

# ¿Quién responde penalmente por los sesgos cognitivos en una empresa?

**Mar Domínguez González de Chaves<sup>1</sup>**

Esta columna plantea una reflexión acerca de la posible responsabilidad por los sesgos cognitivos que acontecen en el ámbito empresarial. Para ello, se plantea un doble foco de discusión basado, primero, en la responsabilidad de los administradores en tanto que ostentan una posición de garante y, segundo, en la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito jurídico español.

## SUMARIO:

I. Introducción; II. Contexto y conceptualización ; III. Responsabilidad de los administradores por los sesgos cognitivos; IV. Responsabilidad de la persona jurídica por los sesgos cognitivos; V. Toma de postura y conclusiones; VI. Bibliografía.

## I. Introducción

El auge de la globalización de la economía ha propiciado —entre otras cosas— que las empresas cometan hechos delictivos e, incluso, se les llegue a considerar responsables por los mismos. Es por ello por lo que en esta columna se plantea la cuestión de la responsabilidad por la neutralización de los sesgos cognitivos en el ámbito empresarial.

Lo anterior se debe a que tanto los procesos heurísticos como los sesgos cognitivos son inherentes al ser humano, ya sea por su propio bagaje personal o por su inclusión en grupos altamente

---

<sup>1</sup> Magíster en Derecho Penal Económico en la Universidad Internacional de la Rioja. Graduada en Derecho, Ciencia Política y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid.

organizados. Como se verá, estos procesos y sesgos producen errores en la toma de decisiones y, en algunas ocasiones, llegan a favorecer la comisión de delitos dentro del ámbito de la empresa.

Así las cosas, en esta columna se profundiza en si deben ser los administradores de la sociedad quienes ostenten el deber de neutralizar los sesgos cognitivos o si, por el contrario, debería ser la propia persona jurídica quien respondiese atendiendo al ordenamiento jurídico vigente<sup>2</sup>. Para ello, se tratará de conceptualizar el significado y el alcance de los sesgos cognitivos, se clasificarán y se pondrán algunos ejemplos para, posteriormente, analizar la responsabilidad de los administradores dada su posición de garantía y la limitación de sus competencias. Por último, se profundizará en la regulación penal —española— de la persona jurídica y se entrará a valorar si esta puede o no responder por los sesgos cognitivos y cuál podría ser el alcance de dicha responsabilidad.

## II. Contexto y conceptualización

Actualmente, y siguiendo con lo planteado por Cigüela Sola, toda organización está compuesta por (i) la estructura organizativa que constituye la realidad tangible, es decir, los sistemas y canales de comunicación o de distribución de competencias, entre otras; y (ii) la cultura organizativa, que se podría definir como «un conjunto de interpretaciones compartidas acerca de la realidad (dimensión cognitiva), de lo justo y lo injusto (dimensión valorativa) y del actuar conjunto (dimensión volitiva), todas las cuales están estrechamente relacionadas e interconectadas entre sí»<sup>3</sup>.

De esta manera, esta cultura puede transformarse en criminógena como consecuencia de las presiones que provienen del entorno. Ante esta situación, Silva Sánchez<sup>4</sup> afirma que los seres humanos poseen una fuerza de voluntad limitada que consiste en la toma de decisiones que benefician al individuo a corto y no a largo plazo y, por otro, se encuentra el autointerés limitado donde el ser humano brinda un trato justo a los demás porque espera recibir lo mismo. Además, los

---

<sup>2</sup> Se analizará desde la perspectiva de la situación actual en España.

<sup>3</sup> CIGÜELA SOLA, Javier. Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal. En: La ley Digital [en línea]. 2020, n.º 2, p. 3.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. En: Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Madrid: Edisofer, 2016, pp. 248 y ss.

individuos poseen una racionalidad –también– limitada, que se refleja en la utilización de atajos heurísticos y en la aparición de *sesgos cognitivos* que configuran pautas de conductas.

Los atajos heurísticos, según Muñoz Aranguren<sup>5</sup>, consisten en procedimientos mentales de simplificación que facilitan la solución de problemas mediante juicios intuitivos, estimaciones o predicciones dada la dificultad que significaría procesar toda la información que se presenta<sup>6</sup>, lo que, a su vez, podría dar lugar a errores y sesgos cognitivos.

