



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE DENUNCIAS DE HECHOS
DE CORRUPCIÓN:**

LA REGULACIÓN DEL *WHISTLEBLOWING* EN EL
DERECHO COMPARADO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FRANCISCO SEBASTIÁN SÁNCHEZ LAY

Profesor Guía: Davor Harasic Yaksic

Santiago, Chile

2010

Tabla de contenido

CAPÍTULO I: LA REVELACIÓN, COMUNICACIÓN O DENUNCIA DE HECHOS DE CORRUPCIÓN. MARCO CONCEPTUAL	1
1.1. El surgimiento de la regulación sobre <i>whistleblowing</i> y protección a denunciantes	1
1.1.1. Nociones generales sobre el <i>whistleblowing</i> y la protección a denunciantes ..	1
1.1.2. Importancia de la regulación del <i>whistleblowing</i> y de la protección a denunciantes	4
1.1.2.1. Importancia del <i>whistleblowing</i> en las organizaciones	4
1.1.2.2. Interés público de la información revelada	7
1.1.3. Vinculación de la protección de denunciantes con la prevención de la corrupción y la libertad de información	11
1.2. El concepto de <i>whistleblowing</i>	16
1.2.1. Definiciones en la literatura especializada.....	16
1.2.2. Elementos del concepto de <i>whistleblowing</i> en las diferentes acepciones en doctrina.....	19
1.2.2.1. Revelación o comunicación	19
1.2.2.2. Carácter de la información revelada. Interés público.....	20
1.2.2.3. La conducta denunciada: contenido específico de la información revelada	22
1.2.2.4. Motivación del denunciante. Requerimientos subjetivos de la denuncia	24
1.2.2.5. Contexto de la denuncia. Denuncias internas y externas y personas que pueden efectuarlas	27
1.3. La necesidad de protección a denunciantes	31
1.3.1. Las consecuencias negativas de efectuar la comunicación o denuncia del hecho.	31
1.3.2. Las distintas formas de represalia	38
1.3.2.1. Represalias laborales	38

1.3.2.2. Responsabilidad legal por el hecho de efectuar la denuncia.....	39
1.3.2.3. Represalias sociales y culturales	41
1.3.3. Protección de la identidad del denunciante. Confidencialidad de la denuncia.....	43
1.4. Diferencias entre el <i>whistleblowing</i> y otras situaciones de hecho y figuras legales similares o relacionadas	46
1.4.1. Diferencia entre protección a denunciantes y protección a víctimas y testigos.....	46
1.4.2. Distinción entre <i>whistleblowing</i> y deber de informar	47
1.4.3. Diferencia entre <i>whistleblowers</i> e informantes y espías	48
1.5. La protección de terceros frente a las denuncias infundadas	49
CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL	52
2.1. Instrumentos en el sistema de las Naciones Unidas.....	53
2.1.1. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.....	53
2.1.2. Informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión	55
2.2. Convención Interamericana Contra la Corrupción	57
2.2.1. Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción	58
2.2.2. Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.....	60
2.3. Instrumentos internacionales en Europa	62
2.3.1. Convenciones sobre Corrupción del Consejo de Europa.....	62
2.3.2. Dictamen 1/2006 del Grupo de Protección de Datos	65
2.4. Convenciones de África	70
2.4.1. Convención de la Unión Africana para la Prevención y Combate de la Corrupción	70
2.4.2. Protocolo Contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo de África Austral	70
2.5. Iniciativa Anti-Corrupción para Asia y el Pacífico.....	71
2.6. Instrumentos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos	73

2.6.1. Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros	73
2.6.2. Ámbito del servicio público	74
2.6.3. Gobierno Corporativo	75
2.6.4. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales	76
CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES DE LAS LEYES SOBRE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES EN EL DERECHO COMPARADO	77
3.1. Perspectivas que influyen las normas sobre protección a denunciantes.....	77
3.1.1. Perspectiva laboral	78
3.1.2. Gobierno abierto	79
3.1.3. Transparencia en los mercados	80
3.1.4. Perspectiva de los derechos humanos	81
3.2. Distinciones entre las leyes de <i>whistleblowing</i> de acuerdo a su establecimiento y a los elementos que contienen.....	82
3.2.1. Leyes comprensivas	82
3.2.2. Opiniones en doctrina sobre los elementos que deben contemplar las leyes de protección a denunciantes	84
3.2.3. Leyes sectoriales y ámbitos específicos en que se ha regulado sobre protección a denunciantes	89
3.2.3.1. Leyes anti-corrupción.....	91
3.2.3.2. Leyes de servicio público.....	92
3.2.3.3. Leyes laborales.....	93
3.2.3.4. Leyes penales	95
3.2.3.5. Leyes de libertad de información.....	96
CAPÍTULO IV: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES EN DIVERSAS LEGISLACIONES	98
4.1. La protección a denunciantes en Estados Unidos	98
4.1.1. Situación general de la protección a denunciantes en Estados Unidos.....	98
4.1.1.1. Whistleblower Protection Act	101
4.1.1.2 Sarbanes-Oxley Act	117

4.1.1.2. Federal False Claims Act	136
4.2. Legislación de protección a denunciantes en el Reino Unido.....	148
4.3. La protección a denunciantes en Australia.....	171
4.4. República de Sudáfrica	193
4.4.1. Antecedentes y desarrollo de la legislación	193
4.4.2. Características de la legislación	196
CAPÍTULO V: ANÁLISIS COMPARATIVO DE ELEMENTOS PARTICULARES	
DE LAS LEGISLACIONES SOBRE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES	209
5.1. Principales disposiciones de las leyes de <i>whistleblowing</i>	209
5.2. Enfoque de la legislación	211
5.3. Ámbito de aplicación de las leyes	214
5.4. Información objeto de la revelación. Conductas denunciables	217
5.5. Actividades protegidas distintas a la revelación de información	218
5.6. Protección de revelaciones internas y externas	220
5.7. Elementos de la revelación.....	222
5.7.1. Elementos sustantivos	223
5.7.2. Elementos procedimentales. Carga de la prueba	225
5.8. Entidad para la aplicación y cumplimiento de la ley	227
5.9. Protecciones a los denunciantes	230
5.9.1. Prohibición general y definición de “represalias”	230
5.9.2. Protecciones contra barreras legales a las revelaciones	233
5.9.3. Reparaciones y compensaciones para el denunciante.....	234
5.9.4. Confidencialidad	237
CAPÍTULO VI: LA PROTECCIÓN A DENUNCIANTES DE IRREGULARIDADES	
Y FALTAS A LA PROBIDAD EN CHILE: ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.205	239
6.1. Aspectos generales	239
6.1.1. Síntesis de las disposiciones de protección a denunciantes introducidas por la Ley N° 20.205; propósitos y enfoque.....	239
6.1.2. Contexto de la creación de la ley	242

6.1.3. Entidades a cargo de la aplicación de la ley.....	246
6.2. Ámbito de aplicación	247
6.3. Conductas denunciables	251
6.3.1. Irregularidades y faltas al principio de probidad administrativa.....	251
6.3.2. Aplicación de las protecciones a denunciantes a hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley N° 20.205	256
6.4. La obligación de denunciar y elementos de la denuncia.....	259
6.4.1. Denuncia obligatoria de irregularidades y faltas a la probidad.....	259
6.4.2. Requisitos de procedencia de la denuncia.....	261
6.4.3. Requisitos de la presentación de la denuncia.....	264
6.4.4. Prueba de los hechos denunciados	264
6.5. Protecciones al denunciante	265
6.5.1. Protecciones relativas a la situación laboral del denunciante	265
6.5.2. Tiempo de vigencia de los derechos del denunciante	271
6.5.3. Secreto de la identidad del denunciante y de la información de la denuncia	274
6.6. Tramitación de la denuncia	275
6.7. Prohibición y sanción de denuncias infundadas y falsas o dolosas	277
CONCLUSIONES	281
BIBLIOGRAFÍA	295

CAPÍTULO I: LA REVELACIÓN, COMUNICACIÓN O DENUNCIA DE HECHOS DE CORRUPCIÓN. MARCO CONCEPTUAL

1.1. El surgimiento de la regulación sobre *whistleblowing* y protección a denunciantes

1.1.1. Nociones generales sobre el *whistleblowing* y la protección a denunciantes

En los diversos contextos o circunstancias de la vida de una persona, sea en el desempeño de su trabajo, en sus relaciones con otros individuos, o con instituciones públicas o privadas, ésta puede percatarse, en forma inesperada o espontánea, de la evidencia de hechos o actos que podrían estimarse potencialmente irregulares, ilícitos o corruptos. Esta persona, aún sin contar necesariamente con la evidencia completa de que efectivamente exista una conducta irregular o ilícita, puede sospechar que el hecho o acto que ha llegado a su conocimiento no se ajuste a las normas o fines propios de la actividad en cuyo contexto tiene lugar el hecho o acto, o que genere un riesgo o daño a los derechos e intereses de otros.

La persona que presencia o se percata de tales hechos podría decidir revelar, comunicar o denunciar la ocurrencia de ellos a alguna otra persona, a su jefe o al superior jerárquico en la organización donde ocurren, a una determinada autoridad, o darla a conocer al público general. El hecho de efectuar tal revelación, comunicación o denuncia, si ésta es admitida, podría tener el efecto de que se emprendan acciones o se

adopten las medidas que sean necesarias para detener o corregir los efectos negativos del hecho o acto denunciado.

Este tipo de revelaciones, comunicaciones o denuncias, se ha identificado en lengua inglesa con el término “*whistleblowing*”; en idioma castellano, “soplar el silbato”, que significa la idea de dar la alerta sobre uno o más hechos potencialmente irregulares o ilegales.

De la revelación, comunicación o denuncia de tales hechos, podrían seguirse consecuencias negativas para la persona que decide informarlos, ya que las personas u organizaciones involucradas en los hechos denunciados o que tengan intereses contrarios a la revelación, podrían tomar represalias en contra del denunciante. Estas represalias pueden revestir las más diversas formas y generar un detrimento a los derechos e intereses del denunciante, sean laborales, económicos o de otra índole. Asimismo, ciertas normas legales que prohíben o limitan la divulgación de información, o diversos factores sociales o culturales también pueden constituir una barrera para el *whistleblowing*. A raíz de ello el tratamiento y regulación del *whistleblowing* implica la creación e implementación de mecanismos que tiendan a proteger al denunciante, resguardando sus derechos e intereses que podrían verse afectados por el hecho de haber efectuado la denuncia.¹

¹ En castellano, una traducción literal exacta del término inglés *whistleblowing* (*blow*, soplar, y *whistle*, silbato) no da cuenta del significado completo y verdadero que tiene la expresión en inglés. Las diversas regulaciones y la doctrina sobre la materia en español frecuentemente tratan el fenómeno bajo el término “protección a denunciantes”, agrupando en la misma expresión tanto el tratamiento de la denuncia o comunicación misma como los mecanismos para proteger a la persona que la efectúa. En inglés, se entiende el término como “dar la alerta” en sentido amplio y no como el efectuar una denuncia en sentido estricto; también se puede hablar separadamente de *whistleblowing* (acción de dar la alerta) o *whistleblower* (la persona que da la alerta) y de *whistleblower protection* (protección a denunciantes). La expresión en castellano presenta la limitación de que puede confundirse este acto con las denuncias de ilícitos penales. En el presente texto, en lo sucesivo, se ocuparán indistintamente los términos *denuncia* y *denunciante* como equivalentes a *whistleblowing* y *whistleblower*, respectivamente, salvo que se especifique de otra manera.

Este fenómeno, que ha generado un nuevo ámbito de interés jurídico, tiene un tratamiento distinto a las denuncias de delitos y al ejercicio común de acciones legales.

En los últimos años, ha habido un incremento sustancial en el reconocimiento de la importancia de la protección de denunciantes como un medio de reducir la corrupción y otras situaciones peligrosas, a través de la revelación de actividades ilegales, peligrosas o corruptas en el gobierno y dentro de organizaciones privadas. También puede ser un medio de mejorar la cultura organizacional, tanto en el sector público como en el privado, y para mejorar la eficiencia y administración interna.²

En diversas legislaciones, se han desarrollado o se están desarrollando regímenes legales para incentivar el *whistleblowing* y la protección de los denunciantes. También en diversos tratados y normativas internacionales se han incluido requerimientos para las naciones para que éstas adopten legislación interna sobre la materia. Los países que han adoptado normativas específicas sobre *whistleblowing* lo han hecho a través de leyes específicamente creadas al efecto, o bien a través de otras leyes, como en la legislación laboral o en las regulaciones aplicables al sector público.³

En general, las regulaciones sobre *whistleblowing* constan de dos materias o partes principales: una parte proactiva que tiende a cambiar la cultura de las organizaciones, haciendo aceptable y facilitando la revelación de información sobre actividades negativas, y un segundo aspecto construido de una serie de protecciones e incentivos para que las personas se decidan a denunciar, sin temor a ser castigadas por sus revelaciones.⁴

² Banisar, David, *Whistleblowing International Standards and Trends*. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006 (pp. 2).

³ *Ibíd.* (pp. 3).

⁴ *Ibíd.* (pp. 3-4).

1.1.2. Importancia de la regulación del *whistleblowing* y de la protección a denunciantes

1.1.2.1. Importancia del *whistleblowing* en las organizaciones⁵

Toda empresa y órgano público es susceptible de enfrentar riesgos serios, como daños a los consumidores, a los usuarios de servicios públicos, a la salud o seguridad de las personas, la pérdida de dinero u otros bienes -públicos o privados- y cualquier otro imaginable. Las primeras personas en saber de estos riesgos serán usualmente aquellas que trabajan o tienen interacción directa con la organización en la respectiva actividad⁶; el *whistleblowing* puede ser una “señal de alerta temprana” de que algo no marcha bien en la organización y de que debería ser corregido antes de que se salga de control.⁷

Dentro de las organizaciones en que no sea visto como seguro y aceptable el presentar una inquietud genuina sobre conducta inapropiada, sus miembros asumirán que enfrentarán victimización por ello, perdiendo su trabajo o dañando sus carreras. La consecuencia es que la mayoría se mantendrá en silencio cuando exista una amenaza – incluso grave– a los intereses de otros. Este silencio significa perder una oportunidad para manejar algún problema serio antes de que cause real daño.⁸ Dadas las presiones naturales organizacionales y de los pares para que los miembros se mantengan en silencio sobre las malas conductas, la denuncia frecuentemente no es algo que tienda a ocurrir naturalmente, especialmente en forma oportuna. Mientras que los miembros de la

⁵ Entendemos aquí el término “organización” en un sentido amplio, abarcando todo tipo de instituciones o entidades, de derecho público o privado, e incluso agrupaciones de personas sin personalidad jurídica o sin una institucionalidad determinada. Por lo tanto puede entenderse como organización al Estado mismo, a cualquiera de sus poderes, órganos o entidades, a cualquier institución de derecho privado, con o sin fines de lucro, sindicatos, agrupaciones gremiales, etc.

⁶ Calland, Richard y Dehn, Guy, *Whistleblowing Around The World: The State of The Art*, en Calland, Richard y Dehn, Guy (eds.), *Whistleblowing Around the World. Law, Culture and Practice*. Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres, Reino Unido; The British Council, 2004 (pp. 2).

⁷ Banisar, *Ob.cit.* (pp. 12)

⁸ Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 2)

organización podrían tener muchos incentivos para revelar mala conducta que los afecte personalmente, hay menos incentivos directos –y muchos desincentivos- para que ellos adviertan o informen mala conducta que afecte sólo intereses organizacionales o al más amplio interés público.⁹

En cuanto a la importancia de construir mecanismos adecuados para que las personas puedan plantear inquietudes dentro de las organizaciones, se puede esbozar una analogía con la aproximación tomada por las empresas comerciales hacia las reacciones de los consumidores. En mercados genuinamente competitivos ha habido un creciente reconocimiento de que la denuncia temprana sobre malas conductas sospechadas va en el propio interés de la organización y es un aspecto clave de la autorregulación efectiva. Si una empresa comercial daña a sus consumidores, la demanda probablemente se trasladará a la competencia. Las empresas en mercados o sectores que se han vuelto más competitivos en los últimos 20 años, se han percatado de la necesidad de construir relaciones duraderas con sus consumidores. Conscientes del hecho de que un solo consumidor insatisfecho podría influenciar a otros por su mala experiencia particular, las empresas líderes en los mercados comenzaron a solicitar retroalimentación (*feedback*) a sus clientes, en lugar de esperar los reclamos. Hallaron que aún si no satisfacían una queja en particular, el mero hecho de que la hubieran considerado mejoraba sustancialmente la actitud de los consumidores hacia la empresa.¹⁰

⁹ Brown, Alexander Jonathan y Donkin, Marika, *Whistleblowing in the Australian Public Sector: Enhancing the Theory and Practice of Internal Witness Management in Public Sector Organizations (Introduction)*. Australian National University E Press, Camberra, Australia, 2008. (pp. 9)

¹⁰ Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 5). Los autores sostienen que esta visión contrasta con la aproximación tomada por las organizaciones monopólicas, las que una vez completada la transacción con el cliente, tratan a éstos como reclamantes problemáticos o no dignos de confianza. Sostienen además que la cultura en relación con las personas dentro de las organizaciones que manifiestan o denuncian inquietudes es igualmente negativa, ya que suponen que los trabajadores sólo presentarán quejas sobre agravios personales y no reconocen o identifican el bienestar de la organización.

El interés propio de las organizaciones en promover el *whistleblowing* actualmente está siendo reconocido por éstas, y han comenzado a proveer de vías seguras de denuncia para las personas que trabajan en ella. Mientras que muchas de estas vías responden a la legislación reciente, en otras las propias personas al mando de la organización se han percatado de la importancia de proveer esta alternativa. Sin ella, se le da a los administradores un control monopólico sobre la información que debe llegar a aquellos que están verdaderamente al mando de la organización (por ejemplo, los accionistas de una sociedad) o a las personas interesadas en ella. En un esquema monopólico, un solo eslabón débil puede romper la cadena de comunicación y detendrá el flujo de información que podría ser crítica para el éxito o fracaso de la organización.¹¹

Un aproximación positiva al *whistleblowing* es un recordatorio para los miembros de una organización de que le deben lealtad a ella como un todo, y no sólo a un administrador o jefe directo. Por otra parte, el proveer una alternativa segura al silencio es una forma efectiva de disuadir y desincentivar a las personas de abusar de su posición y autoridad.¹²

La Comisión sobre Estándares en la Vida Pública (Committee on Standards in Public Life) del Reino Unido ha planteado:

“(…) El *whistleblowing* efectivo es por tanto un componente clave en cualquier estrategia para desafiar el comportamiento inapropiado en todos los niveles de una organización. Es a la vez un instrumento en apoyo del buen gobierno y una manifestación de una cultura organizacional más abierta. El *whistleblowing* exitoso, en términos de una cultura organizacional saludable, ocurre donde las inquietudes son

¹¹ *Ibíd.* (pp. 5)

¹² *Ibíd.* (pp. 6)

presentadas internamente con confianza sobre los procedimientos internos y cuando la inquietud es investigada apropiadamente y, en caso necesario, abordada.”¹³

Por otra parte, las personas también deben contar con rutas externas a la propia organización, que también les den seguridad para efectuar las denuncias: así, en las legislaciones sobre la materia se han adoptado diversas opciones para presentar las denuncias, sea ante un órgano fiscalizador, el parlamento o incluso el público general. El fortalecer el rol de este órgano externo, cualquiera sea, hace real el principio de rendición de cuentas, ya que recuerda a todos, dentro de una determinada organización, quién es responsable de qué, por qué y ante quién. Esto puede engendrar un sentido de autodisciplina dentro de la organización, ya que las personas sabrán que pueden lograr con facilidad que los responsables de una determinada conducta rindan cuenta sobre ella. Además, el mensaje claro de que las personas cuentan con una ruta externa segura es un incentivo poderoso para los administradores para promover y otorgar el esquema de *whistleblowing* interno propio de la organización.¹⁴

1.1.2.2. Interés público de la información revelada

La literatura sobre *whistleblowing* en general resalta que la información revelada por los denunciantes puede resultar de importancia crítica para el interés público. Esta importancia ha llevado justamente al establecimiento de regulaciones que incentivan y protegen la denuncia de actos de fraude, corrupción y otros.

La prevención del fraude contra el gobierno y la detección del mal uso del dinero público conforman el objetivo de la *False Claims Act* de los Estados Unidos, reconocida en la doctrina como la primera legislación que contiene disposiciones específicas sobre *whistleblowing*. Fue establecida en 1863 durante la Guerra Civil a instancias del Presidente Abraham Lincoln para controlar los fraudes en los contratos de defensa. Esta

¹³ Committee on Standards in Public Life, *Tenth Report*, Reino Unido, enero de 2005. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 13)

¹⁴ Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 7)

ley contiene una disposición denominada *qui tam*¹⁵, que permite a los ciudadanos entablar una demanda en representación del Estado Federal para la recuperación de los perjuicios en que haya incurrido el gobierno como resultado del fraude. En retribución por entablar la demanda, el *whistleblower* tiene derecho a una porción significativa de lo que se obtenga en juicio, en caso de vencer. Esta ley también contiene una disposición contra represalias que prohíbe la remoción, despido u hostigamiento del *whistleblower* que entabla una acción *qui tam*.¹⁶

La decisión de una persona de mantener el silencio sobre una actividad o conducta riesgosa, en lugar de dar la alerta sobre ella, o bien el no prestar la atención debida a una denuncia, a veces puede tener costos humanos y/o económicos devastadoramente altos. En ocasiones, estas consecuencias han influido en forma más o menos directa en la adopción de regulaciones específicas. Tal es el caso del Reino Unido, en que la decisión de legislar sobre la materia fue influenciada por una serie de desastres y tragedias, incluyendo el naufragio de un transbordador cerca del puerto de Zeebrugge, Bélgica, en 1987 (193 muertos); la explosión de la plataforma petrolífera Piper Alpha en Irlanda en 1988 (167 muertos); el accidente ferroviario de la estación de Clapham Junction en Londres, ese mismo año (35 muertos y 500 heridos); la condena de tres empleados del servicio social en 1991 por abuso sexual contra niños, en Leicestershire County; y el descubrimiento de un fraude de más de 2 billones de libras esterlinas en la investigación del colapso del Bank of Credit and Commerce International (BCCI), en julio de 1991. En cada uno de estos casos, en las investigaciones respectivas se descubrió que miembros del personal tenían conocimiento previo de problemas serios y no hicieron nada al respecto, o tenían demasiado temor como para alzar la voz, o bien intentaron

¹⁵ La expresión *qui tam* es una abreviación de la frase en Latín *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, traducida al Inglés como "who pursues this action on our Lord the King's behalf as well as his own". En castellano significa: quien persigue esta acción en representación de nuestro Señor el Rey, la persigue asimismo como suya propia.

