

Rafael Aguilera Gordillo - Entrevista

Entrevista realizada, em língua espanhola, pelo Coordenador do Centro de Pesquisas em Crimes Empresariais e Compliance (CPJM), Professor Artur Gueiros, com o Professor Aguilera Gordillo, tendo por fio de condução o modelo antrópico de responsabilidade penal empresarial, a crítica ao modelo autorresponsabilização do ente moral, bem como à teoria do defeito de organização:

1. En su libro *Manual de Compliance Penal en España* – cuya segunda edición acaba de salir en 2022 – usted analiza las corrientes doctrinales de la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, presentando una serie de críticas al modelo de autorresponsabilidad penal, a las hipótesis de la teoría de los sistemas sociales para sustentarlo, así como el uso de la idea *autopoiesis* en el derecho penal económico. ¿Cuáles son los problemas de esta construcción teórica?

En primer lugar, agradezco al *Centro de Pesquisas em Crímenes Empresariais y Compliance* (CPJM) de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y, particularmente, al profesor titular de Derecho Penal y coordinador científico, Dr. Artur Gueiros, por contar con mi opinión.

Respecto a la cuestión, el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la *teoría de sistemas*, que sustenta el reproche penal en el *defecto de organización* - propio- de la persona jurídica no responde a la compleja realidad que presentan las organizaciones y grupos de personas. Entre otros muchos aspectos, ignora que detrás de cada procedimiento, decisión, se encuentran los procesos de toma de decisiones de una o varias personas físicas con conciencia y voluntad para actuar libremente (y que no están sometidas a un hipotético sistema que se autoorganiza y las dirige). Resulta sorprendente que, en el contexto

jurídico-penal, se haga un uso estricto de los postulados de esa teoría de sistemas, cuasi abandonados por la propina ciencia que la analizó en su momento, la Sociología.

Como destacan SEIDL y MORMANN al analizar más de 25 teorías que se ocupan del análisis y estudio de las organizaciones (*The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014) los trabajos fundados en la teoría sistémica se han destacado por tener poco impacto en los actuales estudios sobre las organizaciones, por obviar los grandes deficiencias que presenta y por una escasa investigación empírica (en este mismo sentido, KNUDSEN, M.; “Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County” en *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Ed. Liber & Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2005; entre una amplia bibliografía crítica con las tesis sistémicas) y, sin embargo, desde el Derecho Penal se trata de importar para sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El modo en que la teoría de sistemas devalúa a la persona física en la organización contrasta con la compleja realidad de las organizaciones, con los procesos decisorios en grupos de individuos y con los principios éticos universales de la persona, garantizadores de su dignidad (aspecto señalado por HABERMAS que se mostró muy crítico con la teoría de sistemas propugnada por LUHMANN). Hay que recordar que el propio LUHMANN tuvo que “reconstruir y simplificar” los postulados de la teoría de sistemas cuando la “extrajo” de la biología y lo traspuso al ámbito de la Sociología de mediados del siglo pasado. Por otro lado, el recurso de la teoría de sistemas para fundamentar la responsabilidad criminal corporativa por ausencia de cultura de cumplimiento resulta incompatible con los presupuestos esenciales que inspiran nuestro sistema penal y la propia noción de libertad individual (que justifican la aplicación de la teoría general del delito sobre el individuo). Aparentemente, el funcionalismo y las tesis sistémicas explican de manera muy simple la organización (por eso se asimila rápidamente por quienes desconocen las últimas teorías sobre análisis de las organizaciones y metodologías científicas de estudio de los procesos de toma de decisiones), pero no sirve para analizar y esclarecer cómo surgen los elementos básicos y los mecanismos causales involucrados en el propio sistema. Ese modelo de autorresponsabilidad omite factores tan

relevantes como la influencia que tienen los propios individuos de la organización, sus procesos decisorios, sus motivaciones, estrategias e intereses personales, etc.

2. ¿Podría hablarnos de su modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa? ¿Cuál es el fundamento filosófico y/o epistemológico?

El modelo de antrópico de responsabilidad penal corporativa que promuevo se erige sobre sólidas teorías de análisis de las organizaciones y goza de metodologías científicas actuales para el estudio de los procesos de toma de decisiones en organizaciones y entornos estratégicos.

En esencia se trata de que el Derecho Penal corporativo asuma las modernas teorías y metodologías de análisis de la toma de decisiones que ya han sido validadas por otras ciencias (economía conductual, sociología experimental, criminología corporativa, modelización, teoría de juegos, etc.) que se ocupan de una manera especialmente rigurosa del estudio del comportamiento de los individuos en las organizaciones desde una óptica estratégica y un enfoque holístico.