En relación con a los distintos procedimientos heurísticos, Muñoz Aranguren<sup>7</sup> señala los siguientes:

- (1) Procedimiento heurístico de la representatividad (*representativeness*), que lleva a la comisión de errores estadísticos y matemáticos cuando se calculan probabilidades.
- (2) Procedimiento heurístico de la disponibilidad (*availability*), que supone la valoración de un hecho conforme a experiencias pasadas.
- (3) Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (*anchoring*), que consiste en la realización de una estimación a partir de un valor inicial (anclaje) que ejerce una influencia muy grande con respecto de la información adicional, ya que esta se irá adaptando al anclaje.

Por su parte, los sesgos cognitivos, según Pérez Triviño, son errores en los que incurre el ser humano debido a su racionalidad limitada, como consecuencia –entre otras cosas– de los procedimientos heurísticos<sup>8</sup>. Así, los sesgos pueden ser catalogados como individuales, si dependen en gran medida de las vivencias personales del individuo, o grupales, si lo hacen de la inclusión del individuo en un grupo organizado. Algunos **sesgos individuales**<sup>9</sup> pueden ser:

- El **sesgo de exceso de confianza**: Los individuos tienden a tener más confianza en sus propios conocimientos, habilidades y juicios de lo que justifica la realidad de su actuación.

---

<sup>5</sup> MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. En: Indret, revista para el análisis del Derecho, n.º 3, 2011, p. 3.

<sup>6</sup> BUSTAMANTE REQUENA, José Francisco. (2021). Sesgos Cognitivos en la valoración individual de la prueba. En: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19419>, 2021, p. 5.

<sup>7</sup> MUÑOZ ARANGUREN, *Op. Cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>8</sup> PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. Compliance y cultura ética: sesgos y nudges. En: La ley Digital, n.º 11021, 2020, p. 7.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pp. 252 y ss.

- El **sesgo de exceso de optimismo**: Se juzgan las cosas en su aspecto más favorable y positivo. Por ejemplo, las expectativas creadas por los directivos de los grandes bancos en el momento anterior al estallido de la crisis económica.
- El **sesgo de confirmación**: Se construye una teoría y luego se tiende a buscar las pruebas que la refuten. Por ejemplo, a la hora de redactar un informe de viabilidad de inversiones, adjuntar y revisar en mayor medida la información que es favorable.

En cuanto a los **sesgos grupales**, algunos ejemplos son:

- El **sesgo del rol asumido**: Consiste en la asunción de un determinado comportamiento por parte de un sujeto cuando integra una organización. Por ejemplo, el sujeto antes de entrar a la organización no hacía ninguna pausa para tomar café y, dado que esto es un comportamiento usual, comienza a hacerlo.
- El **sesgo de obediencia a la autoridad**: Consiste en la tendencia de un sujeto a creer que lo que está realizando está bien porque su superior se lo indica.
- El **sesgo de conformidad**: A través del cual los agentes se muestran conformes con la opinión de la mayoría del grupo, incluso cuando sus convicciones personales son otras<sup>10</sup>.

Por lo tanto, los sesgos afectan las formas individuales de pensar y actuar, pero también se relacionan con los elementos culturales de la organización<sup>11</sup>. En este sentido, Silva Sánchez<sup>12</sup> ha destacado que, en las dinámicas de grupo, las decisiones individuales están condicionadas por el contexto y el proceso (fuerzas situacionales). Es decir, cuando las personas acceden a nuevos ámbitos, asumen también nuevos patrones de conducta que producen una modificación de su comportamiento individual aislado<sup>13</sup>.

En definitiva, los procesos heurísticos, muy útiles en la vida diaria, generan, en numerosas ocasiones, sesgos cognitivos que pueden afectar la toma de decisiones. Dada la complejidad de la organización empresarial y el impacto de esta en el entorno social, se procederá a estudiar en los apartados siguientes la posible atribución de responsabilidad de los administradores de la empresa

<sup>10</sup> PÉREZ TRIVIÑO, *Op. Cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>11</sup> CIGÜELA SOLA, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>13</sup> MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. En *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, n.º 1, 2023, p. 9.

como garantes de los riesgos que pudieran acontecer en el ámbito de sus competencias para, ulteriormente, valorar la posible responsabilidad de la persona jurídica.