¹⁶ Kohn, Stephen, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*. Quorum Books, Westport, Connecticut, 2001 (pp. 203)

presentar sus inquietudes, pero no lograron el efecto suficiente.¹⁷ En 1995, fue creada la Comisión sobre Estándares en la Vida Pública (*Committee on Standards in Public Life*), para examinar asuntos de órganos y funcionarios públicos. En gran medida como respuesta a las tragedias mencionadas, esta Comisión abordó los efectos de la cultura del silencio en el sector público, y recomendó la revisión de las reglas del servicio civil para permitir la denuncia confidencial de inquietudes. A partir de estas recomendaciones, los intentos para legislar sobre la materia culminaron con el establecimiento de la *Public Interest Disclosure Act*, en 1998.¹⁸

Otro ejemplo claro en que hechos graves han incidido en la decisión política de legislar sobre el *whistleblowing*, y en particular en el sector privado, es el de la *Sarbanes-Oxley Act* de los Estados Unidos. Fue establecida en julio de 2002 como resultado directo de escándalos corporativos que impactaron a la comunidad de inversionistas y al público general, gatillados por el colapso financiero de dos grandes empresas multinacionales, Enron y WorldCom, fracasos que tuvieron origen en fraudes al interior de estas corporaciones. Al comenzar las investigaciones sobre las conductas y fraudes que provocaron la pérdida de billones de dólares para inversionistas y pensionistas, el público rápidamente supo que empleados que trabajaban en Enron y en WorldCom habían identificado muchas de las prácticas fraudulentas que en última

¹⁷ Myers, Anna, *Whistleblowing – The UK Experience*, en Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 101-118). En el caso del transbordador *Herald of Free Enterprise* (desastre de Zeebrugge), la investigación determinó que en cinco oportunidades distintas el personal había presentado inquietudes sobre el ferry navegando con las puertas abiertas (la causa del naufragio), pero éstas no fueron atendidas, y de haberlo sido, el accidente pudo haberse prevenido; se intentó perseguir la responsabilidad penal corporativa de la empresa del ferry (P&O) por “homicidio corporativo” (*corporate manslaughter*), sin embargo no se logró probar que los miembros del directorio, individual o colectivamente, tuvieran conocimiento del peligro. El *Informe Cullen* identificó las causas de la explosión de la plataforma Piper Alpha y concluyó que algunos trabajadores que estaban en conocimiento de asuntos serios de seguridad se habían mantenido en silencio para no poner en peligro la continuidad de su empleo. La investigación del desastre de Clapham Junction también concluyó que un trabajador, con conocimiento previo del riesgo que eventualmente llevó al desastre (cableado defectuoso), decidió mantener el silencio. En cuanto a los abusos en los hogares de niños de Leicestershire County, la investigación halló que al menos 30 quejas hacia el director de los hogares y sus colegas habían sido presentadas, sin que se tomara ninguna acción efectiva.

¹⁸ *Ibíd.*

instancia llevaron a estas empresas al fracaso. El público también supo que estos trabajadores carecían de protecciones legales, lo que contribuyó a una cultura corporativa de silencio que favoreció muchas de las artimañas y maquinaciones utilizadas por estas empresas para esconder sus problemas financieros, para escapar de cualquier detección por parte de los órganos reguladores del gobierno o de la comunidad de inversionistas. Para las millones de personas que perdieron dinero en los escándalos, por primera vez, la importancia de proteger e incentivar a los denunciantes se volvió obvia. Dado este cambio de percepción, la protección a denunciantes se volvió una pieza central en la *Sarbanes-Oxley Act*, la que actualmente, además de establecer remedios legales para trabajadores indebidamente despedidos, requiere que las empresas que transan sus acciones en la bolsa establezcan procedimientos para las quejas internas de *whistleblowers*, y contiene una prohibición penal contra las represalias hacia denunciantes.¹⁹

Otros casos no han incidido necesariamente en la creación o modificación de legislación, pero sí han concitado la atención suficiente –en los medios de comunicación y en la opinión pública- como para contribuir a aumentar de manera significativa la percepción de la importancia del *whistleblowing*. Uno de los casos más famosos de los años recientes es el del Dr. Jiang Yanyong, de China, quien potencialmente salvó millones de vidas en el año 2003 al revelar a los medios de comunicación el ocultamiento, por parte del gobierno, de la magnitud de la propagación del SARS²⁰, una enfermedad viral mortal. Sus revelaciones resultaron en acciones correctivas y en una demostración sin precedentes de rendición de cuentas del gobierno chino.²¹

¹⁹ Kohn, Stephen; Kohn, Michael y Colapinto, David, *Whistleblower Law: A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*. Praeger, Westport, Connecticut, 2004 (pp. xi-xii).

²⁰ Severe Acute Respiratory Syndrome (síndrome respiratorio agudo severo). Es una neumonía atípica que apareció en la provincia de Guandong, China, a fines del año 2002.

²¹ Van Den Hende, Robin, *Jiang Yanyong and SARS*, en Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 53-60). El SARS ya había llegado a Beijing en marzo de 2003. A los funcionarios de los hospitales se les prohibió hacer público este hecho. El Dr. Jiang Yanyong –que trabajaba en el hospital N° 301 de Beijing- tenía en conocimiento de primera fuente de varias decenas de infectados en la capital,

1.1.3. Vinculación de la protección de denunciantes con la prevención de la corrupción y la libertad de información

La protección de denunciantes, en el derecho comparado, es actualmente vista como una herramienta útil en las políticas y regulaciones tendientes a prevenir y combatir la corrupción. En efecto, la mayor parte de la legislación sobre *whistleblowing* no lo trata como una materia separada e independiente, sino como instrumental a otras materias y propósitos sobre los cuales es relevante la detección de conductas ilícitas, riesgosas o dañinas, y principalmente en relación con las normas y mecanismos anti-corrupción. Si bien existen diversas perspectivas –laboral, de gobierno abierto, de transparencia y de los derechos humanos- que pueden ser consideradas para el establecimiento de normas de *whistleblowing*, todas ellas están conectadas, en formas distintas, a la protección de denunciantes como medida contra la corrupción. También, cada una enfatiza razones diferentes para el control de la corrupción.²²

sin embargo, en abril de 2003, el Ministro de Salud anunció a la prensa mundial que en Beijing sólo se habían presentado 12 casos, con 3 muertes, y que el gobierno chino estaba tratando diligentemente la enfermedad y que el brote del virus estaba bajo control. Ante esto el Dr. Jiang Yanyong escribió un correo electrónico a los medios locales, el que fue desatendido por éstos, pero esta información fue filtrada a medios internacionales y difundida en Internet, lo que alertó tanto a China como al resto del mundo de la escala de la propagación del SARS. La Organización Mundial de la Salud (OMS) tomó cartas en el asunto, y el 16 de abril de 2003 anunció que su investigación había hallado que los hospitales de Beijing no estaban aportando estadísticas completas al Ministerio de Salud. Pocos días después, el gobierno chino anunció las cifras corregidas sobre los infectados y muertos por el SARS (que ya llegaba a centenares), y admitió que el Ministerio de Salud no había hecho lo suficiente para manejar la emergencia. El Ministro de Salud y el alcalde de Beijing fueron removidos de sus cargos. El consecuente fortalecimiento de las medidas para evitar la propagación culminó con el anuncio de la OMS en julio de 2003 de que la cadena de infección había sido exitosamente interrumpida en todas las áreas infectadas en el mundo. (Entre noviembre de 2002 y julio de 2003 hubo 8.096 casos conocidos de infección y 774 muertes por SARS en el mundo, de acuerdo a cifras de la OMS. Fuente: http://www.who.int/csr/sars/country/table2004_04_21/en/index.html).

²² Vaughn, Robert, *How Differing Perceptions of Whistleblower Protection Influence The Character of Legal Standards*. Ponencia preparada para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006. (pp. 2) Las diferentes perspectivas que determinan el carácter de las leyes de *whistleblowing* identificadas por el autor –laboral, de gobierno abierto, de transparencia y de los derechos humanos- son analizadas en el Capítulo II.

En principio, el *whistleblowing* provee un mecanismo potencialmente poderoso para disuadir la corrupción. Ésta tiende a aparecer y/o aumentar cuando la posibilidad de detección de las conductas de corrupción es baja y las sanciones aplicadas a aquellas que son detectadas resultan insuficientes. El proteger a los denunciantes, y por tanto el incentivar a las personas a denunciar, incrementa la posibilidad de detección. En tanto las sanciones sean suficientemente severas, el proveer protección para los denunciantes debería proveer un disuasivo efectivo.²³

Desde el punto de vista de la integridad en el gobierno, ésta descansa en la operación efectiva de un rango de “sistemas de integridad” para mantener a sus instituciones y autoridades honestos y responsables. Dentro de estos sistemas, los individuos mejor posicionados para observar o sospechar malas conductas son los propios funcionarios.²⁴

La vinculación entre la corrupción y el *whistleblowing* puede analizarse desde el punto de vista de la teoría de la agencia, que aborda la cuestión del agente y el principal, de quién actúa por cuenta de quién, esto es, una versión “objetiva” de la lealtad. En esta relación agente – principal (mandatario - mandante) no hay espacio para los intereses privados del agente más allá de lo que se haya consensuado con el principal. En particular, no hay espacio para la representación de intereses contradictorios a la relación: por ejemplo, un abogado no puede representar a partes con intereses contrarios en un mismo juicio. Asimismo si, por ejemplo, un jefe o superior de un órgano público, como agente más cercano y más inmediatamente responsable hacia el principal (el público al que sirve el órgano) que sus subordinados, permite o instiga actos ilícitos dentro del órgano, está infringiendo su responsabilidad de liderar y administrar para el beneficio del principal y así, el poder que se le ha confiado se vuelve en contra de su mismo origen. Dos o más agentes que conspiran contra su principal pueden formar

²³ Drew, Kristine, *Whistleblowing and Corruption. An Initial and Comparative Review*. Public Services International Research Unit, University of Greenwich, Londres, 2003. (pp.4)

²⁴ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 9)

nuevas alianzas y “lealtades” (aunque contra la norma), posiblemente terminando en estructuras o contraestructuras secretas o parasitarias. Otro tipo de rompimiento de lealtades involucra directamente a un tercero externo: por ejemplo, el funcionario encargado de adjudicar licitaciones que accede a recibir sobornos.²⁵

La corrupción es, en gran medida, un engaño relativo a las lealtades que prevalecen. En vez de la verdadera lealtad al principal (la que se conforma a la ley), una lealtad nueva y, en ciertos aspectos, más importante, se forma una tercera parte. Así se genera un ambiente inestable, en el cual las lealtades son cuestionadas. La creación de redes de corrupción es una suerte de intento de restaurar la estabilidad; pero estas redes por definición son inestables, ya que sus lealtades son contrarias a la ley y, por ende, contrarias a otras lealtades. La corrupción implica entonces lealtades en conflicto; sin embargo al mantenerse ocultas, el principal no tendrá razón para sospechar o no sospechar de ellas.²⁶

Todos los *whistleblowers* se hallan atrapados entre estas lealtades en conflicto. Ello hace que la decisión de denunciar, independientemente de cuáles sean las presiones o barreras para el denunciante, resulte difícil y compleja. Pero por otra parte, las revelaciones o denuncias son sumamente importantes para la detección del rompimiento de lealtades que envuelve la corrupción.

La importancia de la protección a denunciantes de corrupción ha sido reconocida en las convenciones internacionales anti-corrupción actualmente en vigencia, incluyendo la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Artículo II, párrafo 8) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Artículos 13 y 33).

²⁵ Rohde-Liebenau, Björn, *Whistleblowing Rules: Best Practice: Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*. Estudio solicitado por el Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, Bruselas, 2006. (pp. 14)

²⁶ *Ibíd.*

Una de las herramientas más importantes para la prevención y detección de la corrupción, vinculada también a la promoción de la transparencia, es el asegurar e implementar el derecho de las personas de acceso a la información o, visto en forma más amplia, la libertad de información. Si los individuos cuentan con el derecho a obtener y conocer la información de carácter público, se incrementa la posibilidad de detección de actos de corrupción, lo que constituye un disuasivo para utilizar el secreto como medio de amparar tales prácticas. El acceso a la información asimismo es ampliamente reconocido en la actualidad como un derecho fundamental en las sociedades democráticas, en que las personas que cumplen una función pública deben rendir cuenta de sus actos ante la ciudadanía. Todos los regímenes de libertad de información incluyen excepciones de acuerdo a las cuales en ciertos casos la información no es pública. Mientras más limitado sea este campo de excepciones, más amplio será el derecho para buscar, obtener, divulgar y recibir información.

El *whistleblowing* está estrechamente vinculado a la libertad de información y es una herramienta complementaria a ella. La protección a denunciantes ha sido reconocida como uno de los principios que debe incluir una legislación comprehensiva sobre acceso a la información. Aún si los regímenes de acceso a la información contemplan sistemas de excepciones bien delimitados a la divulgación de información, en ningún caso podría esperarse que cubran todas las situaciones en que la revelación de información no requiera una ponderación compleja entre diferentes intereses públicos. Por ello, la protección a denunciantes es útil, sobre todo cuando la revelación podría de otra forma constituir la infracción de una obligación legal o laboral. Las protecciones a denunciantes, en relación con la legislación sobre libertad de información, pueden establecerse en el mismo cuerpo legal que regula este derecho o bien en disposiciones separadas.²⁷

²⁷ Mendel, Toby, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, UNESCO, 2003 (pp.35-36)

En una variedad de países, la legislación nacional de libertad de información también provee protección a denunciantes. En Suecia, la Ley de Libertad de Prensa otorga a las personas del servicio civil un derecho fundamental de criticar anónimamente las acciones de los órganos de gobierno. Algunas leyes nuevas de libertad de información han incluido disposiciones sobre *whistleblowing* relativas a los órganos públicos. La protección en estas leyes está limitada sólo a los servidores públicos y mayormente dice relación con la divulgación no autorizada de información personal.²⁸

En algunos países, la protección está condicionada a que el individuo primero acuda a ciertos órganos o autoridades de supervisión, de modo que los problemas puedan ser abordados a través de canales oficiales y no externos. Esto puede presentar un problema cuando en los casos de corrupción, los mismos canales regulares están implicados o involucrados, siendo por ello inefectivos. También se requiere proteger a los funcionarios de la responsabilidad en que pudieren incurrir cuando, en forma razonable y de buena fe, han divulgado o entregado información conforme a la legislación sobre acceso a la información, aún cuando sea por error. Esta protección es importante para el cambio de la cultura del secretismo; los servidores públicos no deberían temer sanciones por revelar información, o de otro modo tenderán a inclinarse por el silencio.²⁹

Así, por ejemplo, en la Ley Modelo sobre Libertad de Información, creada por la organización no gubernamental Article 19, contempla en su artículo 47(1) que nadie podrá ser objeto de sanción legal, administrativa o laboral, independientemente de cualquier incumplimiento de una obligación legal o laboral, por divulgar información sobre un acto ilícito o información que revele grave amenaza para la salud, la seguridad o el medio ambiente, siempre que actúe de buena fe y en la creencia razonable de que la

²⁸ Banisar, David, *Freedom of Information Around The World 2006. A Global Survey of Access to Government Information Laws*. Privacy International, Londres, 2006.

²⁹ Mendel, Toby, *Ob.cit.* (pp. 35-36)

información era sustancialmente verdadera y revelaba evidencias de un acto ilícito o una grave amenaza para la salud, la seguridad o el medio ambiente.³⁰

1.2. El concepto de *whistleblowing*

1.2.1. Definiciones en la literatura especializada

El *whistleblowing* tiene muchas facetas diferentes. Entre otras cosas, puede ser un acto de libertad de expresión, una herramienta contra la corrupción, o un mecanismo de manejo de disputas interno. Esto ha llevado a una cantidad de definiciones diferentes.³¹ No existe uniformidad entre estas definiciones, y puede haber diferencias sustanciales en el tratamiento de este tipo de denuncias entre distintos países, en los que el *whistleblowing* se mira desde distintos puntos de vista. Se ha dicho incluso que “*whistleblowing*” no es un término técnico y que tampoco ha hallado una definición legal común.³² En Australia, por ejemplo, en donde existen diversos regímenes legales sobre la materia en sus distintos territorios, ninguno de ellos realmente hace uso sustantivo del término.³³

Uno de los primeros usos modernos fue el del activista Ralph Nader, de los Estados Unidos, quien en 1971 lo describió como “un acto de un hombre o mujer quien, creyendo que el interés público sobrepasa el interés de la organización a la que sirve, da

³⁰ Mendel, Toby, *Una Ley Modelo sobre la Libertad de Información*, Article 19, Londres, 2001.

³¹ Banisar, David, *Whistleblowing International Standards and Trends*. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006 (pp. 4)

³² Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 2)

³³ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 8)

la alerta [sopla el silbato, *blows the whistle*] de que la organización está envuelta en actividad corrupta, ilegal, fraudulenta o dañina.”³⁴

Marcia P. Miceli y Janet P. Near, de Estados Unidos, lo definieron en 1982 como “la revelación de prácticas de los miembros organizacionales (pasados o presentes) ilegales, inmorales o ilegítimas bajo control de sus empleadores a personas u organizaciones que puedan tener capacidad de tomar acción.”³⁵ Esta es una de las definiciones más aceptadas en la doctrina, incluso en los textos más recientes.

Otros se han centrado en el *whistleblowing* principalmente como un elemento de la libertad de expresión y del derecho de los individuos de expresar disenso. El australiano Peter Jubb lo define de forma tal, que se entiende necesariamente de una acción pública:

“El *whistleblowing* es un acto de revelación deliberado y no obligatorio, el que se vuelca al registro público y es efectuado por una persona que tiene o ha tenido acceso privilegiado a datos o información de una organización, sobre ilegalidad no trivial u otras malas conductas sean reales, sospechadas o anticipadas, que implica y está bajo control de dicha organización, a una entidad externa que tiene el potencial para rectificar la mala conducta.”³⁶

Stuart Dawson, amplía la definición anterior y entrega su propio concepto de la siguiente forma: “es la revelación deliberada, voluntaria, de malas prácticas individuales u organizacionales por una persona que tiene o ha tenido acceso privilegiado a datos, eventos o información sobre una mala conducta real, sospechada o anticipada dentro o

³⁴ Nader, Petkas and Blackwell, *Whistleblowing*, 1972, citado en Rongine, Nicholas M., *Towards a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing*, American Business Law Journal, Summer 1985, vol. 23, iss. 2, pp. 28. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 5).

³⁵ Citado en Mesmer-Magnus y Viswesvaran, *Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions and Retaliation*, Journal of Business Ethics, 62, 277-297, 2005. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 5).

³⁶ Jubb, Peter B., *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation*, Journal of Business Ethics, 21, 77-94, 1999. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 6).

por una organización, que está dentro de su capacidad de control. La revelación puede ser interna o externa y puede entrar o no entrar al registro público.”³⁷

Definiciones más recientes se han centrado en aspectos laborales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) lo define como “La denuncia hecha por trabajadores o ex trabajadores de prácticas ilegales, irregulares, peligrosas o antiéticas de empleadores.”³⁸ También en un sentido laboral, Richard Calland y Guy Dehn describen el *whistleblowing* de la siguiente manera: “el *whistleblowing* es actualmente utilizado para describir las opciones disponibles a un trabajador para plantear inquietudes sobre mala conducta en el lugar de trabajo. Se refiere a la revelación de la mala conducta que amenaza a otros, más que a un agravio personal. El *whistleblowing* cubre el espectro de tales comunicaciones, desde plantear la inquietud con administradores, con aquellos a cargo de la organización, con reguladores, o con el público (sea a través de los medios o de otra manera). Y el propósito del *whistleblowing* no es el perseguir alguna venganza personal sino que ese riesgo pueda ser evaluado y, cuando proceda, ser reducido o removido.”³⁹

El australiano Peter Bowden da la siguiente definición: “el *whistleblowing* es la exposición de personas, dentro o fuera de una organización, de información significativa sobre corrupción y malas conductas, que es de interés público y que de otra manera no estaría disponible públicamente.”⁴⁰

Examinando el concepto desde el punto de vista de la administración de riesgos, Björn Rohde-Liebenau da la siguiente definición de *whistleblowing*:

³⁷ Dawson, Stuart, *Whistleblowing: A Broad Definition and Some Issues for Australia*. Business Ethics Research Unit, School of Management, Victoria University of Technology, Australia, 2000 (pp. 2).

³⁸ *ILO Thesaurus 2005*. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 7).

³⁹ Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 9)

⁴⁰ Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*. Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, Adelaida, Australia, 2005 (pp. 2)

- La revelación de un interno (*insider*) de lo que es percibido como evidencia;
- De conducta ilegal o de otros riesgos serios;
- De o en relación con las actividades de una organización, incluyendo las actividades relacionadas con el trabajo de su personal.⁴¹

Kristine Drew define *whistleblowing* como “el acto de revelar información en el interés público”⁴² y *whistleblower* como “aquel que expone mala conducta o malas prácticas en el interés público.”⁴³

La Comisión Nolan del Reino Unido elaboró la siguiente definición: “presentar una inquietud sobre malas prácticas dentro de una organización o a través de una estructura independiente asociada con ella.”⁴⁴

1.2.2. Elementos del concepto de *whistleblowing* en las diferentes acepciones en doctrina

1.2.2.1. Revelación o comunicación

El *whistleblowing* consiste, en primer lugar, en la comunicación de una persona a otra de la ocurrencia de un hecho determinado. Si no existe esta comunicación, significa que el hecho mismo no existe, o que la persona ha preferido mantener el silencio. Las diversas definiciones no abundan en cuanto a qué constituye efectivamente la comunicación del hecho o bien no especifican forma alguna de efectuarla. Este es un aspecto que más bien es dejado a normas específicas sobre procedimientos de denuncia. Diversas legislaciones limitan la comunicación a formas y requisitos determinados,

⁴¹ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 16)

⁴² Drew, *Ob.cit.* (prefacio)

⁴³ *Ibíd.* (pp. 1)

⁴⁴ *Ibíd.*

excluyéndose a veces las revelaciones anónimas, las que no sean hechas con el propósito específico de informar sobre una conducta indebida (por ejemplo las que sean hechas en forma casual y no deliberada) o las efectuadas bajo otros contextos (por ejemplo, las revelaciones que podrían salir a la luz dentro de un proceso judicial a propósito de un conflicto de otra especie), entre otras. Desde el punto de vista de la libertad de expresión, sin embargo, debería entenderse que en lo conceptual no es relevante el que la comunicación sea efectuada de alguna forma específica o que cumpla con requisitos determinados.

1.2.2.2. Carácter de la información revelada. Interés público

En cuanto a la información misma que es revelada, muchas definiciones señalan que la información a ser revelada debe revestir el carácter de “interés público”. La calificación del *whistleblowing* para significar la revelación de conductas que afectan más que al interés personal o privado de la persona que efectúa la revelación, se ajusta con la mayoría de las actuales concepciones de política pública del término.⁴⁵

Si bien la preocupación por la regulación de la protección a denunciantes obedece a que sus revelaciones son valiosas para el interés público, una interpretación restrictiva de lo que se debe entender por “interés público” puede derivar en el problema de limitar la aplicación de la ley con respecto a las denuncias y a las protecciones. La valoración sobre el carácter de la información revelada, en ocasiones, sólo puede determinarse una vez que la denuncia ya haya pasado por un procedimiento, aún preliminar, de evaluación o investigación. En este sentido, un denunciante podría efectuar la comunicación del hecho sin poder determinar -por sus propios medios- si es o no de interés público, ya que dicha calificación corresponderá a la persona o el órgano ante el cual se efectúa la denuncia. Así, mientras no sea calificada como de interés público, la denuncia podría ser desatendida, aún cuando pudiera llevar a detener o prevenir un riesgo potencial, y el

⁴⁵ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 8). Los autores sostienen que los objetivos de los muchos regímenes legislativos para la protección a denunciantes del sector público actualmente vigentes en Australia apuntan a la revelación de asuntos de interés público.

denunciante podría no quedar amparado frente a las represalias de las que igualmente podría ser objeto.