El nuevo institucionalismo posibilita realizar un análisis de la organización manteniendo a los individuos como sujetos protagonistas en el análisis. Los individuos detentan capacidad para tomar decisiones y dirigir sus actos, pero, por supuesto, también se percibe y toma en consideración a la persona jurídica en que se encuentra el sujeto (en tanto que configura una entidad que afecta y genera influencias (positivas= favorecedoras del cumplimiento o negativas = favorecedoras del incumplimiento) sobre los propios sujetos que forman parte de la organización-. Sin embargo, en el modelo antrópico no consideramos a la propia organización como un supuesto “ser vivo y autónomo” con facultades antropomórficas y con capacidad real para autoorganizarse (algo que es una ficción y que sí hace la teoría de sistemas). En el actualizado modelo antrópico partimos de la premisa consistente en que la persona jurídica siempre será el resultado de las propias reglas, pautas, procedimientos y «constricciones» que, en última instancia, son irremediamente constituidas por las personas físicas, que son la que toman verdaderamente decisiones e interactúan.

En este contexto me apoyo en el nuevo institucionalismo, pues considera al ente como elemento de análisis –en tanto que introduce el contexto social en la decisión individual– y además, estudia su propia estructura y cómo interactúan los individuos en dicho contexto (conjunto de acciones posibles, posición que ocupa en el organigrama, flujos informativos, costes y beneficios, etc.), lo que, entiendo, tiene un extraordinario valor para el Derecho Penal. Además, recorro a la criminología corporativa, a la modelización, a la jurimetría y a la teoría de juegos, pues nos sirven para estudiar y dilucidar la responsabilidad penal de la persona jurídica con especial precisión en lo que se refiere a las dinámicas de actuación y las confluencias entre sujetos desde una perspectiva estratégica. Todo ello, resulta esencial para comprender por qué trasladamos el reproche penal a la persona jurídica (¡y para elaborar mejores *compliance programs!*). Así, por ejemplo, la teoría de juegos goza acreditada validez científico-experimental para analizar desde una perspectiva estratégica, e incluso predecir, los procesos de toma de decisiones de los sujetos cuando interactúan con otros (ya sea cumplir con un acuerdo o una norma, incumplirla, engañar, etc.).

Estas teorías y herramientas metodológicas permiten construir una actualizada fundamentación de la responsabilidad criminal corporativa que cuenta con una sólida base científica y herramientas para dar respuesta a los nuevos retos que se plantean (p. ej.: problema de trasladado de responsabilidad penal entre empresas en caso de fusiones o absorciones; elaboración de *compliance programs* más eficaces; uso del big data para articular mecanismos de prevención del fraude más efectivos; análisis del riesgo humano; la relación entre nuevas tecnologías, modelización y criterios de imputación a la persona jurídica, etc.).

Si ilustres académicos como John NASH o Elinor OSTROM se han ocupado de estas teorías y metodologías y han sido reconocidos, entre otros premios, con el Nobel, ¿por qué el Derecho Penal no abandona la sencillez de la periclitada teoría de sistemas y recurre a estas nociones para reformular la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? El moderno marketing digital, los epidemiólogos, sociólogos, economistas conductuales, analistas de riesgos, etc. recurren a este tipo de nociones para conocer mejor qué es lo que realmente acontece en los grupos de individuos y extraer información muy valiosa. Yo abogo por que, en el ámbito jurídico-penal, se asuman de manera decidida esas nociones.

De modo muy resumido, lo que explico en parte del Manual es que, desde el modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la organización no es considerada como una verdadera entidad, independiente y con capacidad para autodirigirse, sino que se configura como un conjunto de influencias, “constricciones” y procedimientos (que, en puridad, son decididas y configuradas por los propios individuos). La persona jurídica no tiene capacidad de cometer un injusto o de estricta culpabilidad (pues ha de matizarse y adecuarse a la realidad corporativa), sino que se le transfiere la responsabilidad penal, previo análisis de las constricciones (reveladas y evidenciadas mediante los programas de prevención de delitos). Se concibe al ente como posible destinatario de la reproche penal si, a raíz de una conducta delictiva de alguno de su miembros, se aprecia la existencia “constricciones” proclives al incumplimiento o la insuficiencia de constricciones tendentes a la prevención de delitos (existe un contexto o “realidad criminógena” que propició el delito). En esos supuestos, se observa un déficit organizativo, aspecto implícito en el «hecho de conexión» y ello deriva, necesariamente, en la transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica. Si, por el contrario, la persona jurídica tenía eficazmente implementado un *compliance program*, ese programa es evidencia de que existen “constricciones” que influyen hacia el cumplimiento y, por consiguiente, merece la exención de responsabilidad. El modelo antrópico que he configurado puede considerarse como una posición ecléctica, situada entre la autorresponsabilidad de base sistémica y el clásico modelo de heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. El Big Data y el recurso a softwares para reducir el riesgo de comisión de delitos en las empresas está en auge. ¿Cuál es la relación entre el modelo antrópico y las nuevas tecnologías que se pueden utilizar para combatir el fraude y los delitos en las empresas?

Este modelo permite mejorar la difícil relación entre la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el uso del *big data* o la *inteligencia artificial*. Es conocido por todos que tenemos a nuestro alcance softwares y surgiendo herramientas altamente eficaces para la analítica de riesgos y procesos decisorios. Ello supone, de facto, la

traslación al lenguaje informático de la metodología y modelos matemáticos vinculados a la jurimetría, la teoría de juegos, etc. No obstante, en el Derecho Penal no existe conciencia acerca del vínculo existente entre estos softwares u otras herramientas informáticas y la responsabilidad penal corporativa. Esa aparente desconexión acentúa interrogantes relacionados con el modo de considerar, en un proceso penal, el uso por parte de una empresa de estas nuevas herramientas o con cómo analizar jurídicamente su utilización o contenido a la hora dilucidar responsabilidades en el seno de un proceso penal.