### **III. Responsabilidad de los administradores por los sesgos cognitivos**

Como acertadamente destaca Feijóo Sánchez<sup>14</sup>, el derecho penal debe tener muy en cuenta la existencia de las organizaciones como realidad social y buscar la manera de tratarlas adecuadamente. Para ello, este autor señala que, primero, se debe determinar cuándo el delito es objetivamente imputable a la empresa, puesto que de no ser posible esto, tampoco sería posible atribuírselo a sus integrantes. Y, en un segundo momento, se debe determinar qué personas físicas son competentes respecto del hecho y, además, han infringido los deberes derivados de dicha competencia.

Por todo ello, es de vital importancia considerar los criterios de jerarquía y delegación (en el ámbito vertical), y de división del trabajo a través de los principios de competencia y confianza (en el ámbito horizontal).

Concretamente, el concepto de jerarquía tiene dos dimensiones. Por un lado, se encuentra relacionado con la naturaleza de técnica organizativa, es decir, el grado de jerarquía depende de la estructura y del modelo de gestión que se adopte en la empresa y, por otro lado, la jerarquía puede ser un criterio orientativo para la delimitación de las competencias de los sujetos intervinientes en estas estructuras<sup>15</sup>. Con respecto a lo anterior, Martínez-Buján Pérez<sup>16</sup> señala que los problemas de imputación derivados del ámbito empresarial se fundamentan en el principio de jerarquía y en la división del trabajo. Este autor apunta a que esto se debe a la separación entre la acción y la

---

<sup>14</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Madrid: Editorial Reus, 2007, pp. 176 y ss.

<sup>15</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008, p.77.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español). En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 245 y ss.

responsabilidad que se produce entre los subordinados —quienes ejecutan la conducta delictiva—, y los verdaderos responsables de la decisión —que son aquellos que se encuentran en la cúpula—. Además, hay que tener en cuenta que las relaciones de jerarquía presuponen la existencia de deberes de vigilancia y control.

Así las cosas, la delegación consiste, atendiendo a lo señalado por Robles Planas<sup>17</sup>, en que el administrador (delegante) transfiere su competencia al subordinado (delegado), asumiendo este último la posición de garantía. Sin embargo, para que el primero se libere de su responsabilidad, es necesario que la delegación esté correctamente efectuada, es decir, que exista una adecuada selección del delegado y una autonomía de este.

Por lo tanto, se trata de una vía a través de la cual se pretende:

«atribuir una responsabilidad penal a los órganos directivos superiores jerárquicos en la organización empresarial que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados. [...] [Todo lo anterior aplicará únicamente si] puede acreditarse que el órgano directivo u “hombre de atrás” se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa»<sup>18</sup>.

A este respecto, tal y como señala Torres López<sup>19</sup>, no se puede concebir una sociedad sin asignación de responsabilidades que permitan una disminución de los riesgos inherentes a la actividad de esta.

Por otra parte, Peñaranda Ramos<sup>20</sup> señala que, aunque los deberes sean delegados, el deber primario y originario de garantizar la observancia del cuidado de evitar los daños a terceros,

---

<sup>17</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principio de Imputación en la empresa. En: Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, *passim*.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>19</sup> TORRES LÓPEZ, Javier Augusto. Fundamentos de la autoría en los delitos empresariales: entre el dominio del hecho y el quebrantamiento del deber. Disponible en: <https://dialogospunitivos.com/fundamentos-de-la-autoria-en-los-delitos-empresariales-entre-el-dominio-del-hecho-y-el-quebrantamiento-del-deber/> 2020, *passim*.

<sup>20</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la Empresa. En: Fraude a consumidores y Derecho Penal. Fundamentos y talleres de leading cases. Madrid: Edisofer, S.L. 2016, pp. 271 y ss.

permanece (en este sentido también, Lascuráin Sánchez<sup>21</sup>). Por ende, la distinción entre autoría y participación radicará en la existencia de ámbitos separados de responsabilidad.