Si bien es claro que no toda revelación de información merece el tratamiento de *whistleblowing* o el otorgamiento de protecciones, es relevante que se interprete en forma amplia en las legislaciones todo aquello que *potencialmente* pudiera ser de interés público. No debe confundirse el carácter de “interés público” con las motivaciones del denunciante, esto es, no es relevante aquí si la denuncia se efectúa deliberadamente en pos del interés público o sólo para el interés privado del denunciante; tal carácter debe atender exclusivamente a la información misma que es revelada y no al propósito o apreciación del denunciante.

Peter Bowden también sostiene como parte de su concepto de *whistleblowing*, que la información revelada a propósito de la denuncia debe ser tal que “(...) de otra manera no estaría disponible públicamente”.⁴⁶ El mismo autor especifica esto distingue el *whistleblowing* del activismo; sosteniendo que los activistas hacen campaña sobre algún asunto que ya está en el conocimiento público, y que por ende, no hay necesidad de protegerlos de represalias internas. No parece relevante en realidad la opinión de este autor en cuanto a que la información no pueda hacerse pública también por otros medios; por el contrario, la revelación del denunciante podría ser tal vez la única forma en que la conducta o hecho irregular sea investigado y resuelto, por mucho que la información incluso ya haya sido conocida. Además, el que la información pudiera salir a la luz por otras vías no hace al denunciante menos merecedor de las protecciones, ya que igualmente podría ser objeto de represalias.

⁴⁶ Bowden, *Ob.cit.* (pp. 2)

1.2.2.3. La conducta denunciada: contenido específico de la información revelada

Las definiciones abordan de distintas maneras el tipo o la materia específica que constituye la denuncia, esto es, la conducta que es denunciada. Las definiciones antes citadas describen el objeto del *whistleblowing* de las siguientes formas:

- “actividad corrupta, ilegal, fraudulenta o dañina”⁴⁷
- “prácticas (...) ilegales, inmorales o ilegítimas”⁴⁸
- “información significativa sobre corrupción y malas conductas”⁴⁹
- “ilegalidad no trivial u otras malas conductas sean reales, sospechadas o anticipadas”⁵⁰
- “prácticas ilegales, irregulares, peligrosas o antiéticas”⁵¹
- “mala conducta que amenaza a otros”⁵²
- “conducta ilegal u otros riesgos serios, de o en relación con las actividades de una organización, incluyendo las actividades relacionadas con el trabajo de su personal”⁵³
- “una mala conducta real, sospechada o anticipada dentro o por una organización”⁵⁴

El *whistleblowing* puede tratar sobre un amplio espectro de prácticas. Una aproximación conceptual amplia es necesaria no sólo por la imprecisión de las

⁴⁷ Definición de Ralph Nader, citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 5) (ver nota 34)

⁴⁸ Definición de Marcia Miceli y Janet Near, citada en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 5) (ver nota 35)

⁴⁹ Bowden, *Ob.cit.* (pp. 2)

⁵⁰ Definición de Peter Jubb, citada en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 6) (ver nota 36)

⁵¹ Definición de la Organización Internacional del Trabajo, citada en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 6) (ver nota 38)

⁵² Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp. 9)

⁵³ Rhode-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 16)

⁵⁴ Dawson, *Ob.cit.* (pp. 2)

categorías existentes, sino por los peligros inherentes de tomar una aproximación demasiado restrictiva. Por ejemplo, el restringir las denuncias sólo a casos “serios” de mala conducta de interés público conlleva la pregunta de cuál es el juicio que determina si la mala conducta satisface tal vara. Un órgano que quisiera minimizar la cantidad de denuncias a las cuales debe responder, podría simplemente elevar la vara.⁵⁵ Una definición estrecha sólo permite las conductas indebidas organizacionales –excluyendo incluso actos privados cometidos en la organización-; entendida en forma aún más estrecha, sólo conductas que alcancen un cierto nivel de gravedad son aceptadas. Sin embargo, desde el punto de vista de la comunicación y prevención de riesgos, cualquier riesgo relacionado con las actividades o el personal de la organización debería ser admisible.⁵⁶

Una definición amplia de este tipo de denuncias debería contener fórmulas suficientemente comprehensivas para las conductas que pueden ser objeto de la denuncia, que pueden ser calificadas primariamente como “indebidas” o “irregulares”, y no necesariamente ilegales. Debe atenderse principalmente a la posibilidad de que el hecho o acto pueda causar un riesgo o un daño a los intereses legítimos de otras personas, más que a otras calificaciones de la conducta. También debe considerarse que las conductas puedan ser sólo anticipadas o sospechadas; esto es, que el riesgo o daño mencionado pueda existir sólo potencialmente.

Algunas de las definiciones también se refieren a conductas “inmorales” o “antiéticas”, lo que presenta una dificultad para la evaluación de la conducta misma. En muchos sistemas legales no existe realmente un margen que permita calificar si la conducta se ajusta o no a la ética, siendo relevante para la aplicación de la ley sólo si se conforma o no a la legalidad vigente. No se debe confundir, por otra parte, la moralidad de una conducta con la relevancia que podría tener o no tener ésta para los efectos de la

⁵⁵ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 14)

⁵⁶ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 6)

aplicación de las normas de *whistleblowing*. Tal confusión podría llevar las denuncias a ámbitos que escapan de aquello que preocupa a la normativa, como lo es la vida privada del individuo afectado por la denuncia. Debe reconocerse, de cualquier forma, que las normas apuntan justamente a establecer y resguardar ciertos estándares éticos de conducta y que, por otra parte –en especial en las organizaciones privadas y en el comercio–, las conductas que podrían estimarse reprochables o sancionables muchas veces no están contenidas en normas legales, sino que se desprenden de los principios y fines que, en el entendimiento común, son los propios y correctos para una determinada actividad u organización.

1.2.2.4. Motivación del denunciante. Requerimientos subjetivos de la denuncia

Algunas de las definiciones del *whistleblowing* expresamente señalan que el denunciante debe efectuar la revelación de buena fe, o con alguna motivación distinta y ajena al mero interés personal. En estas definiciones se ha sostenido, por ejemplo, que el denunciante da la alerta *en la creencia* de que el interés público sobrepasa el interés a la organización a la que sirve⁵⁷; Calland y Dehn al describir el *whistleblowing* explican que “el propósito del *whistleblowing* no es el perseguir alguna venganza personal sino que ese riesgo pueda ser evaluado y, cuando proceda, ser reducido o removido.”⁵⁸ Bowden señala que parte de la doctrina va aún más lejos, sosteniendo que el denunciante debe efectuar la denuncia por “las razones morales correctas.”⁵⁹

Los requerimientos a las intenciones el denunciante se plasman, más que en las definiciones en doctrina, en las normas que tratan la materia, aunque no necesariamente en las definiciones contenidas en ellas. Por ejemplo, el artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, a propósito de la protección de denunciantes, señala los elementos de “buena fe” y “motivos razonables”.

⁵⁷ Definición de Ralph Nader, citada en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 5) (ver nota 34)

⁵⁸ Calland y Dehn, *Ob.cit.* (pp.9)

⁵⁹ Fletcher, J.J., Sorell, J.M. y Silva, M.C., *Whistleblowing As a Failure in Organizational Politics*, Online Journal of Issues in Nursing, 31 de diciembre de 1998. Citado en Bowden, *Ob.cit.* (pp. 2).

La exigencia de buena fe u otros requerimientos subjetivos también significan la exclusión de las denuncias infundadas, frívolas o maliciosas, sin perjuicio de los mecanismos que pudieran establecerse para prevenirlas.

Sin embargo, la cuestión del motivo del denunciante está ausente de definiciones doctrinarias más amplias y modernas, pues un asunto válido o de interés público puede ser denunciado sin que la persona necesariamente sea llevada por motivos altruistas. Las revelaciones hechas por razones que sirvan a propósitos propios o como parte de un agravio personal pueden mantener igualmente su carácter como revelaciones de relevancia para el interés público. La cuestión del motivo por tanto ha sido largamente mirada en la doctrina como irrelevante para efectos de si una revelación califica o no como *whistleblowing*. Una forma de entender la motivación del denunciante como de importancia secundaria es bajo el modelo de “comportamiento organizacional pro-social”, comportamiento que es definido por algún segmento significativo de la sociedad y/o del propio grupo social al que se pertenece como beneficioso, en general, para otras personas, sin importar cuáles fueren los motivos personales perseguidos en el caso individual, si los hubiera. Bajo este modelo de comportamiento se entiende que la decisión de dar la alerta es un proceso complejo y no unitario: está relacionado con una variedad de factores individuales, organizacionales y de situación, incluyendo el juicio sobre si el informar tendrá o no probabilidad de cambiar el comportamiento denunciado. Esta aproximación contrasta con otras en que el *whistleblowing* es presentado como siempre desinteresado, aunque ello sea improbable; en estas otras aproximaciones el *whistleblowing* ha sido descrito como un ejemplo de desobediencia civil, de resistencia ética y/o disenso organizacional de principios, como si el razonamiento ético estuviera siempre envuelto.⁶⁰

Este énfasis presenta problemas significativos. Aún si muchos denunciantes son altruistas, el hacer esto una característica definitoria y por tanto un prerrequisito para la

⁶⁰ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 11-12)

protección a denunciantes es extremadamente problemático. En esta aproximación, una proporción sustancial de *whistleblowers* jamás calificará como tales, simplemente porque también pudieran tener un motivo personal o privado en el resultado. Así, los denunciantes que no probaren que se conforman a un estereotipo de motivación pura o altruista –la mayoría de ellos- pudieran ser vistos bajo otra luz, incluso como personas problemáticas o vengativas. Tales estereotipos por tanto confunden el propósito primario del reconocimiento del *whistleblowing*.⁶¹

En otra variante conceptual, algunas definiciones pueden entender como “denunciante” sólo a aquellos que han sufrido represalias, entendiéndose que se establecen mecanismos para su protección aplicables sólo una vez que las represalias ya han comenzado. Este tipo de protección parece sumamente inefectiva: usualmente, el denunciante encontrará oposición y dificultades en vincular las represalias con el acto de la denuncia.⁶² Por ejemplo, el australiano William De Maria concluyó que la definición debería incluir el aspecto del sufrimiento, pues en sus investigaciones no había hallado individuos que no hubieran sufrido de alguna forma, de modo que el denunciante “no sufriente” sería una contradicción en los términos. Esta calificación es imposible de conciliar con la razón política de definir el *whistleblowing* en primer lugar –cual es, el proteger a los denunciantes en una forma positiva o proactiva mucho antes de que experimenten malos resultados. Una definición que permita que los incidentes de *whistleblowing* sean reconocidos sólo después de que el conflicto ha surgido y el daño está hecho, no puede funcionar para el propósito de prevenir o reducir tal daño.⁶³

⁶¹ *Ibíd.* (pp. 13)

⁶² Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 6)

⁶³ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 13). Los autores se refieren a la investigación desarrollada por William De Maria sobre un universo de 83 *whistleblowers* entre 1994-1995, en el territorio de Queensland, Australia; la conclusión de este autor referente a la inclusión del aspecto del sufrimiento en el concepto de *whistleblowing* aparece en su publicación *Deadly Disclosures: Whistleblowing and the ethical meltdown of Australia*, Wakefield Press, Adelaida, Australia, 1999.

La ausencia de elementos subjetivos en el concepto de *whistleblowing* adicionalmente distinguiría a éste de las quejas y reclamos personales.⁶⁴

Incluso más allá de la motivación del denunciante, a veces éste pudiera estar personalmente involucrado en aquello que decide revelar, aún sin tener la intención o conciencia de ello. Sin embargo, la participación o no participación del denunciante no debe predeterminar el valor de la información, o la valoración misma de la persona que efectúa la revelación. Por el contrario, podría resultar especialmente relevante el obtener información de una fuente involucrada.⁶⁵

1.2.2.5. Contexto de la denuncia. Denuncias internas y externas y personas que pueden efectuarlas

Por último, muchas de las definiciones de *whistleblowing* se refieren al contexto en que es realizada la denuncia (el lugar donde es formulada y/o ante quién se formula). Este aspecto marca diferencias sustanciales entre las opiniones de los autores: el *whistleblowing* puede ser *interno* o *externo*, en el sentido de que la denuncia puede formularse *dentro* de la organización respectiva, o ante alguna persona u órgano *externo* a la organización. Las definiciones pueden adoptar una u otra postura con respecto al contexto de la denuncia que constituye efectivamente *whistleblowing*, o comprender ambas. A esta distinción puede vincularse otra (aunque no implícita a ella): si quien efectúa la denuncia sólo puede ser una persona *interna* a la organización a la cual importa el hecho denunciado, o bien *externa* a ella.

⁶⁴ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 16). El autor deliberadamente excluye de su concepto las consideraciones de ética por la misma razón, y señala que sólo hay dos vías de acceso en su definición para las consideraciones individuales: a) la “percepción” de algo que evidencia ciertas circunstancias riesgosas, y b) la razón para creer (también una percepción) que la utilización de los conductos regulares no haría la diferencia necesaria. Sostiene además que así su definición funciona para aliviar al denunciante de la carga de la prueba, garantizando que la información llegará a un lugar donde será procesada. Por razones similares, no se incluye en la definición un deber o responsabilidad e informar, ya que elevaría la carga del denunciante y disminuiría el flujo adecuado de información.

⁶⁵ *Ibíd.* (pp. 6)

Desde el punto de vista organizacional, existe una diferencia si las acusaciones y el disenso pueden mantenerse internamente. Una vez que la revelación ha sido hecha pública, habrá nuevos participantes en el debate, con diferentes intereses.⁶⁶

Tanto por ser usualmente las personas más cercanas a la organización –las que trabajan en ella- las que tienen mejor conocimiento de las posibles malas conductas al interior de ella, como por ser quienes tienen más probabilidad de sufrir presiones para mantenerse en silencio, los denunciantes típicamente son entendidos como “miembros de la organización”. En ocasiones, sin embargo, cualquier persona que alega haber revelado malas conductas pudiera también pretender tener la calidad de denunciante o *whistleblower*, aún cuando esté fuera de la organización respectiva – por ejemplo, cuando se trata de un consumidor, un cliente o un ciudadano afectado.⁶⁷

Las definiciones que adoptan un punto de vista laboral tienden a enfocarse en la denuncia interna. La definición de la Organización Internacional del Trabajo especifica que la denuncia debe ser hecha por “trabajadores o ex – trabajadores” y si bien no la limita a ser efectuada necesariamente dentro de la misma organización, se refiere a prácticas de “empleadores”. Calland y Dehn, por su parte, también adoptan una definición de carácter más laboral, y señalan que el *whistleblowing* es utilizado para describir “las opciones disponibles a un trabajador para plantear inquietudes sobre mala conducta en el lugar de trabajo”. Admiten, sin embargo, que la denuncia pueda efectuarse dentro o fuera del lugar de trabajo.

Ya que las definiciones de sesgo más laboral se refieren a denuncias en el contexto del lugar y de la relación de trabajo, se puede generar una cierta confusión entre los reclamos que son enteramente de materia laboral, como los relativos a condiciones de empleo, y aquellas denuncias que son propiamente *whistleblowing*. Por ejemplo, la

⁶⁶ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 5)

⁶⁷ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 10). Debe entenderse que el que una persona quiera calificar como *whistleblower* bajo el concepto legal, querrá en razón de ello que se activen los mecanismos legales para tratar con este tipo de denuncias, incluyendo las protecciones.

organización Whistleblowers Australia (que se dedica específicamente a la ayuda de *whistleblowers*) ha estimado que entre un 50 y un 60 por ciento de quienes acuden a ella para obtener asistencia, en realidad presentan problemas relativos al lugar y a las relaciones de trabajo y no denuncias propiamente tales. Este es un problema conceptual que también sale a la superficie en la legislación británica.⁶⁸

La generalidad de las definiciones parece mirar al denunciante como alguien suficientemente cercano a la organización como para poder sufrir represalias. Usualmente también se excluye a las personas al nivel más alto de administración por estimarse que pueden ellas mismas adoptar las medidas necesarias. Pero ello no siempre es así; además, personas ya retiradas, postulantes a empleos o contratistas también pueden ser denunciantes. Estas personas pueden encontrar dificultades al momento de probar represalias en su contra y de invocar protecciones, pues usualmente no les regirá el mismo estatuto aplicable a aquellos internos a la organización.⁶⁹ Al menos desde una perspectiva amplia del *whistleblowing* y la protección a denunciantes, la ubicación interna del denunciante es insustancial y, por ejemplo, un proveedor externo de una empresa, también debería dar la alerta sobre irregularidades que detecte con respecto a ella; asimismo también podría necesitar protección contra represalias, y la conducta que denuncie debería ser igualmente investigada y corregida.⁷⁰

En un sentido completamente inverso, otras definiciones señalan que la denuncia se efectúa “ante una entidad externa que tiene el potencial para rectificar la mala conducta.”⁷¹ En esta y otras definiciones, se dice que sólo se ha dado la alerta si la mala práctica ha sido dada a conocer en un foro público o es puesta en el registro público. Este entendimiento del *whistleblowing* está, al menos en un cierto sentido, en contradicción con su propósito, cual es el corregir un error descubierto. Si un error

⁶⁸ Bowden, *Ob.cit.* (pp. 3)

⁶⁹ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 6)

⁷⁰ Bowden, *Ob.cit.* (pp. 3)

⁷¹ Definición de Peter Jubb, citada en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 6) (ver nota 36)

puede ser corregido dentro de una organización por medio del personal que alerte internamente su ocurrencia, entonces podría no haber necesidad alguna de que el denunciante ventile su queja en un foro público. Mientras que el *whistleblowing* externo es un paso cualitativamente distinto de la revelación interna, invariablemente resulta de una combinación de la frustración del denunciante con un fracaso de la denuncia interna para resolver el asunto, o una percepción de que la revelación interna no será fructífera, junto con el juicio subjetivo del individuo en relación con las consecuencias de no dar la alerta. La mayoría de los denunciantes tiende a dar la alerta primero al interior de la organización, en la creencia de que en tal instancia el asunto será abordado y resuelto, y sólo una vez que tal revelación ha fallado en sus propósitos, acuden a una entidad externa a efectuar la denuncia. Desde este punto de vista, la revelación interna tiene tanta validez para ser mirada como *whistleblowing* como la tiene la opción de ir fuera de la organización.⁷²

Mientras que es obviamente la forma más “llamativa”, la denuncia pública también fácilmente adquiere una prominencia que excluye atención apropiada sobre otros tipos importantes de revelación. Las denuncias no son siempre públicas, en el sentido de ser sujetas a publicidad difundida. Las denuncias públicas son estadísticamente infrecuentes y usualmente representan la vía de revelación de último recurso, con la mayoría de las denuncias teniendo lugar internamente o ante un órgano regulatorio asociado. También es claro que si las denuncias son manejadas responsablemente por las organizaciones en la primera instancia, es más probable que los resultados sean positivos que si el asunto es forzado a escalar en un conflicto público-político.⁷³

⁷² Dawson, *Ob.cit.* (pp. 1-2). El autor se basa en los hallazgos de la investigación de J. Rothschild y T. Miethe en los Estados Unidos (*Whistle-Blower Disclosures and Management Retaliation, Work and Occupations*, 26(1), 107-128, 1999), quienes concluyen que los trabajadores acuden a autoridades externas “sólo una vez que llegan a creer que los canales internos están cerrados para ellos, que la organización no tiene moral, y que la alta administración es inerte o es cómplice de la mala conducta.”

⁷³ Brown y Donkin, *Ob.cit.* (pp. 10). Estas conclusiones corresponden a los resultados de dos encuestas: una desarrollada entre empleados públicos de 118 órganos públicos, y la otra entre

A pesar de que persiste la diferencia conceptual entre el *whistleblowing* interno y externo, las concepciones más recientes y comprehensivas sobre *whistleblowing* tienden a reconocer que la denuncia puede efectuarse tanto dentro como fuera de la organización correspondiente, y por personas internas o externas a ella, desligando el acto de la denuncia de la vinculación con la organización.

1.3. La necesidad de protección a denunciantes

1.3.1. Las consecuencias negativas de efectuar la comunicación o denuncia del hecho

En ocasiones, las personas que denuncian irregularidades, fraudes o hechos de corrupción, han ganado reputación como héroes en los medios y en la opinión pública, y han sido mirados como personas que han dado un alto valor a la honestidad y al comportamiento ético dentro de las organizaciones; en especial si, gracias a sus revelaciones, se ha podido descubrir un riesgo o daño de gran importancia para el interés público. Tal fue el caso, por ejemplo, de Sherron Watkins y Cynthia Cooper, quienes con sus revelaciones lograron dar a conocer los importantes fraudes en los escándalos de las empresas Enron y WorldCom, respectivamente, y Coleen Rowley, quien expuso errores del FBI en relación con los ataques del 11 de septiembre de 2001. Estas tres

denunciantes seleccionados de 15 órganos públicos diferentes. Estas arrojan como resultado que en una primera instancia, casi todos los reportes sobre mala conducta (el 97% en la primera encuesta y el 80% en la segunda) son dirigidos exclusivamente a receptores internos a la organización, y que menos del 10% de los denunciantes, en ambas encuestas, llevaron su información exclusivamente a alguien externo. Para estos efectos se entiende como "interno" a los supervisores, altos gerentes, CEOs, unidades internas de estándares éticos, unidades internas de auditoría o fraude, ombudsmen internos o unidades de reclamos, unidades de recursos humanos o de equidad y méritos, líneas de ayuda internas y funcionarios consejeros o de ayuda a trabajadores. Estas encuestas y sus resultados se incluyen en la investigación publicada en el libro del cual la obra y el texto citado son parte (Brown, Alexander Jonathan (editor), *Whistleblowing in the Australian Public Sector: Enhancing the Theory and Practice of Internal Witness Management in Public Sector Organizations*. Australian National University E Press, Camberra, Australia, 2008, pp. 18-19, 90)

mujeres fueron nombradas “Personas del Año 2002” por la conocida revista *Time* y sus acciones fueron ampliamente celebradas en los Estados Unidos.⁷⁴

Sin embargo, para la gran mayoría de los *whistleblowers*, las consecuencias individuales de dar la alerta tienden a ser negativas. En la literatura sobre *whistleblowing*, las consecuencias negativas para los denunciante en general consisten en las *represalias* que toman en su contra las personas con intereses contrarios a aquellos a los que apunta la revelación o denuncia. Con el término *represalias* se ha identificado en la doctrina a acciones de diversa índole tendientes a perjudicar al denunciante, por el hecho de haber realizado la denuncia. Las represalias pueden tomar cualquier forma imaginable, y pueden abarcar desde un simple deterioro en las relaciones interpersonales hasta atentados contra la vida del denunciante o de sus cercanos, en los casos más extremos.⁷⁵

Sin embargo, no todas las consecuencias negativas para los denunciante consisten en represalias, y éstas tampoco se originan necesariamente con la intención de impedir que la información que es o que pudiera ser revelada salga a la luz o con el ánimo de perjudicar al denunciante. En ocasiones las consecuencias no son producto de acciones deliberadas, sino simplemente la aplicación correcta de normas legales o cláusulas contractuales (en especial las de confidencialidad), y que resulta en dificultades para que el denunciante sostenga su postura. También el rechazo y las dificultades que sufre el denunciante, pueden ser el intento de terceros que estiman justo proteger a la persona u organización afectada y que, ante la falta de evidencia que los haga cambiar de parecer, sospechan de las intenciones del denunciante. Incluso en la ausencia de cualquier represalia, la perspectiva de que ellas igualmente lleguen a materializarse, o la carga impuesta por los requisitos efectuar la revelación puede ser tal, que el beneficio que de

⁷⁴ Bowden, *Ob.cit.* (pp.1).

