal de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, com a tutor/a de l' alumne/a del Treball de Fi de Màster d' Estudis Jurídics Avançat – MEJA Silvia Libertad Triviño Alvarado que porta per títol ¿Puede el abogado corporativo alegar la influencia de heurísticas y sesgos cognitivos en su comportamiento como excusa de un ilícito?, matriculat en el segundo Semestre del curs 2015. autoritzo la seva presentació per ser avaluat per a la Comissió Avaluadora que es designi.

Barcelona..... 29 July 2015

P.A.

[Handwritten signature]

Signat:

Nota: Aquesta autorització s'ha de presentar signada a l' Escola de Postgrau amb els tres exemplars del treball en paper.