En cambio, hay que destacar que la delegación genera un riesgo de lesión de los bienes confiados a ella y, con frecuencia, las tareas delegadas se vuelven a delegar en posteriores sujetos, bien es cierto que la delegación no hace desaparecer los deberes, sino que los transforma. En este sentido, la división de las tareas en diferentes sujetos divide también el poder de información, por lo que, tal y como señala Mansdörfer, un suministro de información insuficiente es el origen de casi todos los peligros físicos que pueden acontecer en una empresa<sup>22</sup>.

Por su parte, en el ámbito horizontal, el principio de competencia consiste en que el objeto social de la empresa se desarrolla en esferas competenciales delimitadas, por lo que no permitiría “fundamentar la existencia de un deber de neutralizar los riesgos o evitar los resultados que se produzcan en esferas de organización ajenas”<sup>23</sup>, sino, solamente, la existencia de deberes de solidaridad<sup>24</sup>. En este caso, habrá que establecer qué criterios son válidos para determinar qué directivo, en el ámbito de su competencia, ha infringido su posición de garante. En estos supuestos, para que la competencia fundamente la autoría será necesario que el individuo tenga capacidad de decidir si lleva a cabo o no la actividad delictiva<sup>25</sup>.

Para analizar lo anterior es necesario profundizar en el principio de confianza. Maraver Gómez<sup>26</sup> puntualiza que, cuando intervienen varios individuos en la ejecución de una conducta peligrosa, «cada uno puede confiar en que los demás actuarán correctamente, salvo que haya circunstancias en el caso concreto que hagan pensar lo contrario»<sup>27</sup>. Este principio se fundamenta en uno más

---

<sup>21</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. En: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 99 y ss.

<sup>22</sup> MANSDÖRFER, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Madrid: Edisofer, 2016, p. 208.

<sup>24</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor y BOLEA BARDÓN, Carolina. La organización de la actividad mercantil como presupuesto de la determinación de la responsabilidad penal individual de la empresa. En Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 47.

<sup>25</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Mecanismo de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento. En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 102 y ss.

<sup>26</sup> MARAVER GÓMEZ, Mario. El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa. En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, *passim*.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 182 [en cursiva en el texto original].

general que es el principio de autorresponsabilidad<sup>28</sup>, es decir, cada uno es responsable por su propio comportamiento.

En consonancia con lo anterior, lo decisivo no es la existencia de un determinado riesgo ni la presencia de conocimientos en el agente, sino la concesión de espacios de libertad. Esto se concreta con la posición de garante, es decir, uno no solamente responde por su comportamiento sino por su ámbito de decisión.

Por un lado, según la doctrina mayoritaria, el administrador solo será responsable penalmente por los actos delictivos que han llevado a cabo sus subordinados cuando no cumpla con las medidas de vigilancia y control. Esto es, se niega la responsabilidad genérica de los directivos por los hechos que han cometido sus subordinados<sup>29</sup>. Sumado a lo anterior, el administrador tiene una posición de garantía en relación con los riesgos que proceden de sus empleados, y responderá por «haber asumido el dominio sobre una fuente de riesgos personales, constituida precisamente por aquellos que están bajo su supervisión»<sup>30</sup>.

A pesar de lo anterior, para García Caveró<sup>31</sup> y Feijóo Sánchez<sup>32</sup>, el criterio para estudiar el reparto de competencias dentro de una organización es observar su organigrama y, en función de este, analizar quién es responsable de qué. Sin embargo, este criterio es necesario, pero no suficiente para saber con certeza el reparto de competencias.

## IV. Responsabilidad de la persona jurídica por los sesgos cognitivos

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 187 [en cursiva en el texto original].

<sup>29</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid: lustel, 2009, p.92.

<sup>30</sup> BOLEA BARDÓN, Carolina y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Comisión por omisión. Deberes de garante de la empresa. En Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 95.

<sup>31</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. 1998, pp. 88 y ss.

<sup>32</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas redondas. Derecho y Economía. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2008, p. 203.



La responsabilidad penal de la persona jurídica se introdujo en España tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Bien es cierto que la primera Sentencia del Tribunal Supremo en tratar la responsabilidad corporativa no llegaría hasta el 2 de septiembre de 2015 (STS 514/2015, ECLI:ES:TS:2015:3813<sup>33</sup>).