⁷⁵ El autor David Banisar cita el caso, en India, del ingeniero Satyendra Dubey, quien fuera asesinado luego de revelar corrupción sobre un proyecto vial. Banisar, *Ob.cit.* (pp. 15).

ella pueda resultar podría ser a costa del detrimento de alguno de los derechos o intereses legítimos del denunciante.⁷⁶

Las represalias tomadas en contra de la persona del denunciante tienden a hacer perder fuerza y credibilidad a la revelación hecha por éste –pudiendo generar presión para que se retracte de la declaración o información que ha revelado- y que se abstenga de efectuar revelaciones posteriores. Si bien las represalias en general tienen lugar ya una vez que la denuncia ha sido efectuada, las personas interesadas en que la revelación no se efectúe podrían tomar acciones o medidas para prevenirla.

El *whistleblowing* no es un método simple, como lo demuestra la controversia que rodea a la mayoría de los casos de *whistleblowing* y la necesidad de protección que proteja a los denunciantes. Hay implicancias éticas para la persona que se encuentran en conflicto: la negación de la lealtad hacia la organización, contra la revelación de conductas indebidas en ella. El denunciante debe evaluar el bien mayor entre el revelar e intentar detener tales conductas, o el asegurar la continuación de su empleo y la supervivencia de la organización misma. También puede ser visto como una elección entre dos virtudes, o deberes: la honestidad y la lealtad.⁷⁷

Aún cuando a veces exista un deber de informar, este deber no siempre está fortificado por protecciones específicas para la persona que efectúa una revelación, aún cuando sea de buena fe, justificada y razonablemente, y en ocasiones incluso impuesta por la ley. Ante estas circunstancias, la mayoría de los trabajadores no estarán dispuestos

⁷⁶ Por ejemplo, la ley, un tribunal o el órgano competente para investigar la denuncia, puede exigirle al denunciante el cumplimiento de requisitos difíciles, o colaborar obligatoriamente, sea testificando o aportando otras pruebas, o actuar como parte en un proceso judicial, en el cual deberá contar con asesoría jurídica, incluso a expensa suya. En ocasiones la denuncia causará un daño irreparable a la organización a la que pertenece o en la que trabaja, que derivará en un detrimento a los propios intereses del denunciante. El denunciante también podría no tener la capacidad o las competencias suficientes como para sustentar los hechos que alega. Eventualmente, frente a obstáculos mayores o menores en relación con la denuncia, el denunciante igualmente enfrentará potenciales costos económicos, sociales, laborales, y otros de índole más personal, como con respecto a su familia o en lo psicológico.

⁷⁷ Bowden, *Ob.cit.* (pp.3).

a dar la alarma, sea por temor a represalias o por la creencia de que nada se hará en respuesta a sus revelaciones. La práctica y toda la literatura sobre la materia demuestran que las represalias son la regla, no la excepción.^{78 79}

De esta forma, como correlato necesario a la promoción e incentivo del *whistleblowing*, en la regulación de la materia aparece como un elemento sustancial de ella la protección de denunciantes.

Desde el punto de vista de la teoría de la legitimidad organizacional, existe una correlación negativa entre la legitimidad de la organización y aquella del denunciante, al punto que la continuidad de una requiere la ilegitimidad de la otra. La legitimidad es vista como un atributo conferido a una organización por sus partes externas (interesados, *stakeholders*), las que son afectadas por las operaciones de la organización, por el cumplimiento o no cumplimiento de sus objetivos. El rol del denunciante con relación a la organización es ambiguo. En principio, tiene el rol de interesado y por ende como uno más de los que confiere legitimidad a la organización; pero sin el apoyo de otros para sustanciar su propia legitimidad, carecerá del poder para influenciar a la organización. Luego, la organización en cuestión no lo reconocerá como interesado en ella y

⁷⁸ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 7-8).

⁷⁹ Las represalias experimentadas por los denunciantes han sido ampliamente documentadas. A modo de ejemplo, un estudio comprehensivo desarrollado en 1999 por los investigadores J. Rothschild y T. Miethe en los Estados Unidos, sobre una muestra de 761 individuos, demostró que el 69% de los denunciantes perdió su empleo o fue forzado a renunciar; el 64% recibió evaluaciones de desempeño negativas; el 69% había sido criticado o evitado por los compañeros de trabajo; y el 64% había sido puesto en lista negra para evitar que obtuvieran otro trabajo en el mismo campo (Sawyer, Kim; Johnson, Jackie y Holub, Mark, *The Necessary Illegitimacy of The Whistleblower*. University of Melbourne y University of Western Australia, Australia, 2005, pp. 4). Las consecuencias negativas de dar la alerta incluso inciden en la salud de los denunciantes: Jean Lennane, en *The Canary Down The Mine: What Whistleblowers' Health Tells Us About Their Environment* (Conferencia en el Departamento de Criminología, Melbourne University, 1995) sostiene que de acuerdo a su investigación los *whistleblowers* presentaban síntomas tales como dificultades en el sueño, ataques de ansiedad o pánico, depresión, diarrea nerviosa, problemas respiratorios, pérdida de peso, presión sanguínea alta, palpitaciones, caída de pelo, jaquecas, etc. También su investigación demostró que sólo 8 de los 35 sujetos no habían sufrido disminución en sus ingresos; en 12 casos el ingreso disminuyó en más de un 75%. Enfrentaban altos costos, médicos, legales y de otro tipo, y en más de la mitad de los casos su pérdida financiera total se estimaba en cientos de miles de dólares.

típicamente tratará de desacreditarlo de forma que no tenga la credibilidad o influencia sobre otros interesados que sí podrían ejercer la influencia necesaria sobre la organización.⁸⁰

Esto ayuda a entender por qué las organizaciones toman represalias en contra de los denunciantes. Al efectuar la denuncia, el denunciante toma un rol diferente al de las otras personas pertenecientes a la organización (típicamente los otros empleados). Su identidad pasa a ser definida por el acto de su denuncia, no por su desempeño previo en la organización, y su legitimidad pasa a ser la de un denunciante -no la de un trabajador- por lo que se correlaciona negativamente con la legitimidad de la organización, y esto es lo que determina el futuro desafortunado del denunciante.⁸¹

La correlación negativa entre las legitimidades del denunciante y la organización se vuelve aún más pronunciada si no hay pronta resolución al asunto. Muchos casos de *whistleblowing* tardan años en resolverse, y algunos no son resueltos jamás. Durante ese proceso, las organizaciones, de todo tipo, pueden mantener o reparar su legitimidad a través de los diversos intercambios de los que son parte, como por ejemplo aquellas que logran nuevos financiamientos (como subsidios del Estado), o a través de cambios en la estructura y en la administración. Los denunciantes, en cambio, no tienen tal posibilidad de “reconstruirse”, excepto tal vez en los sistemas que les ofrecen una compensación o

⁸⁰ Sawyer, Kim; Johnson, Jackie y Holub, Mark, *The Necessary Illegitimacy of The Whistleblower*. University of Melbourne y University of Western Australia, Australia, 2005. (pp. 3-4). Los autores explican que la legitimidad puede ser alcanzada a distintos niveles. Desde un punto de vista pragmático, la legitimidad es alcanzada a través de intercambios con otras personas o entidades; de ahí que una organización que toma represalias contra un denunciante, destruye la legitimidad pragmática de éste al intentar eliminar su capacidad de intercambiar, influenciar y compartir valores con otros. El despido, la remoción, las evaluaciones negativas de desempeño y la pérdida de autoridad, entre otras represalias, minimizan la legitimidad pragmática del denunciante. Por otra parte, la denuncia misma es un punto de definición para el denunciante, estableciendo su legitimidad moral, pero usualmente destruyendo su legitimidad pragmática.

⁸¹ *Ibíd.* (pp. 5)

recompensa en el caso de denuncias exitosas que llegan a buen puerto.⁸² Otro factor que hace más pronunciada la correlación negativa entre legitimidades es los denunciantes tienden a ser “reincidentes”, es decir, la mayoría de ellos es propenso a volver a efectuar una denuncia en caso de que llegue a su conocimiento otro caso de conducta inapropiada. Por ello resulta riesgoso para la organización el contar con un *whistleblower* dentro de ella.⁸³

Tres factores inciden en la ocurrencia e intensidad de las represalias: las represalias son más probables, y en su caso, más graves, si el denunciante no posee el rol de supervisor de la organización; si la conducta denunciada es más severa, o sistemática; y si el denunciante acude a partes externas a la organización.⁸⁴ La casi certeza de que una revelación externa llevará a represalias serias, frecuentemente significa que la revelación no saldrá a la luz hasta que el trabajador abandone la organización. Esto empeora el

⁸² *Ibíd.* (pp. 6-7). Por otra parte, para la legitimidad de la organización usualmente no es necesario considerar todas las percepciones de la sociedad, sino sólo de aquellos interesados en ella –los que pueden ser afectados por sus acciones- aún cuando éste sea un grupo muy amplio. Los autores sostienen que los denunciantes exitosos son aquellos que logran imponer su legitimidad por sobre la de la organización, en tres casos: a) si la organización colapsa, como sucedió con las corporaciones Enron y WorldCom; el colapso es el punto de menor legitimidad de una organización, y el de mayor legitimidad para un denunciante; b) la organización – particularmente las empresas privadas- caen en su valor de mercado; el mercado sería uno de los mejores arbitadores de legitimidad; c) los denunciantes que reciben apoyo de otras entidades, por ejemplo del Departamento de Justicia bajo la *False Claims Act* de los Estados Unidos. Otro punto de mínima legitimidad para una organización lo constituye por ejemplo el comienzo de una investigación en su contra.

⁸³ *Ibíd.* (pp. 2). El acto de la denuncia se vuelve el “master status” del denunciante, el estatus principal según el cual es visto por otros. De acuerdo a una encuesta citada por los autores (Rothschild, J. y Miethe, T., *Whistle-Blower Disclosures And Management Retaliation, Work and Occupations*, 26(1), 107-128, 1999) el 90% de los denunciantes sostiene que volvería a efectuar la denuncia. El incorporar o reincorporar a un denunciante se vuelve especialmente riesgoso para las organizaciones en que las malas prácticas son generalizadas o sistémicas. Los autores sostienen también que, sorprendentemente, las represalias no son anticipadas por los denunciantes antes de decidir efectuar la revelación.

⁸⁴ *Ibíd.* (pp. 5). Estas conclusiones provienen de estudios de casos (ver notas 79 y 83). La identificación de malas conductas serias importa un riesgo significativo a la legitimidad pragmática de una organización y, por ende, requiere una respuesta proporcional, esto es, una represalia más significativa. Los denunciantes que acuden a una vía externa, por su parte, también ponen en mayor riesgo la legitimidad pragmática de la organización, en oposición a una denuncia interna, que puede ser manejada por y dentro de la misma organización.

asunto aún más: la investigación se verá dificultada, la prueba se volverá antigua, y los presuntos motivos personales del denunciante pueden servir a la organización para distraer la atención de las conductas denunciadas.⁸⁵

También tiene consecuencias relevantes para la intensidad de las represalias si la revelación está específicamente autorizada o si, en general, está conforme a las reglas. Si bien en muchos casos puede existir un deber (contractual, legal) de informar, pueden existir normas que impidan la revelación. Para el denunciante, esta distinción puede tener sentido, si espera una cierta retribución –o al menos no ser objeto de represalias– por haber actuado en forma responsable.⁸⁶

Pero también desde el punto de vista de la legitimidad organizacional, es relevante tomar en cuenta las denuncias de *whistleblowers*. Una vez conferida, la legitimidad tiende a darse por sentado. Sin embargo, los valores de la sociedad, como asimismo las entidades que le otorgan legitimidad a una organización, cambian con el tiempo y las circunstancias. El no notar estos cambios puede significar que el apoyo a la organización decaiga. Cuando se desarrollan diferencias significativas entre los sistemas valóricos de la organización y los de las entidades que le confieren legitimidad, aquellas de entre ellas con poder suficiente pueden amenazar la legitimidad de la organización mediante el uso de sanciones legales, económicas y/o sociales.⁸⁷

⁸⁵ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 8). El autor sostiene que una organización debe protegerse de alegaciones sin fundamento e incluso de divulgación prematura de información en el lugar equivocado, lo que puede enviar una señal a los perpetradores y causar pérdida de pruebas. Puede haber buenas razones para una política restrictiva de información como parte del manejo de riesgos. El *whistleblowing* externo puede tener efectos devastadores en la organización afectada. Principalmente, la reputación de la organización se verá afectada, ante el público y el personal. En el caso de la administración pública esto significa una pérdida de legitimidad, lo que puede estimarse “invaluable”, ya que la confianza en las instituciones democráticas es un bien extremadamente difícil de restaurar.

⁸⁶ *Ibíd.* (pp. 5)

⁸⁷ Sawyer et al., *Ob.cit.* (pp. 4)

1.3.2. Las distintas formas de represalia

1.3.2.1. Represalias laborales

La generalidad de la doctrina, como la legislación influenciada por ella, se centra principalmente en aquellas represalias que afectan la situación laboral del denunciante, esto es, aquellas concernientes a la relación y al lugar de trabajo. Especial importancia se le da a la protección del trabajo en la doctrina y legislación que aborda el *whistleblowing* desde un punto de vista laboral. La principal protección es impedir el despido o remoción del cargo a consecuencia de haber realizado la denuncia, pero otras represalias laborales pueden comprender la reasignación a una función o cargo inferior, los obstáculos para ascender o ser promovido, eliminación de beneficios, la amenaza o aplicación efectiva de sanciones, discriminación y hostigamientos en el lugar de trabajo, traslados injustificados, la inclusión en lista negra⁸⁸, entre muchas otras.

La mayor preocupación de los denunciantes es el temor a perder su empleo, sobre todo en jurisdicciones en que rige la doctrina de libre despido (“at will employment”), en que un trabajador puede ser despedido sin invocar causal o justificación –en la mayoría de los países, sin embargo, se deben al menos invocar algunas razones, que pueden incluir las violaciones de reglas menores o hallazgos generales de incompatibilidad. Con frecuencia, los trabajadores son puestos bajo severa presión para ser forzados a renunciar a su trabajo.⁸⁹

A modo de ejemplo, la organización Project on Government Oversight de los Estados Unidos ha listado algunas prácticas comunes en relación con represalias de tipo laboral, particularmente relacionadas con empleados del sector público en dicho país:

⁸⁸ Martin, Brian, *The Whistleblowers' Handbook: How to be an Effective Resister*. Jon Carpenter, Charlbury, Reino Unido y Envirobook, Sydney, Australia, 1999. El autor describe esta práctica de la siguiente forma: “(...) varios empleadores diferentes conspiran para no contratar a una persona. Si la persona ha expuesto corrupción en una empresa y es despedida, puede serle difícil encontrar trabajo en otro lugar. Si otras empresas se enteran del despido (...) le puede ser denegado el empleo en todo su campo laboral”

⁸⁹ Banisar, *Ob.cit.* (pp. 13-14)

- Eliminar deberes de trabajo de forma que el trabajador sea marginalizado.
- Eliminar la autorización de seguridad nacional del trabajador de modo que sea efectivamente despedido.
- Poner en lista negra a un trabajador de modo que sea incapaz de hallar trabajo provechoso.
- Conducir investigaciones en represalia con el fin de desviar la atención del desperdicio, fraude o abuso que el denunciante está tratando de exponer.
- Cuestionar la salud mental, competencia profesional u honestidad del denunciante.
- Dar tareas imposibles al denunciante o buscar entramparlo.
- Reasignar geográficamente a un trabajador de forma que se vea impedido de hacer su trabajo.⁹⁰

1.3.2.2. Responsabilidad legal por el hecho de efectuar la denuncia

Otra importante barrera a las denuncias la constituye la responsabilidad legal en la que puede incurrir el denunciante al efectuar la revelación no autorizada de información.

La responsabilidad legal del denunciante puede originarse por la infracción de deberes de lealtad y confidencialidad al empleador, sea por ley (especialmente en el caso de los funcionarios públicos) o por cláusulas contractuales. En los Estados Unidos, la Corte Suprema en el caso *Garcetti v. Ceballos* determinó que los empleados públicos no están protegidos por la Constitución al expresarse como parte de sus deberes oficiales.⁹¹ Asimismo, muchas leyes de servicio civil requieren que la información que se recopile se mantenga confidencial. Por ejemplo, el Código de Servicio Civil de Australia (Australian Public Service Code) requiere que los empleados públicos no revelen

⁹⁰ Project on Government Oversight, *Homeland and National Security Whistleblower Protections: The Unfinished Agenda*, 28 de abril de 2005, 7. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 14-15)

⁹¹ *Garcetti v. Ceballos*, Nº 04-473, 30 de mayo 2006. Citado en Banisar, *Ob.cit.* (pp. 15-16)

ninguna información recibida en confidencialidad o que “sea razonablemente previsible que la revelación podría ser perjudicial al funcionamiento efectivo del gobierno”. Las sanciones a este tipo de leyes incluyen degradación (descenso de categoría) y terminación del empleo.⁹²

También puede originarse responsabilidad legal para el denunciante en el caso de infracción de normas impuestas por leyes de secreto. La mayoría de los países cuentan con leyes penales que prohíben la divulgación de secretos de estado y de carácter militar por parte de funcionarios y frecuentemente incluso para personas ajenas al servicio público. En la mayoría de los países del Commonwealth, las leyes coloniales denominadas *Official Secrets Acts* (OSA), que prohíben la divulgación de cualquier información obtenida bajo empleo del gobierno, están aún vigentes.⁹³

Otra fuente de responsabilidad legal para los denunciantes son las leyes de calumnia o difamación. Estas leyes permiten que los denunciantes sean amenazados por

⁹² Banisar, *Ob.cit.* (pp. 16)

⁹³ *Ibíd.* (pp. 17-19). El autor cita como ejemplo, la Ley de Secretos Oficiales de Pakistán de 1923, que declara ilegal la revelación de “cualquier información [...] que le haya sido confiada en confidencialidad por cualquier persona que tenga un empleo público [...] o que ha obtenido o a la cual tiene acceso debido a su posición como persona que tiene o ha tenido un empleo público [...]” (*Official Secrets Act, Act XIX of 1923*, parágrafo 5). También sostiene que estas leyes son frecuentemente una barrera significativa a los esfuerzos anti-corrupción y cita varios casos en que han sido utilizadas en tal sentido. En Kenia, un denunciante que reveló fraude en el denominado escándalo Goldenberg fue despedido y luego acusado bajo la OSA y estuvo años defendiéndose (*Goldenberg hero or villain? The Standard*, October 31, 2004; *Anatomy of a Mwananchi as Shapeshifter – The Story of a Whistleblower*, ADILI Issue 66, May 2005). En Malasia, el líder de la oposición Mohamed Ezam Mohd Noor fue perseguido en el año 2000 bajo la OSA por revelar informes policiales sobre corrupción de alto nivel de ministros de gobierno (*Keadilan Youth chief freed of OSA charges, The Star Online*, 15 de abril, 2004). En el Reino Unido, dos funcionarios fueron arrestados y una variedad de periódicos fueron amenazados bajo la OSA por publicar información sobre las reuniones del Primer Ministro con el Presidente Bush cuando se discutió el bombardeo de la estación de televisión Aljazeera. Un *whistleblower* que reveló que la fuerza policial de Londres había divulgado declaraciones imprecisas sobre el tiroteo de un hombre inocente en una acción anti terrorista estropeada también fue arrestado (*The Times*, 25 de enero 2006). Las leyes también son utilizadas en casos políticos. En Dinamarca, el funcionario de inteligencia, Mayor Frank Soeholm Grevil fue condenado y sentenciado a seis meses de prisión en noviembre de 2004 por revelar documentos a periodistas que establecían que el gobierno no tenía evidencia de que hubiera armas de destrucción masiva en Irak. Los dos periodistas fueron acusados en abril de 2006 por “publicar información obtenida ilegalmente de un tercero.”

altos funcionarios u otras figuras con poder suficiente que pueden utilizar los sistemas judiciales como medios efectivos de silenciar a la oposición.⁹⁴

También está la posibilidad de que cargos civiles o criminales por la divulgación de información bajo otras leyes tales como las de delitos contra la propiedad o de secretos comerciales.⁹⁵

1.3.2.3. Represalias sociales y culturales

Más allá de las obligaciones legales, existen barreras culturales a las denuncias. Los denunciantes muchas veces son vistos negativamente como “soplones”, “infiltrados” o “informantes”. Los informantes y las denuncias anónimas frecuentemente fueron utilizadas como medio de mantener el poder durante regímenes tales como la Inquisición, en los países bajo la ocupación Nazi, la Unión Soviética y la Sudáfrica de la era del Apartheid. Igualmente significativa es la cultura dentro de las organizaciones. La

⁹⁴ *Ibíd.* (pp. 19-20). El autor también cita aquí varios casos en que las leyes de calumnia o difamación han sido utilizadas para silenciar a los denunciantes y/o aplacar las revelaciones. En Singapur, la Fundación Nacional del Riñón contuvo a los denunciantes de revelar que el dinero estaba siendo gastado en salarios excesivos, vuelos en primera clase y grifería de oro, utilizando leyes de difamación para forzarlos a disculparse. La historia fue finalmente revelada enteramente luego de que la fundación demandó a una gran empresa periodística que rehusó retractarse. (*The CEO Blew His Own Whistle, The Straits Times* (Singapur), 21 de diciembre, 2005). En Kenia, el ex Ministro de Seguridad Nacional demandó al antiguo jefe de la Comisión Anti-Corrupción, quien divulgó un informe sobre acuerdos irregulares, para forzarlo a dejar de discutir el caso (*Kenya: Murungaru Files Libel Suit Against Githongo, The Nation* (Nairobi), 3 de mayo, 2006). En el Reino Unido, la investigación del caso Shipman, sobre un doctor que fue condenado por asesinar a 14 pacientes, halló que muchos de sus colegas que tenían inquietudes sobre sus actividades temían que si hablaban él los demandaría por calumnia (*The Shipman Inquiry, Fifth Report – Safeguarding Patients: Lessons From the Past – Proposals for the Future Command Paper Cm 6394, 9 December 2004 at 11.120*).