Sobre este asunto desarrollo una serie de argumentos para defender que la asimilación decidida por el Derecho Penal de las teorías aludidas posibilitaría, además, el establecimiento de un *nexo* entre tales herramientas y el ámbito jurídico-penal, lo que supone establecer las bases para resolver los interrogantes que plantean la utilización de este tipo de herramientas informáticas para la predicción o control de riesgos de trascendencia penal. Es decir, propongo superar la desconexión entre la ciencia de datos y la informática con el Derecho Penal corporativo a través del denominador común que supone que, en ambos campos, sean utilizadas las mismas metodologías. Las herramientas informáticas porque incorporan a través de la algoritmia, esa metodología y los modelos matemáticos, y el Derecho Penal, porque las utiliza para cimentar, desde una acreditada base socio-legal, una noción más actualizada de la responsabilidad penal corporativa. En ese contexto, tras la aceptación de ese *nexo lógico de raíz socio-jurídica*, el Derecho Penal estaría dedicando un espacio dogmático al creciente papel de la *inteligencia artificial* y el *big data*, extremo que permitiría afrontar con mayor facilidad los retos jurídicos-penales que se presentan en relación con la responsabilidad penal corporativa y la implementación de los programas de prevención de delitos sustentados en herramientas tecnológicas.

4. ¿Qué consejo daría a los estudiantes e investigadores de derecho penal económico y empresarial para mejorar la relación entre teoría y práctica?

Yo afirmaré lo siguiente: que continúen investigando en aquello que consideren de interés. Y es que, un aspecto aparentemente dogmático y alejado de la práctica, puede tornarse de extraordinaria importancia para abordar cuestiones prácticas. Esto es, precisamente, lo que

esta sucediendo en el ámbito de la prevención del delito en las empresas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los confusa y oscura casuística que presenta la delincuencia corporativa y la necesidad de abordar, desde una perspectiva holística y científica toda su fenomenología, está demostrando la enorme importancia de la investigación académica para arrojar luz y esclarecer situaciones muy complejas. Lo relevante en estos casos es saber trasladar a las empresas y a los operadores jurídicos lo útil y necesaria que es la investigación en la materia (p. ej.: para esclarecer un asunto o adoptar una línea jurisprudencial, para mejorar la eficacia de los *compliance programs*, para mantener una posición de defensa o acusación, para realizar una fusión con mayores garantías de ausencia de traslado de responsabilidad penal, etc.). Sabemos que, en ocasiones, los operadores jurídicos y asesores de empresas han desatendido los estudios académicos y evidencias científicas en la materia. Sin embargo, creo que está cambiando y, en las firmas reconocidas especializadas en Compliance y servicios *Forensic*, se le está dedicando una mayor atención a la investigación. Por tanto, les animo a que continúen investigando y a que defiendan con vehemencia la enorme trascendencia de su labor.

5. Breve resumen del *currículum* del Profesor Rafael Aguilera:

Rafael Aguilera Gordillo es director del Diploma de Especialización en Compliance de la Universidad Loyola y doctor en la materia, ha sido *academic visitor* del prestigioso Centre for Socio-Legal Studies (CSLS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y es miembro académico del *Anti-Corruption Academic Initiative* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Actualmente, codirige el Compliance Advisory Lab de la firma Grant Thornton España.

Ha intervenido como experto en Compliance en foros tan prestigiosos como la Cumbre de Alto Nivel sobre Educación y Estado de Derecho de Naciones Unidas; ha sido delegado del CSLS de la Universidad de Oxford en el Congreso de la Internacional Network for Delivery Regulation (INDR) sobre modelos regulatorios y compliance; ha sido miembro de la dirección académica del *Congreso Internacional sobre el Derecho y la Criminología en la nueva era*

digital y ha asistido como experto al recientemente celebrado XIV Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal.

Es investigador del proyecto español ‘Retos Investigación I+D+i’ del Ministerio de Innovación y Universidades sobre las “*Consecuencias normativas de la robótica y las tecnologías de mejora humana (Exphilrob)*” junto con investigadores del CSIC, analizando detalladamente aspectos como el análisis de las organizaciones y su relación con la eficacia y legitimidad del *Compliance RegTech* y el *LegalTech*.

Es autor diversos artículos publicados en revistas especializadas y libros como el *Manual de Compliance Penal en España* (2ª ed., Aranzadi). Entre otros títulos, posee el Máster en Derecho Penal (US e Instituto Interuniversitario de Criminología) el Máster de Derecho Público (UCO), la Certificación de Compliance Cescom y la acreditación de Internationally Certified Compliance Professional de la Federación Internacional de Asociaciones de Compliance (IFCA).

Perfil LinkedIn: <https://es.linkedin.com/in/rafaelaguileragordillo>