Fue en ese mismo año cuando se introdujo una reforma legislativa relativa a los programas de cumplimiento a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 20 de marzo<sup>34</sup>.

Actualmente, la responsabilidad de la persona jurídica se expresa en el artículo 31 bis del Código Penal español (de aquí en adelante, CP), aunque debe destacarse que carecen de responsabilidad los entes sin personalidad jurídica propia, el Estado, los entes territoriales (comunidades autónomas, provincias...), las organizaciones internacionales de derecho público, las agencias, los organismos reguladores y las entidades públicas empresariales.

Conforme al artículo mencionado, el delito será imputable a la persona jurídica cuando la persona física que haya cometido el delito sea (a) representante legal y autorizado de la persona jurídica o (b) sea empleado o subordinado por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Además, es necesario que (c) la actuación haya sido en nombre o por cuenta de la persona jurídica y (d) haya habido un beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Además, es condición *sine qua non* que el delito concreto tipifique la responsabilidad de la persona jurídica y le asigne una pena (artículo 33.7 del CP). Bien es cierto que, lejos de lo que pudiera parecer, el catálogo de responsabilidad de la persona jurídica es bastante arbitrario, puesto que, por ejemplo, esta no puede ser responsable por los delitos cometidos contra los trabajadores (artículos 311 y siguientes del CP).

Asimismo, podría parecer que nos encontramos ante un modelo de heterorresponsabilidad, donde, automáticamente, se traslada la responsabilidad de la persona física que ha cometido un delito en el seno de la persona jurídica a esta última. Sin embargo, en el sistema español nos encontramos ante un modelo de autorresponsabilidad (en este sentido, STS 154/2016, de 29 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:613<sup>35</sup>), puesto que, primero, no es necesario que se declare previamente la

<sup>33</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. N.º 514/2015. (02, septiembre, 2015). Madrid, 2015.

<sup>34</sup> ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>35</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. N.º 154/2016. (29, febrero, 2016). 2016.

responsabilidad penal de la persona física para declarar posteriormente la responsabilidad de la persona jurídica; segundo, que no se pueda identificar al autor del delito no excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica (artículo 31.1 ter del CP); tercero, las agravantes y atenuantes correspondientes a la persona física no pueden ser trasladadas a la persona jurídica (artículo 31.2 ter del CP); cuarto, la persona jurídica tiene sus propias circunstancias modificativas de la responsabilidad (artículo 31 quater del CP), además de un sistema de penas propio (artículo 66 bis del CP).

Adicionalmente, en el apartado segundo del artículo 31 bis del CP se mencionan expresamente los programas de cumplimiento, y se les otorga una función de eximente o atenuante dependiendo del grado de apreciación de los requisitos mencionados. En tal sentido, se señala que el fin último de estos programas consiste en la prevención de la comisión de delitos o la disminución del riesgo de comisión de estos. Incluso, en el apartado 5 del citado artículo se mencionan los requisitos expresos con los que debe contar un programa de cumplimiento para ser catalogado como efectivo.

Ante esta situación, y atendiendo a la literalidad de la norma, la persona jurídica podrá eximirse o, al menos, atenuar la pena, en aquellos casos en los que exista un nexo causal entre la causación del delito y el defecto de organización. No obstante, el Tribunal Supremo no ha reconocido de forma taxativa la exención de responsabilidad de la persona jurídica por la tenencia de un programa de *compliance* efectivo, puesto que, de pronunciarse acerca del tema, lo hace de manera negativa, es decir, acerca de la no tenencia de un programa de *compliance* (STS 3201/2020, de 08 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3201<sup>36</sup>). Por lo tanto, según el Alto Tribunal, se castiga a la persona jurídica por un incumplimiento de los deberes de supervisión y no por la inexistencia genérica de un programa de cumplimiento (STS 966/2016, de 16 de marzo, ECLI: ES:TS:2016:966<sup>37</sup>).