⁹⁵ *Ibíd.* (pp. 20-21). El autor cita el caso de un empleado de la Drug Enforcement Agency (DEA) de los Estados Unidos que fue sentenciado a un año de prisión por filtrar información a un periodista, conforme a la ley sobre robo de propiedad del gobierno (*DEA Employee Gets Prison Term for Leaking to Reporter, Law.com*, 15 de enero 2003). Las empresas también pueden requerir que los trabajadores firmen cláusulas contractuales de confidencialidad. En Austria, un ingeniero estadounidense que tenía preocupaciones sobre la seguridad del nuevo avión Airbus 380 estaba (a la fecha de la publicación) enfrentando cargos civiles y criminales interpuestos en su contra por su antiguo empleador luego de hablar públicamente sobre potenciales fallas de diseño. Un tribunal ya lo ha multado con US\$185.000 por discutir su caso públicamente (*A Sceptic Under Pressure, LA Times*, 27 septiembre 2005).

revelación de información a personas externas a la organización puede ser vista como una traición. Aún en la ausencia de sanciones formales, ser excluido de eventos sociales o rechazado en una organización puede colocar una presión significativa sobre el denunciante. Incluso sus compañeros de trabajo pueden incurrir en hostigamiento y represalias sociales de otro tipo, sin el conocimiento o asentimiento del empleador.⁹⁶

Un autor describe la práctica del “ostracismo” (social) como forma de represalia de la siguiente forma: “los compañeros de trabajo dan la espalda en vez de saludar, se sientan en otra mesa durante los descansos de café y almuerzos, dejan de hacer visitas para conversar, y dan excusas para irse cada vez que la persona se les acerca. Las relaciones amistosas o al menos cordiales con los compañeros de trabajo es una de las cosas mas importantes para la satisfacción en el trabajo. Por ello este tratamiento frío puede ser muy difícil de manejar.”⁹⁷ Debe tenerse presente que esta forma de represalia afecta a las relaciones interpersonales y estas conductas difícilmente pueden ser reguladas o sancionadas por el derecho (ninguna norma legal o contractual podría obligar a una persona a mantener una relación “amistosa” con otra persona). Sin embargo, es de relevancia reconocer estas represalias pues responden a una barrera cultural con respecto al *whistleblowing*; en cualquier organización en que no se reconozca el derecho legítimo de sus miembros de plantear inquietudes o cuestionar la conducta de otros, la respuesta de los pares tenderá a ser negativa hacia la persona del denunciante.

Otra autora describe la relación del *whistleblowing* con la cultura del “compañerismo” en Australia de la siguiente manera: “El compañerismo es un seudónimo para las redes y, en Australia, dominan las redes estrechamente controladas. El compañerismo, no el mérito, es frecuentemente el pre-requisito para el empleo, para el ascenso, para la contratación y para la aceptación. Para un denunciante, el

⁹⁶ *Ibíd.* (pp. 21)

⁹⁷ Martin, *Ob.cit.* (pp. 11)

compañerismo se vuelve un enemigo. Al dar la alerta, el denunciante deja de ser un compañero. El denunciante se vuelve el extraño y el mundo del denunciante se invierte. El secretismo reemplaza a la apertura, la injusticia reemplaza a la justicia, y la red reemplaza al verdadero compañerismo. El extraño nunca está protegido en un mundo así (...).⁹⁸

1.3.3. Protección de la identidad del denunciante. Confidencialidad de la denuncia

La mayoría de las leyes de *whistleblowing* otorgan la protección de la identidad del denunciante. Ésta es importante en los casos en que el denunciante siente que habrá represalias por haber revelado información. Por ejemplo, la *Whistleblower Protection Act* de los Estados Unidos prohíbe que se revele la identidad del individuo sin su consentimiento a menos que la Office of Special Counsel (el órgano público encargado de las denuncias) determine que la revelación de la identidad del individuo sea necesaria por causa de un daño inminente a la salud o seguridad pública o de una violación inminente de cualquier ley penal. La Comisión de Reforma Legal de la República de Sudáfrica ha recomendado que la *Public Disclosures Act* de dicho país sea enmendada para que incluya una disposición en tal sentido, sosteniendo que una disposición que expresamente establezca un deber de proteger la identidad de un denunciante constituiría un incentivo poderoso para los denunciantes.⁹⁹ La confidencialidad de la identidad del denunciante puede operar de pleno derecho una vez efectuada la denuncia, o puede ser facultativa para el denunciante.

Sin embargo, la confidencialidad también puede otorgar una falsa sensación de seguridad. Típicamente, es sólo un pequeño número de personas en la organización

⁹⁸ Sawyer, Kim, *Courage Without Mateship*. Presentación en la Conferencia Nacional de Whistleblowers Australia, 28 de noviembre de 2004, Melbourne. (pp.1)

⁹⁹ Banisar, *Ob.cit.* (pp. 60-61)

quienes podrían tener conciencia sobre las malas conductas reveladas, de modo que podría no ser difícil identificarlos. En muchos casos, el denunciante podría haber presentado previamente inquietudes sobre el mismo asunto.¹⁰⁰ El presentar inquietudes dentro de una organización en forma abierta puede ser también un medio de mejorar la cultura de trabajo interna.

La confidencialidad debe distinguirse del anonimato, en el que las revelaciones son hechas sin que el receptor sepa quién envía la comunicación. Generalmente, la protección legal en las leyes comprensivas de *whistleblowing* sólo se aplica a los individuos que se identifican como parte de su revelación. Algunas leyes de *whistleblowing* permiten que el órgano que recibe revelaciones anónimas las ignore mientras que otras derechamente prohíben su uso. Sin embargo, otras leyes permiten las revelaciones anónimas, tales como la *Sarbanes-Oxley Act* de los Estados Unidos y la Ley de Libertad de Prensa de Suecia, que otorga a los funcionarios públicos el derecho constitucional del anonimato para expresarse. El anonimato puede ser útil, y en algunos casos esencial, en las jurisdicciones en que el sistema legal no tiene la fuerza suficiente para impedir las represalias.¹⁰¹

La reticencia a aceptar las revelaciones anónimas probablemente deriva en parte de la preocupación sobre distinguir el *whistleblowing* de técnicas previamente desacreditadas tales como los informantes secretos frecuentemente utilizados en regímenes totalitarios. También es parte del esfuerzo de hacer al *whistleblowing* más aceptable socialmente y una parte del ambiente normal de trabajo.¹⁰² Las revelaciones anónimas son menos efectivas, en tanto que la información sea incompleta y la comunicación con la fuente sea imposible.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ibíd.* (pp. 62)

¹⁰¹ *Ibíd.* (pp. 63)

¹⁰² *Ibíd.* (pp. 64)

¹⁰³ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp.34)

El Grupo de Trabajo de la Unión Europea sobre Protección de Datos lista una cantidad de problemas mayormente prácticos tanto para los individuos como para las organizaciones con respecto a las revelaciones anónimas:

- El anonimato no detiene a otros de adivinar con éxito quién presentó la inquietud;
- Es más difícil investigar la inquietud si no se pueden hacer preguntas posteriores;
- Es más fácil organizar la protección al denunciante de las represalias, especialmente su tal protección es otorgada por la ley, si las preocupaciones son presentadas abiertamente;
- Los informes anónimos pueden llevar a las personas a enfocarse en el denunciante, tal vez sospechando de que ha presentado la inquietud maliciosamente;
- La organización corre el riesgo de desarrollar una cultura de recibir informes malévolos anónimos;
- El clima social dentro de la organización podría deteriorarse si los trabajadores están conscientes de que informes anónimos que los involucren a ellos pudieran ser presentados a través del esquema en cualquier momento.¹⁰⁴

Otros autores sostienen, sin embargo, que el anonimato propende al principio de separar la información del denunciante, y que líneas de ayuda o servicios anónimos de *whistleblowing* elevan la importancia de la información revelada, disminuyendo de esta forma la necesidad de protección a denunciantes.¹⁰⁵ Por otra parte, ya que en la mayoría de los casos de denuncia anónima, no pasa mucho tiempo antes de que la fuente sea descubierta, entonces sí se hace necesaria su protección. Ya que puede existir valor en la

¹⁰⁴ EU Data Protection Working Party, *Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime*. European Commission, Directorate Civil Justice, Rights and Citizenship, Directorate General Justice, Freedom and Security, Bruselas, Bélgica, 2006 (pp. 10-11)

¹⁰⁵ Sawyer, Kim, *The Test Called Whistleblowing*, Conferencia Nacional de Whistleblowers Australia, 11 de septiembre de 2005, Adelaida, Australia (pp. 7).

información de denunciantes que desean permanecer anónimos, se ha sostenido que esta fuente debería ser admitida e igualmente protegida.¹⁰⁶

1.4. Diferencias entre el *whistleblowing* y otras situaciones de hecho y figuras legales similares o relacionadas

1.4.1. Diferencia entre protección a denunciantes y protección a víctimas y testigos

El *whistleblowing* debería distinguirse de leyes y políticas sobre protección de testigos. Existe una cierta superposición entre las dos figuras, frecuentemente incluyendo la promesa de mantener la identidad de la persona confidencial. Sin embargo, la protección a testigos es una materia que usualmente involucra más bien la protección física de la persona, la que no testificará en un caso criminal a menos que se le prometa protección. También puede ser más amplia en su alcance, incluyendo a personas que no son parte de la organización y pudieran haber meramente visto algo o haberse topado con la información de la cual se solicita su testimonio. La protección a denunciantes, en cambio, tiende principalmente a prevenir el riesgo a la carrera y a los intereses laborales de la persona. En el *whistleblowing*, el foco está en la información, no en la persona que efectuó la revelación. Frecuentemente, no son llamados para ser testigos sino que son meros intermediarios una vez que la revelación ha sido hecha.¹⁰⁷

Sin perjuicio de ello, la persona que ha actuado como denunciante bien podría ser llamada a actuar como testigo en los procesos legales que sigan a su denuncia, de modo que ambos roles pueden superponerse de cierta forma. Ante ello debe cuidarse que la persona en cuestión no pierda alguna de las protecciones a que igualmente tiene derecho

¹⁰⁶ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 34)

¹⁰⁷ Banisar, *Ob.cit.* (pp. 10-11).

por una o por otra calidad. También una persona que no ha sido denunciante y es llamada a testificar en un proceso iniciado a raíz de la denuncia de un *whistleblower*, podría enfrentar represalias en su contra si su testimonio no satisface a la parte afectada, por lo que sería plausible en ciertos casos que se le diera la misma protección que al denunciante, pese a no haber tenido la intención de revelar información al modo de un denunciante.¹⁰⁸

1.4.2. Distinción entre *whistleblowing* y deber de informar

El *whistleblowing* también debería ser distinguido del deber de informar. En mucha de la literatura anti-corrupción, el deber positivo –y frecuentemente no voluntario- de informar a los superiores o a terceros de cualquier mala conducta que descubrieren también es descrito como *whistleblowing*. Esto se está haciendo especialmente común en áreas tales como el servicio civil, el ámbito bancario y la contabilidad. La funcionalidad es similar: hay una revelación y la persona que hizo la revelación requiere alguna protección frente a sanciones que pudiere enfrentar. Sin embargo, la motivación y el tipo de problemas son diferentes. En el caso de la revelación obligatoria, la persona enfrenta la elección de ser sujeta a sanciones penales o de otro tipo por la no revelación. En el caso del *whistleblower*, la revelación apunta generalmente a la corrección de algo que marcha mal dentro de la organización. Su revelación también tiende a tener un ámbito más amplio – el acto podría no ser criminal; podría ser solo que hay ineficiencia o que potenciales accidentes pudieran ser prevenidos.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 9)

¹⁰⁹ Banisar, *Ob.cit.* (pp. 9-10)

1.4.3. Diferencia entre *whistleblowers* e informantes y espías

Los *whistleblowers* frecuentemente son equiparados a los *informantes*, (o *soplones*) entendiéndolos a estos últimos como personas que están involucradas por sí mismas en algún tipo de empresa antiética y están utilizando la revelación de información como medio de reducir su responsabilidad, sea voluntariamente o debido a coerción. Los informantes generalmente tienen mala reputación y se distinguen de los denunciantes por la responsabilidad que tienen por la revelación de la información. Los informantes están en un lugar subordinado al órgano o persona a la cual están haciendo la revelación y deben seguir sus órdenes o enfrentar sanciones. En comparación, las leyes de *whistleblowing* no afectan la responsabilidad de aquellos que están envueltos en actividades criminales. Para los *whistleblowers* la traición no es retribuida por el perdón oficial de sus delitos. Otra diferencia es que los informantes frecuentemente buscan favores o retribución por sus revelaciones. En la mayoría de los casos, los *whistleblowers* no reciben beneficios por sus revelaciones fuera de la capacidad de mantener el status quo. Sin embargo, unos pocos tipos de leyes anti-corrupción permiten el dar recompensas a aquellos que revelan, típicamente una parte del dinero recuperado en los casos de corrupción.¹¹⁰

Al igual que en el caso de los testigos, los informantes se diferencian de los *whistleblowers* porque la información que entregan no es revelada por iniciativa propia de ellos; la iniciativa propia es un elemento distintivo de lo que se entiende por *whistleblowing*. Además, los informantes o espías son requeridos una vez que ya se ha identificado y/o materializado un riesgo; no es la información que revelan la que lo da a conocer.¹¹¹

En cuanto al espionaje, éste usualmente es entendido como un ilícito del cual muchos denunciantes son acusados, en base a una violación de secreto que daña los

¹¹⁰ *Ibíd.* (pp. 8-9)

¹¹¹ Rohde-Liebenau, *Ob.cit.* (pp. 9)

intereses del empleador o de la organización y que beneficia a un tercero. Lo que distingue al *whistleblowing* del espionaje es usualmente el destinatario de la información: ésta no es entregada al competidor, ni lo es para que otros la puedan utilizar para sus propios propósitos. El *whistleblowing* tiene como destinatario a una persona que pueda corregir los hechos, lo que usualmente no es el objeto del espionaje. También, sin embargo, en ocasiones puede significar una violación de secreto, o una infracción formal de normas de confidencialidad. Cuando estas normas son infringidas quedará para determinación posterior si el denunciante queda amparado por una justificación ulterior, como el haber actuado en pos del interés público.¹¹²

1.5. La protección de terceros frente a las denuncias infundadas

Sin perjuicio de los beneficios que se persiguen con el establecimiento de protecciones a personas que denuncian actos de corrupción u otras irregularidades, estos mecanismos abren la puerta para que se efectúen denuncias infundadas, o incluso derechamente con el ánimo de perjudicar a terceros, en el entendido de que en estos casos no existen efectivamente potenciales hechos ilícitos o irregulares que informar. Esto además constituye un peligro para la misma protección a denunciantes, pues el mal uso de los mecanismos puede llevar a que pierdan la legitimidad y credibilidad necesarias para que sean efectivamente herramientas útiles para la prevención de conductas corruptas o riesgosas.

En razón de esto, además de la restricción o prohibición a las denuncias anónimas, se han establecido en diversas legislaciones ciertos requisitos para la admisibilidad de las denuncias, como la correcta identificación del denunciante (sin perjuicio de que la denuncia se mantenga confidencial) o la presentación de fundamentos e incluso pruebas

¹¹² *Ibíd.* (pp. 10)

que hagan a lo menos verosímil y razonable el hecho o acto que se está denunciando. Estos requisitos no deben imponer una carga desproporcionada al denunciante, pues de otra manera constituye una barrera más al *whistleblowing*; pero sí deben establecer un estándar mínimo de seriedad a las denuncias, haciendo que en cualquier caso el denunciante se haga responsable de la información que está comunicando, lo que se hace imposible cuando se permiten denuncias anónimas o en las que el denunciante mismo no ha tenido conocimiento directo de los hechos, sino que simplemente de oídas o por rumores. Sea que la denuncia se haga interna o externamente en relación con la organización a la que concierne el hecho denunciado, es indispensable que la persona u órgano receptor de ella tenga un control sobre el cumplimiento de los requisitos de las denuncias, aún superficial, previo a la investigación de los hechos.

La prevención de denuncias infundadas, por otra parte, no puede atender a la buena o mala fe de la persona que la efectúa. Más arriba se ha señalado que las cuestiones de motivo son estimadas como irrelevantes por la doctrina más reciente para la admisibilidad de las denuncias. Por el contrario, aún cuando la denuncia sea motivada por una manifiesta animosidad en contra de alguna persona, lo verdaderamente relevante es si la denuncia tiene la razonabilidad y verosimilitud suficientes, además de que los hechos que se denuncian efectivamente constituyan una potencial irregularidad o ilicitud, o revistan un posible riesgo o daño a los derechos o intereses legítimos de personas. En síntesis, los mecanismos de *whistleblowing* deben tender a prevenir las denuncias *infundadas* o *injustificadas*, y no las denuncias *maliciosas* o de *mala fe*.

También es común en las legislaciones sobre *whistleblowing* el establecimiento de sanciones para las personas que efectúan denuncias en las que se haya demostrado, durante la tramitación o investigación de la denuncia o posteriormente a ella, que se han efectuado sin justificación y con el ánimo de perjudicar al denunciado. Las sanciones específicas para este tipo de conducta pueden ser civiles, administrativas o penales, sin perjuicio de otras leyes que pueda invocar el perjudicado para defenderse, como las leyes penales sobre calumnia o las de responsabilidad civil por daños. En el ámbito

privado, dentro de aquellas organizaciones en que ciertas sanciones legales (como las administrativas) no son aplicables, resulta útil establecer los mecanismos y restricciones propios de la organización, aunque –como sucede con prácticamente todas las herramientas tendientes a prevenir y sancionar la corrupción- cabe resaltar que no existen impedimentos sustanciales para que en el sector privado también rijan sanciones legales para las denuncias infundadas, equivalentes a las del sector público, ya sea impuestas por leyes específicas sobre protección a denunciantes, o en normativas distintas aplicables al sector, como las laborales.

Sin embargo, también existen argumentos para abogar por la no existencia de sanciones, y más precisamente por la despenalización de las denuncias infundadas, con argumentos similares a los que esgrime la doctrina para la no sanción de la revelación no autorizada de información en relación con la libertad de información. Bajo esta perspectiva, las personas no deberían temer la aplicación de sanciones por el hecho de revelar o divulgar información, en especial si para la persona que la divulga ha sido imposible saber o determinar previamente que la denuncia cuenta o no con fundamento plausible.

En cualquier caso, un esquema de protección de denunciantes no está completo sin que se establezcan mecanismos –que pueden ser de variada índole- que impidan o prevengan la utilización de las denuncias como herramienta para fines ajenos a los cuales apunta el establecimiento de las protecciones.

CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho internacional, el tema de la protección a denunciantes ha surgido principalmente a partir de los esfuerzos en el combate contra la corrupción. Las principales convenciones internacionales anti-corrupción, han incluido expresamente dentro de las medidas a ser adoptadas por sus estados parte, la adopción de mecanismos que resguarden a los denunciantes de hechos de corrupción; asimismo, ello ha constituido una de las materias evaluadas en el seguimiento del cumplimiento de las disposiciones de estas convenciones. Diversos instrumentos internacionales, a su vez, han establecido estándares para la implementación de los sistemas de protección dentro de las legislaciones nacionales, proveyendo de esta forma lineamientos con respecto a aspectos particulares que las leyes nacionales sobre protección a denunciantes no deberían omitir. En razón de que la normativa internacional, en forma creciente, ha ido desarrollando los elementos que deben contemplarse en los sistemas comprensivos de protección a denunciantes, es especialmente relevante el análisis de estas convenciones e instrumentos, como forma de construir una suerte de medida de evaluación de la protección a denunciantes en las legislaciones nacionales.

2.1. Instrumentos en el sistema de las Naciones Unidas

2.1.1. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada en 2003 y en vigor desde diciembre de 2005, es el primer instrumento internacional de alcance global con respecto a la prevención y combate de la corrupción.¹¹³ Esta Convención contempla entre sus disposiciones la protección de denunciantes de hechos de corrupción, en particular en su Artículo 33 (“Protección de los denunciantes”), que señala:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.”

Se ha destacado que esta disposición de la Convención constituye un avance en relación con la antecesora Convención Contra el Crimen Transnacional Organizado (2000), al añadir la protección de denunciantes de corrupción, a las protecciones ya existentes para víctimas y testigos.¹¹⁴

Aunque el Artículo 33 no especifica las “autoridades competentes” ante las cuales se debe efectuar la denuncia, puede vincularse la disposición con el Artículo 6 de la Convención, que impone a los Estados Parte la obligación de garantizar la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción, el que debe contar con la

¹¹³ La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 octubre de 2003 (resolución 58/4) y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 luego de haber sido ratificada por 30 países.

¹¹⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *UN Anti-Corruption Toolkit*, tercera edición, Viena, septiembre de 2004, pp. 448. La Convención Contra el Crimen Transnacional Organizado contiene disposiciones de protección a víctimas y testigos en sus Artículos 24 y 25.

independencia necesaria para que pueda desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Por otra parte, el Artículo 13, párrafo 2, dispone: “*Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de delito tipificado con arreglo a la presente Convención.*” De este párrafo resalta la obligación de los Estados Parte de facilitar a las personas el acceso a los órganos para efectos de la denuncia, como asimismo la posibilidad de realizar denuncias anónimas, tema que es debatido en la literatura especializada.¹¹⁵

El Artículo 33 se circunscribe a las denuncias sobre hechos de corrupción “relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.” Pese a no cubrir denuncias o revelaciones sobre hechos no constitutivos de delito, dada la gran amplitud de las conductas con respecto a las cuales la Convención impone la tipificación penal,¹¹⁶ el ámbito de conductas denunciables igualmente resulta vasto.

La Convención señala dos requisitos subjetivos en relación con la denuncia: debe efectuarse “de buena fe” y “con motivos razonables”. La Oficina Contra la Droga y el

¹¹⁵ Vid. Supra., Capítulo I, 3.3., pp. 50-53. De cualquier forma, las “autoridades competentes” a las que se refiere el Artículo 33 no necesariamente deben entenderse limitadas exclusivamente a los órganos de prevención de la corrupción referidos en los artículos 6 y 13, y la entidad ante la que se formule la denuncia podrá variar de acuerdo a la legislación nacional de cada Estado Parte.

¹¹⁶ El Capítulo III de la Convención trata los siguientes delitos con respecto a funcionarios públicos: el soborno de funcionarios públicos nacionales (Artículo 15); el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (Artículo 16); la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (Artículo 17); el tráfico de influencias (Artículo 18); el abuso de funciones (Artículo 19); el enriquecimiento ilícito (Artículo 20). Con respecto al sector privado, se contempla el soborno (Artículo 21) y la malversación o peculado de bienes (Artículo 22). También se contempla la tipificación como delito del blanqueo del producto del delito (Artículo 23) y el establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos contemplados en la Convención (Artículo 26). Asimismo se establece la tipificación como delito del encubrimiento (Artículo 24), la obstrucción a la justicia (Artículo 25) y la participación y tentativa en los delitos (Artículo 27).

Delito de las Naciones Unidas ha sostenido que ellos se explican como una forma de balance entre denuncias *genuinas* y denuncias *falsas o maliciosas*: las leyes de *whistleblowing* deberían disponer de alguna evaluación de legitimidad de modo de distinguir entre ambas, ya que las denuncias con fines ajenos a los de la Convención podrían provocar el desperdicio de recursos y daño a la credibilidad de los programas anti-corrupción. Como ello también podría constituir una barrera para las denuncias genuinas, se señala que debe establecerse una presunción a favor del denunciante; en consecuencia, la “buena fe” mencionada en el Artículo 33 debería presumirse, y sólo ante prueba de que la denuncia es falsa y no de buena fe, debería sancionarse al denunciante.¹¹⁷

Otra disposición relacionada con el *whistleblowing* dentro de la Convención es el Artículo 32, que impone la adopción de medidas “para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.” Sin embargo, estas medidas de protección conforme a la Convención sólo serían aplicables en la medida que los denunciantes participen como testigos en los procesos correspondientes, y no por el solo hecho de efectuar la denuncia conforme a la ley.