En contraposición con la postura del Tribunal Supremo, y en resoluciones más recientes, los tribunales han comenzado a enfocarse en la exención de responsabilidad de la persona jurídica por la tenencia de un programa de *compliance* eficaz. Entre las diversas resoluciones adoptadas, destaca por un lado, el Auto de sobreseimiento del caso Púnica, dictado por la Audiencia Nacional

<sup>36</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. N.º 3201/2020. (08, octubre, 2020). 2020.

<sup>37</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. N.º 966/2016. (16, marzo, 2016)

en el que se investigaba el presunto desvío de fondos por parte de la mercantil Indra, S. A.<sup>38</sup> y, por otro, el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 6, de 29 de julio de 2021, confirmado por la Audiencia Nacional<sup>39</sup>, acerca del sobreesimio y posterior archivo del asunto CaixaBank y Repsol, que se enmarcaba en el «Caso Villarejo», puesto que las mercantiles contaban con programas de cumplimiento con fecha anterior al hecho delictivo y, además, tenían una cultura corporativa apta para poder evitar la comisión de los hechos que se les imputaban.

Por todo lo anterior, y atendiendo a la jurisprudencia, es clara la necesidad de que los sistemas de cumplimiento normativo regulen no solo elementos objetivos (actividades, posibles riesgos...), sino también elementos subjetivos que pueden acontecer en el seno de la organización y, como consecuencia de ellos, llegarse a la comisión de delitos. En este orden de cosas, deberá tenerse en cuenta, dada la cultura organizativa, el sector de actividad, la localización geográfica..., entre otras cosas la posible aparición de sesgos cognitivos y buscar alternativas para su erradicación, control o disminución.

Una de las primeras alternativas podría ser la creación de códigos éticos. Esto posibilitaría buscar procedimientos heurísticos que permitan llegar a decisiones correctas, mediante la identificación y compilación de las evidencias acerca de la creación y prevención de los sesgos, y evaluarlas conforme a cada proceso. Otra posible alternativa es la apuntada por Muñoz Aranguren<sup>40</sup>, a través de la motivación de la toma de decisiones, aunque esto implicaría que cada decisión que se tome deba ser supervisada por un órgano superior con todos los costes que ello implica. Por último, Cigüela Sola<sup>41</sup> se decanta por la modificación de los *scripts* que consiste en que los mensajes y las narrativas tienen que ser elaborados y modificados de acuerdo con una orientación cultural concreta. Por ejemplo, si está prevista una auditoría en las próximas semanas, podría ser conveniente reforzar el mensaje de la importancia que tiene la veracidad de los documentos. Por otro lado, este autor

---

<sup>38</sup> AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA. El juez de la Audiencia Nacional archiva la causa contra Indra en la pieza del caso Púnica que investiga el presunto desvío de fondos de la Agencia de Informática y Comunicación de la Comunidad de Madrid. [Internet]. España. Oficina de comunicaciones. 24 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/ Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/El-juez-de-la-Audiencia-Nacional-archiva-la-causa-contr a-Indra-en-la-pieza-del-caso-Punica-que-investiga-el-presunto-desvio-de-fondos-de-la-Agencia-de-Informatica-y-Comunicacion-de-la-Comunidad-de-Madrid>

<sup>39</sup> La Audiencia exonera definitivamente a Repsol y CaixaBank del 'caso Villarejo' [en línea]. En: Cinco Días - El País. Madrid, España. 31 de enero de 2023. Disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/31/companias/1675175258\\_477625.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/31/companias/1675175258_477625.html)

<sup>40</sup> MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica. En: Indret, revista para el análisis del Derecho, n.º 4, 2019, p. 43.

<sup>41</sup> CIGÜELA SOLA, *Op. cit.*, pp. 11 y ss.

señala también las modificaciones del contexto de toma de decisiones mediante elementos que alteren el comportamiento del individuo sin ningún incentivo. Estos mecanismos se denominan *nudges* y funcionan correctamente en situaciones que son previsibles y estructuradas, pero no en aquellas que se caracterizan por ser imprevisibles.

## V. Toma de postura y conclusión

Para finalizar esta columna, cabe destacar que el administrador —como garante original— responde por lo que ha hecho su empresa, así como también por los riesgos que debe controlar como consecuencia de la delegación de competencias. Lo relevante de la omisión radica en que una persona no ha realizado como tal el hecho típico, pero tenía el deber de evitarlo. En definitiva, lo realmente importante es que la responsabilidad individual de los administradores “puede provenir de no organizar bien la seguridad de su empresa o de no supervisar a sus delegados inmediatos”<sup>42</sup>. Aunque, tal y como se ha ido señalando a lo largo de la presente columna, el administrador solo podrá responder por ciertos delitos que se cometen en el ejercicio de las actividades sociales de la persona jurídica.

De esta manera, según Silva Sánchez<sup>43</sup>, la responsabilidad penal debe centrarse en la producción del sesgo y en si esta era evitable por el agente o por un tercero. En este sentido, el deber de neutralización se integra en la posición organizativa de cualquier sujeto y en la posición de garante que tenía un tercero de controlar los riesgos que se pudieran generar a través del individuo que padece el sesgo.

Asimismo, Silva Sánchez y Varela han señalado que los sesgos pueden tener efectos tanto en la dimensión cognitiva como volitiva: «En la primera dimensión, se trataría de la posible disminución de la capacidad de aprehender no ya la dimensión empírica del propio actuar, sino su significado social

---

<sup>42</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. En: Derecho Penal Económico y de la Empresa. P. 108. *Op. Cit.*,

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pp. 260 y ss.

y normativo. En la segunda se consideraría el efecto de eliminación de inhibiciones y de reacciones de conciencia, hasta la disminución o incluso pérdida del sentimiento de responsabilidad»<sup>44</sup>.

Trasladando lo anterior al ámbito concreto de la responsabilidad del administrador, esta emana de su posición de garantía y del deber de neutralizar los riesgos que acontecen en el ámbito de su competencia. Sin embargo, como ya se ha apuntado, los individuos, por el mero hecho de serlo, poseen sesgos cognitivos y, llegado el momento, podría plantearse la cuestión de que el administrador no tiene el deber de neutralizar ese sesgo, puesto que es innato a la personalidad del sujeto. Para solventar esto, Silva Sánchez propone la distinción entre, en primer lugar, el deber de garante de protección de los terceros frente a sus propios sesgos cognitivos, es decir, el deber de garante que tiene el administrador frente a los riesgos de adaptación que posee el trabajador. Y, en segundo lugar, se encuentra el deber de garante de control del administrador con respecto de su subordinado que posee sesgos cognitivos. Esto se materializa en el deber de vigilancia mediante el cual se pretende evitar que los sesgos perjudiquen a los terceros<sup>45</sup>.

Por lo tanto, el deber de neutralizar los sesgos cognitivos, al igual que ocurre con los demás deberes que ostenta el empresario, se puede delegar en ulteriores personas, pero esto constituiría una obligación de medios y no de resultados. Al realizar esto, se produce un control más exhaustivo de la información que, debido a la dificultad de eliminación de los sesgos, disminuirían su incidencia. Esto se debe a que, el problema de la prevención de los sesgos cognitivos radica en que los patrones de comportamiento que se señalan como peligrosos en el ámbito jurídico son aquellos premiados en el ámbito empresarial y se valoran de manera muy positiva en la selección de los líderes<sup>46</sup>.

Consecuentemente, el administrador responde por los sesgos cognitivos que acontecen en su ámbito de competencia y su esfera de decisión por haber infringido los deberes de vigilancia y control que ostenta como consecuencia de su posición de garante. De todas maneras, tal y como se ha ido detallando, la persona jurídica debe responder siempre y cuando se cumplan las condiciones objetivas apuntadas en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal.

---

<sup>44</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. En: *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 280.

<sup>45</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pp. 260 y ss.

<sup>46</sup> CIGÜELA SOLA, *Op. Cit.*, p. 6.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia existente acerca de esto es realmente escasa y, pese a lo señalado en la norma, el Tribunal Supremo ha sido muy reticente a tratar de manera clara la exención de la responsabilidad de la persona jurídica por la tenencia de un programa de cumplimiento eficiente. Actualmente, se empiezan a dictar resoluciones por parte de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional acerca de esto, lo que permite el sobreseimiento de asuntos como consecuencia de la existencia de un programa de cumplimiento eficaz.