2.1.2. Informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

En los Informes del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹¹⁸ se ha recomendado la

¹¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ob.Cit., pp. 449.

¹¹⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain, presentado de conformidad con la resolución 1999/36 E/CN.4/2000/63, 18 de enero 2000; e Informe del Relator Especial, Sr. Ambeyi Ligabo, presentado de conformidad con la resolución 2002/48 E/CN.4/2003/67, 30 de diciembre de 2002.

despenalización de las infracciones a leyes de secreto y difamación, lo que tiene incidencia sobre la defensa de la protección de denunciantes y de las revelaciones de información, toda vez que tales leyes constituyen barreras al *whistleblowing*. En el Informe del año 2003, se señala que los Estados deben tener presente que se debe observar el principio de proporcionalidad al restringir el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, estimándose que las penas de prisión por libelo o difamación, en particular, claramente no son proporcionales al delito.¹¹⁹

En diciembre de 2004, el Relator Especial de las Naciones Unidas, con el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos y el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, adoptaron una Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para Promover la Libertad de Expresión, que reconoce la importancia de la protección a denunciantes en los siguientes términos: “Los “whistleblowers” son individuos que divulgan información confidencial o secreta aunque estén sujetos a una obligación oficial o de otro tipo a mantener la confidencialidad o el secreto. Los “whistleblowers” que divulguen información sobre violaciones a la ley, sobre malas conductas de órganos públicos, sobre alguna amenaza seria a la salud, a la seguridad o al medio ambiente, o sobre una infracción de los derechos humanos o del derecho humanitario, deberían ser protegidos en contra de sanciones legales, administrativas o relacionadas con el empleo, si actúan de buena fe.”¹²⁰

¹¹⁹ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, Sr. Ambeyi Ligabo, presentado de conformidad con la resolución 2002/48 E/CN.4/2003/67, 30 de diciembre de 2002, párrafo 36, pp. 10. En este Informe se concluye y recomienda: “(...) el derecho penal no es el apropiado para regular dichas infracciones. (...) la difamación no es una restricción justificable de la libertad de expresión; todas las leyes penales sobre difamación se deberían abolir y reemplazar, en su caso, por leyes civiles sobre difamación apropiadas”, párrafo 73, pp. 22.

¹²⁰ Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 6 de diciembre de 2004.

2.2. Convención Interamericana Contra la Corrupción

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobada en 1996 y en vigor desde 1997, contempla en su Artículo III, “Medidas preventivas”, la protección de denunciantes en los siguientes términos:

“A los fines expuestos en el Artículo II¹²¹ de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.”

La implementación de la protección a denunciantes en los Estados Parte, conforme a la citada disposición, también ha sido promovida por la OEA a través de dos iniciativas particulares: la Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción y el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

¹²¹ El Artículo II de la CICC (“Propósitos”) establece: “Los propósitos de la presente Convención son: 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.”

2.2.1. Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción

En el año 2000 la Oficina de Cooperación Legal de la OEA convocó a diversas organizaciones y expertos con el objeto de redactar estatutos o leyes modelo para implementar varias disposiciones de la Convención. Como resultado de ello, en base al citado Artículo III, párrafo 8, fue creada una *Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción*. Esta Ley Modelo no es una regulación obligatoria para los Estados Parte de la Convención y no ha sido adoptada como ley nacional por ninguno de ellos; sin embargo, constituye una elaboración doctrinaria sobre mejores prácticas en la materia y una herramienta de orientación y monitoreo, ya que justamente tiene por finalidad la implementación de la Convención en las legislaciones nacionales. La Ley Modelo se basa principalmente en la *Whistleblower Protection Act* de los Estados Unidos y también en algunas leyes de otros países, sin seguir ninguna en particular, y fue redactada respondiendo a fortalezas y debilidades percibidas en tales legislaciones, intentando combinar los mejores aspectos de ellas.¹²²

A la luz de la Ley Modelo, además, pueden analizarse los elementos que se desprenden de la disposición de protección a denunciantes de la CICC. Ésta se caracteriza por cubrir expresamente tanto a “funcionarios públicos” como a “ciudadanos particulares” que efectúen denuncias; la Ley Modelo amplía este alcance y entiende que la protección se aplica a “toda persona sujeta a la legislación del país; puede tratarse de un empleado público o privado, un ciudadano privado o una organización no gubernamental con o sin fines de lucro, independientemente de su edad, sexo, religión o raza.”¹²³

¹²² Vaughn, Robert; Devine, Thomas y Henderson, Keith, *The Whistleblower Protection Statute Prepared for the Organization of American States and the Global Revolution Protecting Whistleblowers*, *The George Washington International Law Review*, 35(4), Washington, D.C., 2003 (pp. 857-902).

¹²³ Ley Modelo de Protección a personas que denuncian actos de corrupción, Artículo 2 letra (b)

La disposición también señala el elemento subjetivo de la buena fe; en la Ley Modelo, se ha pretendido establecer parámetros “objetivos” para calificarla: si la denuncia es “suficientemente creíble, pertinente y sustancial como para ser admitida en la documentación de investigaciones, actividades de aplicación coercitiva de la ley o juicios contra la corrupción” debe entenderse que se ha efectuado de buena fe.¹²⁴

Conforme al Artículo III.8, las conductas denunciables se ciñen a los “actos de corrupción”,¹²⁵ señalados por la misma Convención. Sin embargo, conforme a las notas explicativas de las secciones de la Ley Modelo, y siguiendo como ejemplo la *Whistleblower Protection Act* de los Estados Unidos, la disposición citada debe interpretarse en forma aún más amplia, de modo que las revelaciones protegidas comprenden también otras categorías específicas, incluyendo las concernientes a ilegalidades, faltas administrativas graves, despilfarro y la configuración de peligro sustancial y específico para la salud o seguridad públicas.¹²⁶

¹²⁴ Ley Modelo de Protección a personas que denuncian actos de corrupción, Artículo 2 letra (f) y nota explicativa N° 9

¹²⁵ El Artículo VI de la CICC señala los actos de corrupción a los que se aplica. Estos incluyen: a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e) La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

¹²⁶ Ley Modelo de Protección a personas que denuncian actos de corrupción, nota explicativa 5; Vaughn et al., Ob.Cit., pp. 3. Esta interpretación refleja en forma casi textual las categorías de información contenidas en la *Whistleblower Protection Act*, 5 U.S.C. §2302(8)(A), (B). Las notas explicativas detallan estas categorías y señalan, por ejemplo, que dentro del término “ilegalidad” debe entenderse desde cualquier infracción al derecho internacional, incluidas las convenciones

La Convención contempla la protección de la identidad del denunciante; la Ley Modelo, en su Capítulo Sexto (“Confidencialidad”), incorpora el deber de los funcionarios públicos de protegerla, la confidencialidad de la información misma y protecciones específicas de confidencialidad de la identidad, equivalentes a la protección típicamente otorgada a víctimas y testigos.¹²⁷

2.2.2. Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción

Por otra parte, en el año 2001, la OEA estableció el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC), con el objeto de evaluar la implementación de la Convención en las legislaciones nacionales de los Estados Parte. Un Comité de Expertos, a través de sucesivas rondas de análisis, recopila información de los gobiernos y de la sociedad civil sobre secciones escogidas de la CICC; luego, el Comité emite un Informe de cada país evaluado, incluyendo un diagnóstico de la situación y recomendaciones para la implementación de las disposiciones examinadas. Al final de cada ronda, se emite además un Informe Hemisférico.

En el marco de la Segunda Ronda de Análisis del MESICIC, (desarrollada entre 2006 y 2008), se evaluó la implementación del Artículo III.8 de la Convención, sobre sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción. En el Informe Hemisférico emitido por el Comité de Expertos al final de esta ronda de análisis, en diciembre de 2008, se sintetizan

sobre derechos humanos, a violaciones de las normas y procedimientos internos de los organismos gubernamentales.

¹²⁷ Ley Modelo de Protección a personas que denuncian actos de corrupción, Artículos 20 a 22.

las principales recomendaciones efectuadas en los Informes de los 28 países analizados, con respecto a la implementación de estos sistemas de protección a denunciantes:¹²⁸

- Adoptar medidas de protección, orientadas no solamente hacia la integridad física del denunciante y su familia, sino también hacia la protección de su situación laboral. Esta recomendación se formuló con respecto a 25 de los 28 Estados evaluados;
- Adoptar medidas de protección para quienes denuncien actos de corrupción que puedan ser objeto de investigación en sede administrativa o judicial. Se efectuó esta recomendación a 24 de los 28 Estados;
- Establecer mecanismos que faciliten la cooperación internacional en materia de protección. También se formuló la recomendación a 24 de los Estados;
- Establecer mecanismos de denuncia, como la denuncia anónima y la denuncia con protección de identidad (18 de los Estados);
- Establecer mecanismos para denunciar las amenazas o represalias de las que pueda ser objeto del denunciante (18 Estados);
- Simplificar la solicitud de protección del denunciante (15 Estados);
- Establecer mecanismos para la protección de testigos, que otorguen a éstos las mismas garantías del funcionario público y del particular (15 Estados);

¹²⁸ Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, *Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Washington, DC, diciembre de 2008, pp. 17, 22, 50-51. En el Informe se aclara que estas recomendaciones se refieren a situaciones que se presentan con mayor frecuencia en los Estados analizados y que por esto tienen una connotación más común, y que las mismas no están destinadas necesariamente a todos los países que fueron analizados y que no fueron formuladas de la manera en la que literalmente se describen en el informe Hemisférico. Para su formulación a cada uno de los países a los que les fueron dirigidas, se tuvo en cuenta el nivel de avance de los mismos en la implementación de la Convención y en las particularidades de su ordenamiento jurídico-institucional y por esta razón pueden diferir en su contenido y presentar diversos matices.

- Adoptar disposiciones que sancionen el incumplimiento de las normas y/o de las obligaciones en materia de protección (15 Estados);
- Adoptar disposiciones que definan claramente las competencias de las autoridades judiciales y administrativas en materia de protección (12 Estados).

En el Informe Hemisférico se contienen además recomendaciones colectivas a los Estados miembros del MESICIC; en cuanto a la cooperación mutua, enfatiza el establecimiento de mecanismos de cooperación internacional que pueden facilitar la protección a denunciantes, teniendo en cuenta que muchas veces la eficacia en la preservación de la integridad física del denunciante y de su familia depende fundamentalmente de la posibilidad de que pueda ser acogido en un país diferente a aquel en el cual formula la denuncia y que para evitar que el cumplimiento de este deber le cause graves perjuicios debe contar con oportunidades laborales que le permitan subsistir en el país que lo acoge.¹²⁹

2.3. Instrumentos internacionales en Europa

2.3.1. Convenciones sobre Corrupción del Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha adoptado dos instrumentos sobre corrupción: la Convención de Derecho Civil sobre Corrupción y la Convención de Derecho Criminal sobre Corrupción.

La Convención de Derecho Civil sobre Corrupción fue adoptada el 4 de noviembre de 1999 en Estrasburgo y entró en vigor en 2003. Contiene una disposición relevante para efectos del *whistleblowing* en el Artículo 9 (“Protecciones a empleados”), que establece: “*Cada Estado Parte dispondrá en su derecho interno de protección apropiada contra cualquier sanción injustificada para empleados que tengan*

¹²⁹ *Íbid.*, pp. 26

fundamentos razonables para sospechar corrupción y que informen de buena fe su sospecha a las personas o autoridades responsables.”

La disposición citada, adopta una perspectiva laboral de la protección a denunciantes, aplicándose específicamente a “empleados”. Sin embargo, la protección no se ciñe a revelaciones de información, o represalias, necesariamente relacionadas con el empleo o con el lugar u organización de trabajo; y tampoco se restringe sólo a empleados del sector público o del sector privado. Impone dos requisitos a los denunciantes: tener “fundamentos razonables para sospechar corrupción” e informar tal sospecha “de buena fe”.

La conducta denunciante es la corrupción, y específicamente el *soborno* en sus varias formas; al tenor del Artículo 2 de la misma Convención y para efectos de ella, “corrupción” significa “solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o el prospecto de ello, que distorsione el desempeño apropiado de cualquier deber o comportamiento requerido por el receptor del soborno, la ventaja indebida o el prospecto de ello.”

Esta Convención contiene una visión algo más limitada de la protección a denunciantes en comparación con las Convenciones anti-corrupción de las Naciones Unidas y de la OEA, por restringirse sólo a denuncias relativas a sobornos, y efectuadas sólo por personas que sean “empleados.” De cualquier forma, atendida su naturaleza, esta Convención se destaca por tratar la corrupción –incluyendo las denuncias de corrupción- desde un punto de vista civil, de modo que las denuncias se distinguen claramente de aquellas de ilícitos penales, bastando sólo la sospecha de actos de corrupción.

En contraste, la Convención de Derecho Criminal sobre Corrupción del Consejo de Europa,¹³⁰ cuyo núcleo es el establecimiento de delitos relacionados con corrupción y

¹³⁰ Adoptada el 27 de enero de 1999 en Estrasburgo, entró en vigor en 2002.

los mecanismos para aplicar las normas penales respectivas, no contiene disposiciones sobre revelaciones de información que se caracterizan como *whistleblowing*, ni sobre la prevención o sanción de las represalias; las protecciones que contempla sólo se aplican a personas que efectúen revelaciones de información en la medida en que también participen en procesos penales, sea como denunciante (de delitos), colaboradores o testigos. El Artículo 22, “Protección de colaboradores de la justicia y testigos” dispone:

“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para proveer de protección efectiva y adecuada para:

- a. Aquellos que denuncien los ilícitos criminales establecidos de acuerdo con los Artículos 2 a 14¹³¹ o que de cualquier otra forma cooperen con las autoridades de investigación y persecución;*
- b. Testigos que den testimonio concerniente a estos ilícitos.”*

Los artículos 1 y 3 de la Convención de Derecho Civil sobre Corrupción también contemplan la obligación de los Estados Parte de proveer remedios efectivos para las personas que han sufrido daño como resultado de actos de corrupción, y de permitirles la defensa de sus derechos e intereses, incluyendo la posibilidad de obtener compensación por daños. Del tenor de estas disposiciones, se entiende que el denunciante podría obtener reparación o compensación en la medida que sea también la víctima de los actos de corrupción; sin embargo, sólo podría exigirla por ser víctima, no por el hecho de haber efectuado la denuncia.

¹³¹ Los delitos contemplados en los Artículos 2 a 14 de la Convención son: soborno de funcionarios públicos nacionales, activo (Artículo 2) o pasivo (Artículo 3); soborno de funcionarios públicos extranjeros (Artículo 5); soborno de miembros de asambleas públicas, nacionales y extranjeras (Artículos 4 y 6, respectivamente); soborno en el sector privado, activo (Artículo 7) o pasivo (Artículo 8); soborno de funcionarios de organizaciones internacionales, de miembros de asambleas parlamentarias internacionales y de jueces y funcionarios de cortes internacionales (Artículos 9, 10 y 11, respectivamente); el tráfico de influencias (Artículo 12); el lavado de dinero del producto de las ofensas criminales (Artículo 13) y las ofensas contables (Artículo 14).

2.3.2. Dictamen 1/2006 del Grupo de Protección de Datos

El Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, (también conocido como “Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29”),¹³² adoptó en febrero de 2006 el *Dictamen 1/2006 relativo a la aplicación de las normas sobre protección de datos de la Unión Europea a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles de auditoría internos, cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios* (en adelante, “el Dictamen”).¹³³ El Dictamen aborda el problema de la compatibilidad de la protección de datos personales, conforme a las normas de la Unión Europea, con el tratamiento de estos datos en los sistemas de denuncias de irregularidades *internos* establecidos por *empresas* (particularmente en relación con el tratamiento de los datos personales del denunciado u otras personas afectadas), y se limita sólo a los ámbitos enunciados en su título.

Esta limitación se justifica porque trata específicamente los problemas derivados de las exigencias que impone la *Sarbanes-Oxley Act* de los Estados Unidos (2002) a filiales europeas de empresas estadounidenses y a empresas europeas que cotizan en los mercados de valores de dicho país, consistentes establecer procedimientos para la recepción, conservación y tramitación de denuncias, para la presentación confidencial y anónima por parte de empleados de situaciones cuestionables relativas a los ámbitos señalados, y la protección a empleados contra represalias si proporcionan pruebas de fraude. El incumplimiento de estas exigencias legales por parte de las empresas puede

¹³² Este Grupo de Trabajo fue establecido en virtud del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Es un organismo de carácter consultivo e independiente relativo a la protección de datos y de la intimidad.

¹³³ Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, *Dictamen 1/2006 relativo a la aplicación de las normas sobre protección de datos de la Unión Europea a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles de auditoría internos, cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios*. Bruselas, Bélgica, 1º de febrero de 2006.

derivar en sanciones por parte de las autoridades de los Estados Unidos;¹³⁴ pero si al implementar los sistemas de denuncia exigidos por la Ley *Sarbanes-Oxley*, las empresas no cumplen con las normas europeas de tratamiento de datos personales, se arriesgan también a ser sancionadas por las autoridades de la Unión Europea. Así, el Dictamen reviste un especial interés para la seguridad jurídica de estas empresas.¹³⁵ Además, como resultado del análisis de las muchas aristas que presenta el tema de la protección de datos, el Dictamen trata también sobre diversos elementos importantes de los sistemas de *whistleblowing*.

En primer lugar, en cuanto a la *legitimidad de los sistemas de denuncia de irregularidades*, el Dictamen sostiene que éstos sí pueden ser establecidos legítimamente, sin colisionar con las normas de protección de datos de la Unión Europea, siempre que tengan por objeto el cumplimiento de una obligación jurídica impuesta por una norma comunitaria o de un Estado miembro,¹³⁶ o bien que sean necesarios para la satisfacción de un *interés legítimo* perseguido por el responsable del tratamiento (esto es, la empresa) o por los terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del

¹³⁴ En particular, Nasdaq (National Association of Securities Dealers Automated Quotation, corresponde al mercado electrónico de acciones en los Estados Unidos); la NYSE (New York Stock Exchange, la Bolsa de Nueva York) y la SEC (Securities Exchange Commission - Comisión de Valores y Cambio), autoridad encargada de –entre otras funciones- controlar la aplicación de la *Sarbanes-Oxley Act*.

¹³⁵ *Dictamen 1/2006*, pp. 4-6. El Dictamen señala que ha pretendido limitarse a un asunto de más urgente análisis, postergando la posibilidad de un dictamen relativo a las denuncias de irregularidades en general.

¹³⁶ *Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos*, Artículo 7 letra c) y *Dictamen 1/2006*, pp. 8. La obligación impuesta por una norma *extranjera* sobre sistemas de información (como la *Sarbanes-Oxley Act*), no legitima el tratamiento de datos personales en la UE, por lo que los Estados miembros deben establecer la obligación en su derecho interno; sin embargo, actualmente tal obligación sí existe en la mayoría de los Estados miembros en el sector bancario y en el contexto de la lucha contra la corrupción. En el sector bancario, los gobiernos de la mayoría de los Estados miembros de la UE han decidido reforzar el control interno, en especial en lo que se refiere a las actividades de las sociedades de inversiones y de crédito. En cuanto a la lucha contra la corrupción, la obligación jurídica de establecer sistemas de control existe en particular como consecuencia de la aplicación en el derecho nacional del Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997).

interesado.¹³⁷ El Grupo de Trabajo ha estimado que sí existe un interés legítimo en garantizar la estabilidad de los mercados financieros, la prevención del fraude y de irregularidades y el establecimiento de normas de gobernabilidad adecuada en las empresas, mismas finalidades que se persiguen por las normas de la *Sarbanes-Oxley Act*.¹³⁸

El Dictamen también se refiere a los *principios de proporcionalidad y calidad* en el tratamiento de datos personales.¹³⁹ En aplicación de estos principios, las empresas, al establecer los sistemas de denuncia, deben tomar en consideración los siguientes aspectos:

1. Evaluar limitar el número de personas autorizadas para denunciar irregularidades a través del sistema, en atención a la gravedad de los hechos que se denuncien;
2. Evaluar limitar el número de personas que pueden ser denunciadas, también atendida la gravedad de los hechos;
3. Fomento de las denuncias identificadas y confidenciales frente a las denuncias anónimas (estas últimas deben ser sólo excepcionales);¹⁴⁰

¹³⁷ *Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos*, Artículo 7 letra f)

¹³⁸ *Dictamen 1/2006*, pp. 9-10. El interés legítimo en se ve reforzado por directrices y normativas de la propia UE y la OCDE tendientes a garantizar la protección a denunciantes.

¹³⁹ *Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos*, Artículo 6. El principio de proporcionalidad consiste en que los datos deben ser tratados en forma leal y lícita, recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no utilizados para fines incompatibles. Asimismo, los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que han sido recabados y para los que se traten posteriormente. En cuanto a la *calidad* de los datos tratados, deben tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos sean suprimidos o rectificadas.

¹⁴⁰ *Dictamen 1/2006*, pp. 11-12. El Grupo de Trabajo reafirma las razones por las cuales las denuncias anónimas pueden no ser una buena solución (Vid.Supra., Capítulo I, 3.3., pp. 50-53). En cuanto a los datos personales, tienen el requisito específico de que debe recogerse limpiamente; por ello, por regla general, sólo las denuncias identificadas deben comunicarse a través del sistema de denuncias, sin perjuicio de la confidencialidad. Se reconoce sin embargo que podrían permitirse las denuncias anónimas, excepcionalmente y cumpliendo las siguientes

4. La proporcionalidad y exactitud de los datos recogidos y tratados exige que éstos deben limitarse sólo a los hechos relacionados con el propósito del sistema de denuncias, y a los datos estricta y objetivamente necesarios para verificar las alegaciones;
5. Los datos deberán ser conservados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

El Dictamen también señala que la empresa responsable del sistema de denuncias debe entregar a los interesados *información clara y completa sobre el sistema*, esto es, debe informarles sobre la existencia, finalidad y funcionamiento del sistema; los receptores de las denuncias; el derecho de acceso, rectificación y supresión de los datos de las personas denunciadas; el hecho de que la identidad del denunciante se mantendrá confidencial; que el abuso del sistema da lugar a acción en contra del autor del abuso, y que los usuarios del sistema no enfrentarán sanción alguna si lo utilizan de buena fe.¹⁴¹

Desde el punto de vista de la protección de datos, el enfoque está en la protección de los *derechos de la persona inculpada*, sin perjuicio de los del denunciante. En vista del equilibrio entre ambos intereses y los de la empresa, el Dictamen señala que deben resguardarse los *derechos de información*, y los *derechos de acceso, rectificación y*

condiciones: a) Las empresas no deberían difundir el hecho de que pueden presentarse denuncias anónimas a través del sistema; b) Comunicar al denunciante en el primer contacto que su identidad se mantendrá confidencial en todas las etapas del proceso; c) Sólo si a pesar de esta información el denunciante decide permanecer anónimo, la denuncia se aceptará; d) Se debe hacer presente a los denunciantes que su identidad podría ser revelada a las personas implicadas en las investigaciones o en los procedimientos judiciales posteriores; e) Examen de la denuncia por parte del primer receptor de la misma en lo relativo a su admisión y a su conveniencia.

¹⁴¹ *Dictamen 1/2006*, pp. 14.

supresión del interesado en cuanto a los datos registrados.¹⁴² La persona denunciada tiene derecho a ser informada lo antes posible, en cuanto se hayan registrado los datos, y tendrá derecho a oponerse al tratamiento.¹⁴³ En particular, debe ser informado acerca de: (1) la entidad responsable del sistema de denuncia; (2) los hechos de los que se le acusa; (3) los departamentos o servicios que pueden recibir la denuncia, y (4) cómo ejercer sus derechos de acceso y rectificación.¹⁴⁴

En el Dictamen también se contempla, en vista de la *seguridad en el tratamiento* de los datos, que la empresa u organización responsable del sistema de denuncias debe aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas para la protección de los mismos. La confidencialidad de las denuncias es un requisito esencial para el cumplimiento de esta obligación.¹⁴⁵

Con respecto a la *gestión de los sistemas de denuncia de irregularidades*, el Dictamen favorece la gestión interna, y señala que las empresas deben contemplar una organización interna específica para tal efecto, creando un departamento específico en cada empresa o grupo, dedicado a la gestión de las denuncias y a la organización de la investigación. Se reconoce la posibilidad de recurrir a proveedores de servicios externos: en estos casos las empresas o grupos que los contraten siguen siendo los responsables

¹⁴² *Directiva 95/46/CE*, Artículo 12. El ejercicio de este derecho puede restringirse, caso a caso, para garantizar los derechos y libertades de otras personas participantes en el sistema. Bajo ninguna circunstancia el denunciado puede obtener información de la identidad del denunciante, excepto en caso de denuncia maliciosa. Los interesados tienen derecho a rectificar o suprimir sus datos si son incompletos o inexactos.

¹⁴³ *Directiva 95/46/CE*, Artículo 14. La oposición puede fundarse por razones legítimas apremiantes relativas a la situación particular de la persona si el tratamiento se basa en un interés legítimo del responsable o del tercero o terceros a los que se comunican los datos.

¹⁴⁴ *Dictamen 1/2006*, pp. 14. Esta notificación podrá retrasarse cuando exista riesgo considerable de que pueda comprometer la capacidad de la empresa para investigar o recabar pruebas. Esta excepción tiene por objeto evitar la destrucción o alteración de pruebas y debe aplicarse restrictivamente.

¹⁴⁵ *Directiva 95/46/CE*, Artículo 17; *Dictamen 1/2006*, pp. 15-16.

del tratamiento de datos. Los proveedores externos igualmente deben cumplir con la obligación de confidencialidad y el respeto a los principios de protección de datos.¹⁴⁶

2.4. Convenciones de África

2.4.1. Convención de la Unión Africana para la Prevención y Combate de la Corrupción

Esta Convención fue adoptada en junio de 2003 y entró en vigor en agosto de 2006. Su artículo 5 establece que para los propósitos de la Convención, los Estados Partes se comprometen: a adoptar medidas legislativas y otras medidas para proteger a los informantes y testigos de corrupción e ilícitos relacionados, incluyendo la protección de sus identidades (párrafo 5); a adoptar medidas que aseguren a los ciudadanos informar instancias de corrupción sin temor de represalias consecuentes (párrafo 6); a adoptar medidas legislativas nacionales con el fin de castigar a aquellos que efectúen informes falsos y maliciosos en contra de personas inocentes en corrupción e ilícitos relacionados (párrafo 7).

2.4.2. Protocolo Contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo de África Austral

La Comunidad de Desarrollo de África Austral emitió en el año 2001 un Protocolo Contra la Corrupción. En el Artículo 4, letra e), se establece que cada parte se compromete a adoptar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para proteger a los individuos que, de buena fe, reporten actos de corrupción.

¹⁴⁶ *Dictamen 1/2006*, pp. 16-17.

2.5. Iniciativa Anti-Corrupción para Asia y el Pacífico

No existe en la actualidad ningún tratado internacional sobre corrupción o que trate sobre protección a denunciantes en la región de Asia y el Pacífico. En 1999 fue creada la Iniciativa Anti-Corrupción para Asia y el Pacífico, bajo el liderazgo conjunto del Banco Asiático del Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En el marco de esta Iniciativa, se desarrolló un *Plan de Acción Anti-Corrupción*, el que ha sido apoyado formalmente por 28 países de la región, pero que carece de fuerza obligatoria para ellos. Este Plan de Acción establece las metas y los estándares para resguardos contra la corrupción en las esferas económica, política y social de la región, y contiene una variedad de principios y estándares tendientes a reformas de políticas a los que los gobiernos interesados de la región se comprometen políticamente a implementar en forma voluntaria.¹⁴⁷

Con el objeto de cumplir sus objetivos, el Plan establece tres “Pilares de Acción”:

- Pilar 1: “Desarrollar sistemas efectivos y transparentes para el servicio público”
- Pilar 2: “Fortalecer acciones anti-soborno y promover la integridad en operaciones comerciales”
- Pilar 3: “Apoyar la participación pública activa”

En este Plan de Acción es destacable que, con respecto a la protección a denunciantes, se contempla en distintas formas, en cada uno de los Pilares de Acción, y aunque en ninguno de ellos realmente se profundiza sobre los sistemas de denuncia más allá de contemplar su establecimiento, ello refleja que el *whistleblowing* tiene un papel en todas las áreas de la prevención y lucha contra la corrupción, incluyendo la prevención de conflictos de interés y el uso inadecuado de recursos en el sector público, la investigación y persecución de actos de soborno, la promoción del buen gobierno

¹⁴⁷ Asian Development Bank (ADB), Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Anti-Corruption Action Plan for Asia and the Pacific*, 2001.

corporativo en el sector privado y la participación ciudadana. El Plan de Acción promueve el establecimiento de sistemas de denuncia con respecto a los siguientes puntos:

1. Integridad en el Servicio Público: para esta finalidad (dentro del Pilar 1), el Plan señala como medida “establecer códigos de conducta ética y administrativa que proscriban los conflictos de interés, aseguren el uso apropiado de recursos públicos, y promuevan los más altos niveles de profesionalismo e integridad a través de: (...) *Medidas que aseguren que los funcionarios denuncien actos de corrupción y que protejan la seguridad y el estatus profesional de aquellos que lo hagan.*” Esta medida denota una visión activa del rol de los funcionarios públicos; sugiere que la denuncia es una función o incluso un deber de los funcionarios, mediante su inclusión en códigos de conducta para el servicio público.
2. Prevención, investigación y persecución efectivas: en el Pilar 2, el Plan de Acción sugiere tomar medidas para combatir el soborno, mediante el fortalecimiento de la investigación y la persecución, y específicamente contempla la protección de “personas que ayuden a las autoridades en el combate de la corrupción.”
3. Responsabilidad y rendición de cuentas corporativa: también dentro del Pilar 2, se sugieren medidas atinentes a las empresas; el “establecimiento de canales de comunicación” y la “protección de empleados que denuncien corrupción” se contemplan como formas de control interno de la empresa, tendientes al buen gobierno corporativo en las empresas.
4. Discusión pública de la corrupción: en el Pilar 3, sobre participación pública, el Plan contempla expresamente *el apoyo a organizaciones no gubernamentales dedicadas a documentar e informar casos de corrupción*, como parte de promover la integridad y combatir la corrupción, y con el objetivo de incentivar la discusión pública del tema de la corrupción.

2.6. Instrumentos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha desarrollado diversos instrumentos en que se recomienda a los países adherentes implementar sistemas de protección a denunciantes, principalmente en los siguientes ámbitos.

2.6.1. Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros

En noviembre de 1997, a iniciativa de la OCDE, fue adoptada la Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, la cual, en términos generales, tiene como objetivo la tipificación del delito que expresa su título y de otras conductas relacionadas, y el establecimiento de mecanismos para su detección, investigación y sanción. La Convención se complementa con la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada previamente por el Consejo de la OCDE en mayo de ese mismo año. La Convención no incluye ninguna disposición sobre sistemas de protección a denunciantes. Sin embargo, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales, en virtud del artículo 12 de la Convención, se encarga del monitoreo de la aplicación de la Convención y de la Recomendación Revisada; en el contexto de este monitoreo, el Grupo de Trabajo ha evaluado la implementación por parte de los países Miembros de sistemas de denuncias y de protección de denunciantes, y ha emitido recomendaciones al respecto.¹⁴⁸

¹⁴⁸ El Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE lleva a cabo el proceso de monitoreo de la Convención y de la Recomendación Revisada, el que consiste en dos fases: en la Fase 1, se efectúa una evaluación de la legislación nacional de cada país sobre su conformidad con la Convención. En la Fase 2, se examina las estructuras establecidas para cumplir estas leyes, se

En particular, el Grupo de Trabajo ha requerido información sobre la existencia de casos en que funcionarios hayan denunciado casos en que se les haya ofrecido sobornos por parte de individuos o empresas extranjeras; si existen mecanismos para efectuar tales denuncias y resguardos tales como programas de protección de denuncias y a testigos para los funcionarios; la existencia de casos en que competidores hayan efectuado reclamos o entregado información, o en que empleados de empresas hayan llamado la atención de las autoridades sobre alguna infracción; la existencia de procedimientos para que el público pueda proveer información (por ejemplo, líneas de ayuda); y resguardos para proteger a *whistleblowers*.¹⁴⁹

2.6.2. **Ámbito del servicio público**

En abril de 1998, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación sobre Mejoras en la Conducta Ética en el Servicio Público, las que se basan en un conjunto de Principios para Manejar la Ética en el Servicio Público propuestos por el Comité de Administración Pública de la OCDE. Conforme al cuarto principio, los servidores públicos deberían conocer sus derechos y obligaciones al exponer malas conductas. Se señala que “los servidores públicos necesitan saber cuáles son sus derechos y obligaciones en términos de exponer mala conducta real o sospechada dentro del servicio público. Éstos deberían incluir reglas y procedimientos claros que deban seguir los funcionarios, y una cadena formal de responsabilidad. Los servidores públicos también necesitan saber de qué protección dispondrán en los casos en que expongan malas conductas.”¹⁵⁰

evalúa la aplicación e implementación de los países y se efectúan recomendaciones concretas para mejoras.

¹⁴⁹ OCDE, *OECD Anti-Bribery Convention Phase 2 Monitoring Information Resources, Phase 2 Questionnaire*, preguntas 2.4 y 2.5, 24 de enero 2001, pp. 50-51.

¹⁵⁰ OCDE, *Principles for Managing Ethics in the Public Service*, Public Management Service, mayo 1998, pp. 4.

En junio de 2003 el Consejo de la OCDE emitió la Recomendación sobre las Líneas Directrices para Manejar Conflictos de Interés en el Servicio Público. En estas directrices se contempla “desarrollar mecanismos de reclamo para manejar las alegaciones de no cumplimiento, y diseñar medidas efectivas para incentivar su uso. Proveer reglas claras y procedimientos para el *whistleblowing*, y emprender pasos para asegurar que aquellos que denuncien violaciones en cumplimiento con las reglas establecidas sean protegidos contra las represalias, y que los mecanismos de reclamo mismos no sean abusados.”¹⁵¹

2.6.3. Gobierno Corporativo

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, aprobados en 1999 y revisados en 2004, constituyen un instrumento de referencia, que ofrece normas no vinculantes y buenas prácticas. Proporcionan orientación específica para la puesta en marcha de iniciativas de carácter legislativo y reglamentario para países de la OCDE y en países no miembros. Constituyen también la base del componente de gobierno corporativo de los Informes sobre la Observancia de Códigos y Normas (ROSC) del Banco Mundial/FMI.¹⁵²

Dentro de estos principios se contempla: “las partes interesadas, incluidos los empleados individuales y sus órganos representativos, deberán poder manifestar libremente al Consejo sus preocupaciones en relación con posibles prácticas ilegales o no éticas y sus derechos no deberán quedar comprometidos por realizar este tipo de manifestaciones” (IV.E). En las Anotaciones a los Principios, se comenta sobre este punto: “(...) el establecimiento de procedimientos y “puertos seguros” para recoger las denuncias relativas a comportamientos ilegales o poco éticos presentadas por los

¹⁵¹ OCDE, Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, junio 2003, sección 2.3.2.b), pp. 12.

¹⁵² OECD, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004 (Prefacio).

empleados, ya sea personalmente o a través de sus órganos representativos, y por terceros que no pertenezcan a la sociedad, redundando en beneficio de la propia empresa y de sus partes interesadas (...).” “Aunque en determinados países, existen órganos representativos de los empleados que se encargan de plantear a la empresa las preocupaciones de éstos, los empleados no deberán verse impedidos de plantearlos individualmente, y tampoco deberán estar menos protegidos cuando actúen por cuenta propia.”¹⁵³

2.6.4. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales forman parte de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, adoptada por los gobiernos adherentes en junio de 2000. Consisten en recomendaciones de los gobiernos a este tipo de empresas, y enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables.

Dentro de los principios generales de estas Directrices, se recomienda que las empresas deberán “abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley, a las Directrices o a las políticas de la empresa.”¹⁵⁴

¹⁵³ *Íbid.*, pp. 47-48.

¹⁵⁴ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, II.9.

CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES DE LAS LEYES SOBRE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Perspectivas que influyen las normas sobre protección a denunciantes

Las diferentes leyes sobre *whistleblowing* en el derecho comparado han sido influenciadas por distintas perspectivas, que reúnen justificaciones y argumentos particulares para la protección a denunciantes. A continuación se describen cuatro categorías diferentes de fundamentos legales para la protección a denunciantes: perspectiva laboral, de gobierno abierto, de transparencia en los mercados y de derechos humanos. Éstas no son categorías herméticamente separadas, sino que pueden coexistir e influenciar en forma paralela a un mismo sistema de protección a denunciantes; pero cada una de estas aproximaciones sugiere regímenes legales diferentes para la protección, y cada una hace que se tienda en mayor o menor medida al establecimiento de ciertas protecciones específicas.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Vaughn, Robert, *How Differing Perceptions of Whistleblower Protection Influence the Character of Legal Standards*. Ponencia preparada para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, Ciudad de México, marzo de 2006.

3.1.1. Perspectiva laboral

Esta perspectiva ve la protección a denunciantes como basada primordialmente en el empleo. Desde este punto de vista, se reconoce por una parte que los trabajadores de una organización se encuentran en una posición privilegiada para tener conocimiento sobre conductas inapropiadas o corrupción dentro de ella, que de otra manera permanecerían ocultas; y por otra parte, que son precisamente los trabajadores quienes están en mayor riesgo de sufrir represalias –específicamente en detrimento de su situación laboral o profesional- por denunciar o dar a conocer estos hechos.

Una legislación que recoge esta perspectiva es la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, la que se inserta dentro del cuerpo legal principal del trabajo (la *Employment Rights Act*) y que, por tanto, forma parte del derecho del trabajo de dicho país. Esta ley se estructura en torno a las revelaciones por parte de trabajadores sobre conductas inapropiadas al interior de las organizaciones y establece las vías para que la información en conocimiento de los trabajadores pueda ser revelada y protegida.¹⁵⁶

Desde una perspectiva laboral, el carácter del derecho del trabajo influenciará cómo la protección a denunciantes será integrada dentro del sistema jurídico vigente. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en que antiguamente por regla general el trabajador podía ser despedido a voluntad del empleador, por cualquier razón o por ninguna razón (doctrina de *at-will employment*, o libre despido), la protección legal de la situación laboral de los trabajadores que denunciaban infracciones cometidas por los empleadores, necesariamente significó una modificación a los principios subyacentes al derecho laboral, a través del establecimiento de excepciones de orden público que transformaban el despido en ilegal en tales circunstancias. En cambio, en sistemas jurídicos en que el derecho laboral impone mayores restricciones a la terminación de la relación de trabajo por parte del empleador, la protección a trabajadores denunciantes puede ser integrada

¹⁵⁶ Public Concern At Work, *Public Interest Disclosure Act*, nota explicativa a la sección 43A ERA.

dentro de los requerimientos las causales de despido, y en ciertos casos podría incluso no requerir de disposiciones específicas de en la legislación de *whistleblowing*.¹⁵⁷

3.1.2. Gobierno abierto

La protección de denunciantes puede ser vista como parte de la materialización y promoción de la apertura del gobierno a la ciudadanía, bajo los mismos principios que apoyan a la libertad de información y el establecimiento de normas y mecanismos en pos de ella. Estos principios comunes abordan la rendición de cuentas (*accountability*) democrática, la que requiere el conocimiento de la conducta y políticas del gobierno. A esta perspectiva es inherente una visión clásica liberal del estado democrático en el cual la ley limita el poder del gobierno y preserva un espacio para la actividad privada y la libertad de elección; pero también calza con una visión activista del estado democrático, en que éste aborda y resuelve males sociales que los individuos son incapaces de enfrentar con efectividad, y en que el gobierno protege al individuo ante las concentraciones de poder privado. Estas dos visiones relativas al poder del Estado, requieren de la prevención de la corrupción –que debilita al gobierno- siendo la protección de denunciantes uno de los mecanismos de tal prevención.¹⁵⁸

La conexión entre gobierno abierto y rendición de cuentas democrática es más fácil de notar en aquellas leyes que protegen a los denunciantes del sector público. Los empleados del sector público pueden tener conocimiento de información sobre conductas inapropiadas en el gobierno y tienen mayor posibilidad de acceder a tal información y de comprender su importancia. De esta forma, estas normas complementan los mecanismos que aseguran el acceso a la información a los ciudadanos, ya que éstos podrían no tener conciencia de la posibilidad de conductas

¹⁵⁷ Vaughn, Ob.Cit., pp. 2-5; Kohn, Stephen M., *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*, Quorum Books, Westport, Connecticut, 2001, pp. 21-24.

¹⁵⁸ Vaughn, Ob.Cit., pp. 5-9.

inapropiadas en el gobierno, y por ende, jamás solicitar la información al respecto. Sin embargo, los individuos del sector privado también podrían tener conocimiento de conductas irregulares o ilícitas que afecten al gobierno; frecuentemente, los empleados de empresas privadas sirven como fuentes de información sobre corrupción de funcionarios de gobierno o de fraude que afecte a fondos públicos. Por ejemplo, la Federal False Claims Act en los Estados Unidos ha incentivado las revelaciones por parte de individuos del sector privado que han llevado a la recuperación de billones de dólares obtenidos fraudulentamente a través de contratos con el gobierno.¹⁵⁹

3.1.3. Transparencia en los mercados

La protección a denunciantes puede también ser vista como ligada específicamente a la transparencia y a la disuasión de la corrupción en los mercados. La corrupción interfiere con la competencia y crea monopolios artificiales distorsionando los mercados. La transparencia, a su vez, desincentiva la corrupción. El *whistleblowing* puede servir como un mecanismo útil para detectar y dar a conocer información sobre corrupción, y la existencia de mecanismos de denuncia pueden por sí mismos reflejar los esfuerzos de un gobierno para prevenir o reducir la corrupción, constituyendo una garantía importante para la operación eficiente de los mercados.¹⁶⁰

Bajo esta perspectiva, la protección a denunciantes se enfoca en la prevención de la corrupción, como forma de proteger los mercados; sin embargo, bajo esta misma lógica, existe la posibilidad de abarcar una gran variedad de conductas denunciables, no necesariamente vinculadas a la corrupción, en cuanto afecten la eficiencia en los mercados. La *Sarbanes-Oxley Act* de los Estados Unidos, por ejemplo, fue establecida primordialmente para prevenir el fraude corporativo –particularmente en la

¹⁵⁹ *Íbid.*

¹⁶⁰ *Íbid.*, pp. 9-12.

manipulación contable y financiera de las empresas-, pero permite la protección de una gran variedad de revelaciones, como las infracciones a normas de salud y seguridad, conducta ambiental, riesgos de productos, fraudes a los consumidores, la inobservancia de normas que exigen revelaciones a órganos regulatorios federales, violación de leyes anti-discriminación, infracción a las leyes tributarias o anti-monopolio, etc.¹⁶¹

3.1.4. Perspectiva de los derechos humanos

Una cuarta perspectiva sobre la protección a denunciantes apoya su establecimiento en base a los derechos humanos, y específicamente sobre el derecho de libertad de expresión, consagrada en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 19) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 13). La libertad de expresión sirve de sustrato para la libertad de información y para el acceso a la información, derechos con respecto a los cuales la protección de revelaciones de información o de denuncias constituye una de sus manifestaciones concretas. Al incentivar la disponibilidad de la información, se asegura el valor de la libertad de expresión, ya que existirá un contenido para el discurso y el debate en democracia. El fundamento de la protección a denunciantes en un derecho considerado fundamental e inalienable como lo es la libertad de expresión, provee un argumento jurídico más poderoso a favor del establecimiento de mecanismos de denuncia, volviéndolos no instrumentales a otros fines más limitados. Ello podría significar también que la protección otorgada a los denunciantes debería gozar del mismo nivel de protección que otorga el sistema jurídico a los derechos fundamentales.¹⁶²

¹⁶¹ *Íbid.*; Kohn, Stephen M.; Kohn, Michael D.; y Colapinto, David K., *Whistleblower Law: A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*. Praeger, Westport, Connecticut, 2004, pp. 75-78.

¹⁶² Vaughn, Ob.Cit., pp. 12-15.

En los Estados Unidos, los diversos sistemas de *whistleblowing* han tenido su principal fundamento en la Primera Enmienda de la Constitución, que protege a la libertad de expresión de las restricciones del gobierno.¹⁶³ El énfasis en tal fundamento resulta especialmente relevante con respecto al origen y establecimiento de la *Whistleblower Protection Act* de 1989, pues esta ley federal ha influenciado fuertemente a los sistemas federales y estatales de protección a denunciantes creados con posterioridad, al punto de que muchas veces constituyen prácticamente réplicas de tal ley. En Suecia, la legislación sobre Libertad de Información –una de las más extensivas del mundo–, combinada con otras normas como las de la Ley de Libertad de Prensa y la Ley Fundamental sobre Libertad de Expresión, sirven para proteger revelaciones que, en otros países, están protegidas por normas específicas sobre *whistleblowing*.¹⁶⁴

3.2. Distinciones entre las leyes de *whistleblowing* de acuerdo a su establecimiento y a los elementos que contienen

3.2.1. Leyes comprensivas

En la actualidad, de los países que cuentan con leyes *especiales* sobre protección a denunciantes, sólo una minoría en la experiencia comparada han sido establecidas en forma *independiente* o *autónoma*, esto es, separadamente de regulaciones determinadas de ciertas materias particulares, o sin formar parte de ellas. Incluso menor es el número de países en que se han establecido leyes de *whistleblowing* que pudieran denominarse

¹⁶³ *Íbid.*; Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing (“Whistleblowing”)*, 2004, pp. 58.

¹⁶⁴ Vaughn, *Ob.Cit.*, pp. 13; Vaughn, Robert; Devine, Thomas y Henderson, Keith, *The Whistleblower Statute Prepared for the Organization of American States and the Global Revolution Protecting Whistleblowers*, pp. 15-16; Banisar, David, *Whistleblowing International Standards and Developments*. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Laboratorio de Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, Ciudad de México, 2006, pp. 44.

como *comprehensivas*, esto es, que por sí solas regulen todos o casi todos los aspectos de un sistema de protección a denunciantes de irregularidades, corrupción o conductas inapropiadas, considerados por la doctrina como los más relevantes dentro de las mejores prácticas en el derecho comparado.