Por lo tanto, en lo que a los sesgos cognitivos y a esta columna se refiere, a la persona jurídica se le deberá exonerar de responsabilidad o al menos atenuarle la pena siempre y cuando cuente con un sistema de cumplimiento eficiente, anterior a la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, para esto es necesario que: (1) el hecho delictivo lleve aparejada la responsabilidad penal de la persona jurídica; (2) el hecho delictivo se haya llevado a cabo como consecuencia de la presencia de sesgos cognitivos previsibles en la organización; (3) se hayan previsto dichos sesgos cognitivos en el programa de cumplimiento y se haya hecho todo lo posible para su disminución o erradicación.

## VI. Bibliografía

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA. El juez de la Audiencia Nacional archiva la causa contra Indra en la pieza del caso Púnica que investiga el presunto desvío de fondos de la Agencia de Informática y Comunicación de la Comunidad de Madrid. [Internet]. España. Oficina de comunicaciones. 24 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/El-juez-de-la-Audiencia-Nacional-archiva-la-causa-contra-Indra-en-la-pieza-del-caso-Punica-que-investiga-el-presunto-desvio-de-fondos-de-la-Agencia-de-Informatica-y-Comunicacion-de-la-Comunidad-de-Madrid>

BOLEA BARDÓN, Carolina y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Comisión por omisión. Deberes de garante de la empresa. En: Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. 2.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 89-100.

BUSTAMANTE REQUENA, José Francisco. Sesgos Cognitivos en la valoración individual de la prueba [en línea]. Trabajo de Final de Máster, Máster en Razonamiento Probatorio. Gerona: Universitat de Girona. 2021. Disponible en: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19419>

CIGÜELA SOLA, Javier. Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal. En: La ley Digital, n.º 2, 2020, pp. 1-26.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Mecanismo de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento. En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 87-131.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid: lustel, 2009.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. Noviembre, 1995, n.º 281.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. No. 514/2015. (02, septiembre, 2015). M. P. Manuel Marchena Gómez. Madrid, 2015.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia 154/2016. (29, febrero, 2016). M. P. José Manuel Maza Martín. Madrid, 2016.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia 3201/2020. (08, octubre, 2020). M. P. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. Madrid, 2020.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia 966/2016. (16, marzo, 2016), M. P. Manuel Marchena Gómez. Madrid, 2016.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En: Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas redondas. Derecho y Economía. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, pp. 191-218.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Madrid: Editorial Reus, S. A., 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor y BOLEA BARDÓN, Carolina. La organización de la actividad mercantil como presupuesto de la determinación de la responsabilidad penal individual de la empresa. En: Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. 2.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 43-51.

La Audiencia exonera definitivamente a Repsol y CaixaBank del ‘caso Villarejo’ [en línea]. En: Cinco Días-El País. Madrid, España. 31 de enero de 2023. Disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/31/companias/1675175258\\_477625.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/31/companias/1675175258_477625.html)

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. En: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Dykinson, 2018. pp. 87-128.

MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. En: Indret, revista para el análisis del Derecho, n.º 2, 2007, pp. 1-23.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa. En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 179-239.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español). En: Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 239-263.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008.



MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. En: Indret, revista para el análisis del Derecho, núm. 3, 2011. p. 1-39.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica. En: Indret, revista para el análisis del Derecho, núm. 4, 2019. p. 1-54.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la Empresa. En: Fraude a consumidores y Derecho Penal. Fundamentos y talleres de leading cases. Madrid: Edisofer S.L., 2016, p. 235–281.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. Compliance y cultura ética: sesgos y nudges. En: La ley Digital, núm. 11021, 2020. p. 1-20.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Principio de Imputación en la empresa. En: Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016. p. 487-504.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. En Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona, Atelier, 2013. p. 265-287.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Madrid: Edisofer, 2016, p. 208.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. En: Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Madrid: Edisofer, 2016, p. 247-284.

TORRES LÓPEZ, Javier Augusto. Fundamentos de la autoría en los delitos empresariales: entre el dominio del hecho y el quebrantamiento del deber [en línea]. Octubre, 2020, En: <https://dialogospunitivos.com/fundamentos-de-la-autoria-en-los-delitos-empresariales-entre-el-dominio-del-hecho-y-el-quebrantamiento-del-deber/>