El solo hecho de que se establezca una ley especial de *whistleblowing* y que sea independiente o autónoma no significa que sea completa o que tenga mayor efectividad en relación con los fines para los que ha sido creada. Por ello, en la doctrina, para considerar que una ley de protección a denunciantes es *comprehensiva* o regula la materia en forma completa, se incluyen ciertos elementos cualitativos que no obedecen sólo a su establecimiento o ámbito de aplicación; por ejemplo, la posibilidad de apelación de decisiones a órganos externos y la fiscalización por parte de algún órgano independiente.

En otras palabras, las leyes *comprehensivas* serían aquellas establecidas en forma autónoma y que regulan por sí solas, en forma sistemática, todos los elementos esenciales para entender que en ellas se contiene la existencia de un sistema completo de mecanismos para efectuar denuncias y de protección a denunciantes. Una legislación de protección a denunciantes no podría estimarse como *comprehensiva*, si, por el contrario, no regula algunos de estos elementos considerados especialmente relevantes o lo hace sólo en forma incompleta.

En la actualidad, muy pocas leyes de protección a denunciantes podrían ser calificadas como *comprehensivas* conforme a la descripción anterior. La *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, la *Protected Disclosures Act* de la República de Sudáfrica y la legislación de Nueva Zelanda, también denominada *Protected Disclosures Act*, son algunas de las leyes que mejor podrían calzar en dicha categoría; en la doctrina se ha resaltado sobre todo como elemento distintivo de estas tres leyes, su aplicación tanto al sector público como al privado.¹⁶⁵ La *Whistleblower Protection Act* de los

¹⁶⁵ Banisar, Ob.Cit., pp. 30; Public Service Integrity Office (Canada), Ob.Cit., pp. 15.

Estados Unidos y la *Public Servants Disclosure Act* de Canadá, como asimismo varias de las legislaciones territoriales y estatales de Australia también podrían estimarse como comprensivas, pero aplicables sólo al sector público. Australia, por su parte, carece de una legislación equivalente a nivel nacional. Japón, en cambio, cuenta también con una ley de protección de denunciantes de similar carácter, pero aplicable sólo al sector privado.¹⁶⁶

3.2.2. Opiniones en doctrina sobre los elementos que deben contemplar las leyes de protección a denunciantes

Existen diversas opiniones en la literatura especializada con respecto a cuáles son los elementos que deberían quedar regulados en una ley de *whistleblowing* para que se pueda considerar como completa o comprensiva, y no necesariamente existe un consenso con respecto a cómo deben regularse específicamente cada uno de estos elementos. Por ejemplo, la gran mayoría de la doctrina sostiene que debe protegerse la confidencialidad de la identidad del denunciante, pero hay opiniones divididas en cuanto a considerar y proteger las revelaciones efectuadas en forma anónima. Asimismo, existen diferencias entre los autores con respecto a qué tipo de sanciones debe aplicarse a las denuncias falsas o infundadas, y si al denunciante debe o no otorgársele una recompensa económica por haber efectuado la revelación si ello ha resultado en la recuperación de dinero.

A modo de ejemplo, David Banisar identifica con la denominación de *comprehensivas* a aquellas leyes de *whistleblowing* que cumplen con las siguientes condiciones:¹⁶⁷

¹⁶⁶ Banisar, Ob.Cit., pp. 30

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 40-42

- Establecida como ley autónoma (o independiente, no como una sección de otra ley)
- Cobertura tanto para el sector público como al sector privado
- Definiciones amplias sobre conductas denunciables, que comprendan una variedad de asuntos incluyendo infracciones a la ley, a buenas prácticas y a la ética
- Creación de procedimientos que promuevan la revelación interna
Con respecto a este punto, es de especial relevancia que las personas al interior de una determinada organización cuenten con mecanismos eficientes a través de los cuales puedan manifestar sus inquietudes, y que éstas sean efectivamente atendidas y abordadas dentro de la misma organización, evitándose las consecuencias usualmente indeseables de ventilar el conflicto en instancias externas a la organización.
- Establecimiento de protecciones contra las represalias.
Estas protecciones deben regularse en forma amplia, tendiendo a resguardar, principalmente, el daño a la situación laboral o profesional que podría afectar al denunciante, pero extendiéndose también a la protección de la integridad física y psíquica de la persona y su familia, el respeto a la privacidad y el resguardo al patrimonio del denunciante, que podría verse afectado también a causa de las represalias.
- Apelación de decisiones a órganos externos.
La posibilidad de que las personas puedan acudir a una revisión ulterior de las decisiones adoptadas con respecto a la aplicación de protecciones al denunciante, constituye una exigencia de justicia para las partes interesadas en el conflicto, y una garantía de que esta aplicación, al poder ser revisada por más de un órgano, sea efectuada en la forma más correcta posible, minimizándose la posibilidad de errores, abusos o arbitrariedades.
- Fiscalización por parte de algún órgano independiente.
Generalmente se ha estimado que el control de la aplicación de las normas de

protección a denunciantes debe corresponder siempre a una entidad separada e independiente de aquella que debe implementar los mecanismos de revelación y protección, de modo que tal implementación no se vea afectada por cualesquiera intereses de la respectiva organización que pudieran mermar la efectividad de la protección a denunciantes.

Chris Wheeler enumera 16 elementos clave a ser considerados para inclusión en una legislación de *whistleblowing*, aunque advierte que la lista no pretende ser comprehensiva y que algunos elementos podrían ser implementados a través de otras leyes:¹⁶⁸

- i. Alcance de la ley (en cuanto a la naturaleza de la conducta y la responsabilidad de personas u órganos del sector público o privado)
- ii. Potenciales denunciantes (qué personas pueden efectuar las revelaciones y quedar protegidas conforme a la legislación)
- iii. Opciones de denuncia (internas y externas)
- iv. Sistemas de denuncia interna
- v. Tests de estándares para la protección (procedimentales, de hecho y con respecto a la seriedad de la denuncia)
- vi. Circunstancias en las que las revelaciones no quedan protegidas (No toda comunicación de información sobre hechos que no le parezcan adecuados al denunciante son merecedores de protección. Asimismo, ciertos ámbitos necesariamente quedan excluidos en razón de su naturaleza, por ejemplo, la toma de decisiones sobre políticas de seguridad nacional).
- vii. Obligaciones de los denunciantes
- viii. Obligaciones de las personas u organizaciones que reciben las revelaciones
- ix. Rol del órgano de coordinación y monitoreo

¹⁶⁸ Wheeler, Chris, *Drafting and Implementing Whistleblower Protection Laws*. En OECD/ADB, *Controlling Corruption in Asia and the Pacific. Papers presented at the 4th Regional Anti-Corruption Conference of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, Kuala Lumpur, Malasia, dec. 2003*. ADB, Manila, Filipinas, 2004, pp. 139-145.

- x. Atribución de decisión final con respecto a si una revelación queda o no protegida conforme a la legislación (a quién se entrega la facultad)
- xi. Protecciones a los denunciantes (de la exposición de la identidad y de las acciones de detrimento o represalia)
- xii. Sanciones penales por acciones de detrimento o represalia
- xiii. Tratamiento en beneficio de los denunciantes (los beneficios pueden permitirse o prohibirse; si se permiten debe tratarse sobre la naturaleza y alcance de los beneficios y recompensas que pueden otorgarse)
- xiv. Remisión de revelaciones a otras entidades
- xv. Registros de las revelaciones
- xvi. Otros: poderes de investigación, sanciones a revelaciones falsas, etc.

William de Maria efectúa un análisis de las leyes de protección a denunciantes en cuanto a su capacidad de desempeño, es decir, el potencial legal de crear un impacto en las agendas de protección y reforma, mediante el examen de aspectos endógenos de las leyes de *whistleblowing*. De acuerdo con ello, crea 27 criterios de desempeño, separados en cuatro categorías:¹⁶⁹

- 1. Aspectos funcionales
 - a. Autoridad independiente
 - b. Vías de revelación
 - c. Detrimentos especificados
 - d. Estándar de revelación
 - e. Deber de investigar
 - f. Revisión obligatoria de la ley

¹⁶⁹ De Maria, William, *Common Law – Common Mistakes. The Dismal Failure of Whistleblower Laws in Australia, New Zealand, South Africa, Ireland and the United Kingdom. Paper presented to the International Whistleblowers Conference, University of Indiana, 12-13 April 2002*. Centre for Public Administration, The University of Queensland, Australia, 2002, pp. 10-12.

- g. Informe anual al Parlamento
2. Alcance
 - a. Penas sectoriales
 - b. [Definición de] quién puede revelar
 - c. Cobertura al sector privado
 - d. Protección a los medios de comunicación
 - e. Protección a revelaciones involuntarias
 - f. Mala conducta previa
 - g. Aplicación a políticos
 - h. Aplicación a la inteligencia militar
 - i. Aplicación extraterritorial
 3. Protecciones legales
 - a. Inmunidad civil y penal
 - b. Inmunidad por infracción de secreto
 - c. Medidas de reparación judiciales
 - d. Apelaciones de [decisiones] adversas de empleo
 - e. Inmunidad por difamación
 4. Servicios
 - a. Compensación
 - b. Consejería
 - c. Reubicación
 - d. Derecho a indemnización por daños
 - e. Retroalimentación
 - f. Fondo de lucha [financiamiento de litigación]

En base a la Ley Modelo de protección a denunciantes elaborada a instancias de la OEA, Kim Sawyer enumera siete principios de una ley ideal:¹⁷⁰

1. Enfoque en la información revelada, no en el denunciante
2. Relación con las leyes de libertad de expresión
3. Permitir la revelación a diferentes órganos en diferentes formas
4. Proteger cualquier revelación, sea interna o externa, sea por un ciudadano o por un empleado;
5. Involucrar a los denunciantes en el proceso de evaluación de su revelación
6. Tener estándares de revelación
7. Incluir compensación o incentivos para la revelación.

3.2.3. Leyes sectoriales y ámbitos específicos en que se ha regulado sobre protección a denunciantes

En contraste con las leyes sobre protección a denunciantes establecidas como especiales e independientes de otras, la mayoría de las leyes que establecen sistemas de *whistleblowing* han sido establecidas como *accesorias* a otras, sea como parte de alguna otra regulación mayor (por ejemplo, dentro de una ley de acceso a la información), o bien como normas aplicables sólo a un área o contexto específico (por ejemplo, dentro de la legislación de protección al medio ambiente).

De acuerdo a la citada clasificación de Banisar, a las leyes *comprehensivas* se contraponen la categoría de leyes *sectoriales*, esto es, aquellas que se encuentran dispersas en una variedad de estatutos diferentes y que típicamente cubren sólo a cierto

¹⁷⁰ Sawyer, Kim, *The Test Called Whistleblowing, Paper Delivered to the National Conference of Whistleblowers Australia*, Adelaida, 2005.

tipo de personas o a ciertos tipos de información. El autor advierte una serie de desventajas en las leyes que denomina como sectoriales con respecto a las comprensivas. Estas últimas contienen una mejor sistematización de las normas y suelen tener mayor visibilidad, por lo que son más fáciles de advertir y promover; además, tienden a tener un ámbito de aplicación más extensivo en cuanto a las personas y a las conductas denunciadas. En cambio, las leyes sectoriales, al ser fragmentadas, no cubren una variedad amplia de conductas denunciadas; generalmente, no son bien conocidas fuera de sus propios sectores y su aplicación puede ser limitada. Además, tienden a enfocarse sólo en las facetas de revelación y de represalias, y no en la mejora de la administración interna; y casi ninguna de estas leyes establece procedimientos para revelaciones internas o estándares de revelación.¹⁷¹

Sin perjuicio de lo anterior, no necesariamente debe restarse valor a los sistemas establecidos a través de leyes accesorias o en normas dispersas. Desde el punto de vista de la efectividad de la normativa, la ausencia de una ley independiente o comprensiva de *whistleblowing* no necesariamente obsta a la correcta implementación de los procedimientos y los mecanismos que conciernen a la protección a denunciantes, y sus resultados en vista de los objetivos del *whistleblowing* –principalmente la revelación de información sobre corrupción, irregularidades o riesgos en pos del interés público– podrían igualmente ser positivos. También debe tenerse presente que algunas regulaciones especiales podrían adaptarse mejor a sus respectivos campos específicos de aplicación, con procedimientos de revelación y protecciones que se ajusten a las necesidades particulares de cada materia. En vista de que en la mayoría de los países el *whistleblowing* es aún una materia de regulación incipiente, podría resultar más ventajoso el surgimiento de leyes o normas dispersas a partir de las cuales se pueda avanzar en el tratamiento de las revelaciones de información y la protección a denunciantes, a pesar de que no exista un estatuto único y comprensivo al respecto, cuya elaboración e implementación podría presentar complicaciones mucho mayores, y

¹⁷¹ Banisar, Ob.Cit., pp. 42-45

que probablemente requerirá de un consenso en la voluntad política más difícil de obtener para que finalmente se llegue a legislar sobre la protección a denunciantes.¹⁷²

En realidad, más que categorías de leyes sectoriales, se pueden identificar en el derecho comparado diversos ámbitos específicos de regulación en que han surgido con más frecuencia o en forma más significativa normas sobre mecanismos para las revelaciones de información y la protección de denunciantes; en algunos casos, la inquietud de regular sobre *whistleblowing* en estos ámbitos específicos ha dado lugar también al surgimiento de legislación más comprehensiva. A continuación se enuncian algunos de estos ámbitos en que el *whistleblowing* ha tenido un desarrollo más relevante.

3.2.3.1. Leyes anti-corrupción

En el derecho internacional y en la experiencia comparada, la prevención y combate de la corrupción ha sido uno de los principales motivos del establecimiento de normas sobre *whistleblowing*. Esto es claro en las convenciones internacionales anti-corrupción, específicamente en las disposiciones de protección a denunciantes de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Artículos 33 y 13.2), la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Artículo III.8), la Convención de Derecho Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa (Artículo 9), entre otras.

A nivel de legislación nacional, la conexión entre lucha contra la corrupción y *whistleblowing* es estrecha y notoria en Corea del Sur, país en el que el Sistema de Protección y Recompensas a Denunciantes entró en vigencia en 2002 como parte de la Ley Coreana Anti-Corrupción, misma ley que estableció la Comisión Coreana Independiente Contra la Corrupción (KICAC), la institución responsable de recibir y

¹⁷² Por ejemplo, en el caso de Australia, sus diferentes estados y territorios ya han establecido leyes especiales de *whistleblowing*, sin embargo, el proyecto de ley para una legislación nacional sobre la materia aún sigue pendiente de discusión luego de años de haber sido propuesto. En los Estados Unidos, se ha promovido fuertemente el establecimiento de un estatuto federal único, pero las legislaciones resultantes suelen contener excepciones amplias especialmente relativas a la actividad del Estado.

tratar la información revelada. Las conductas denunciables en este sistema se definen como “actos de corrupción”, los que a su vez se refieren sólo a conductas en el sector público, pero que –reafirmando la prioridad de descubrir actos de corrupción- pueden ser denunciados por cualquier persona. El sistema coreano consiste de dos elementos básicos: la protección, que a su vez comprende la protección de la identidad, del empleo y de la seguridad física, y las recompensas económicas para el denunciante. Éstas se otorgan como incentivo por revelar actos de corrupción y ascienden a entre un 2 y un 10 por ciento del dinero que el gobierno haya recuperado o ahorrado gracias a la revelación.¹⁷³

La legislación coreana refleja las características de los sistemas de protección a denunciantes vinculados a la lucha contra la corrupción: las revelaciones protegidas se limitan a aquellas específicamente relacionadas con corrupción, y efectuadas solamente ante los organismos competentes encargados de la fiscalización y aplicación de las leyes anti-corrupción, no considerándose las denuncias relativas a otros tipos de conductas inapropiadas o riesgosas, o efectuadas por otras vías.¹⁷⁴

3.2.3.2. Leyes de servicio público

En diversos países las leyes que regulan a los empleados públicos incluyen disposiciones que protegen al funcionario de las represalias por revelar malas conductas. Por ejemplo, la Ley de Servidores Públicos de Holanda (§125) obliga a los órganos a crear procedimientos para efectuar las revelaciones y protege de las represalias a aquellos que siguen tales procedimientos.¹⁷⁵

¹⁷³ Lee, Nam-joo, *Korea's Whistleblower Protection and Reward System*. En En OECD/ADB, *Controlling Corruption in Asia and the Pacific. Papers presented at the 4th Regional Anti-Corruption Conference of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, Kuala Lumpur, Malasia, dec. 2003*. ADB, Manila, Filipinas, 2004, pp. 123-126; Public Service Integrity Office (Canada), Ob.Cit., pp. 67-75

¹⁷⁴ Banisar, Ob.Cit., pp. 42

¹⁷⁵ *Íbid.*, pp. 43

En Australia, pese a la existencia de siete leyes especiales sobre *whistleblowing* a nivel estatal y territorial, no existe una ley de similar carácter a nivel nacional. En lugar de ello, a nivel federal la protección a denunciantes se inserta dentro del cuerpo legal que regula el Servicio Público Australiano, la *Public Service Act* (PSA) de 1999, que en su sección 16 prohíbe las represalias en contra del empleado del servicio público que haya efectuado la revelación. Como sistema de revelaciones y protección a denunciantes, esta ley presenta la particularidad de que las conductas denunciadas son específicamente las infracciones al Código de Conducta contenido en la sección 13 de la misma PSA, y que impone ciertos deberes “afirmativos” o “positivos” de conducta a los funcionarios, como el comportamiento honesto, íntegro y diligente, el cumplimiento de órdenes, el uso adecuado de recursos, entre otros. Las autoridades encargadas de tratar las revelaciones, el *Public Service Commissioner* y el *Merit Protection Commissioner*, son entidades con mandatos mucho más amplios que la aplicación de la ley con respecto a las revelaciones o denuncias y cuyas competencias se extienden al resto de los asuntos del Servicio Público Australiano.

Las regulaciones sobre *whistleblowing* contenidas en las leyes más generales que regulan el servicio público pueden presentar ciertas limitaciones en comparación con leyes de más amplio alcance, como ocurre con la PSA de Australia, que contrasta en varios aspectos importantes con las legislaciones más comprehensivas de los estados y territorios australianos: entre ellos, el efectuar la revelación y acceder en consecuencia a la protección contemplada en la ley, sólo concierne a funcionarios públicos; y no se regulan explícitamente protecciones específicas al denunciante como exenciones de responsabilidad, reparaciones o confidencialidad de la identidad del denunciante.

3.2.3.3. Leyes laborales

A través de la normativa que protege a los trabajadores, también pueden introducirse mecanismos a través de los cuales éstos informen sobre conductas irregulares o ilícitas en el lugar de trabajo y que los protejan de las represalias, en particular aquellas que afecten su situación de empleo. Por ejemplo, en Noruega la Ley

de Ambiente de Trabajo fue enmendada en el año 2005 para dar a los empleados el derecho de informar a las autoridades públicas de “condiciones censurables” y para prohibir las represalias.¹⁷⁶

Como se ha señalado más arriba, una de las perspectivas que ha influenciado en forma importante el desarrollo de normas de protección a denunciantes es la laboral. Ello puede servir de punto de partida para la creación de una legislación de más amplio alcance. En efecto, la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, generalmente considerada como una de las legislaciones de *whistleblowing* más completas en el derecho comparado, es una ley de carácter laboral, y se inserta dentro del cuerpo legal que regula el empleo en forma más amplia, la *Employment Rights Act*. La introducción de normas de protección a denunciantes a través del derecho laboral puede presentar la limitación de ceñirse exclusivamente a las revelaciones vinculadas a la relación y al lugar de trabajo, con lo que potencialmente se excluye la protección de revelaciones de interés público fuera de tal contexto. En el caso del Reino Unido, tal debilidad en cierta forma se ha salvado en la ley con una definición muy amplia de lo que se entiende por “empleado”, cubriendo prácticamente todas las situaciones de empleo, tanto en el sector público como en el privado.¹⁷⁷

En cambio, en la República de Sudáfrica, la *Protected Disclosures Act*, que también adopta una perspectiva laboral siguiendo la legislación del Reino Unido, en su

¹⁷⁶ Ley N° 62 de 17 de junio de 2005 (Ley de Ambiente de Trabajo), §2-4, citada en Banisar, Ob.Cit., pp. 43.

¹⁷⁷ Myers, Anna, *Whistleblowing – The UK Experience*. En Calland, Richard y Dehn, Guy, *Whistleblowing Around the World: Law, Culture and Practice*, Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres; The British Council, 2004, pp. 107. Además, esta ley tiende a la revelación de información de interés público más que a denuncias de mala conducta de empleadores, y las conductas denunciadas comprenden ilícitos penales, incumplimiento de obligaciones legales, error judicial, amenazas a la salud o seguridad de las personas y daño al medio ambiente, conforme a la sección 43B(1).

definición de empleado excluye a contratistas del gobierno, por lo que se ha criticado que la ley se limite sólo a denuncias de “empleados” con respecto a “empleadores.”¹⁷⁸

El establecimiento de normas de *whistleblowing* como forma de proteger los derechos de los trabajadores a veces puede confundir el objetivo de la protección de denunciantes, al desviarse el objeto de las revelaciones a asuntos que no constituyen información relevante para el interés público, sino que corresponden más bien a reclamos individuales de trabajadores relativos a sus propias condiciones de empleo (remuneraciones, permisos, horarios, jornada de trabajo, etc.).¹⁷⁹

3.2.3.4. Leyes penales

Una forma de establecer protecciones a las revelaciones de información es a través del establecimiento de sanciones penales para castigar a quienes tomen represalias en contra de alguna persona por haber efectuado la revelación. Ello constituye un fuerte disuasivo para las represalias y es también una señal inequívoca de la legislación en el sentido de que los actos tendientes a obstruir la comunicación de información sobre fraude, corrupción u otras conductas inapropiadas quedan totalmente prohibidos.

Como parte de la reforma introducida por la *Sarbanes-Oxley Act*, el Código Criminal Federal de los Estados Unidos actualmente establece la posibilidad de aplicar penas de multa y/o de prisión a quienes hayan efectuado alguna acción discriminatoria en contra de la persona que ha efectuado la revelación, a modo de represalia. La ley también hace aplicables estas penas al ocultamiento de información.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Dimba, Mukelani; Stober, Lorraine y Thomson, Bill, *The South African Experience*. En Calland y Dehn, Ob. Cit., pp. 149.

¹⁷⁹ Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*, *Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference*. Adelaida, Australia, 2005, pp. 2, 9-10.

¹⁸⁰ Sección 18 U.S.C., §1513(e).

Se ha argumentado, por otra parte, que el establecimiento de sanciones demasiado rigurosas –y que no necesariamente por ello sean por sí solas un medio efectivo para proteger a los denunciantes- colocan un factor de tensión, tal vez innecesario, especialmente en las relaciones de empleo al interior de las organizaciones. La comunicación entre las personas de cualquier organización puede verse desfavorecida si una parte o el total de sus miembros están permanentemente conscientes de que podrían quedar sujetos a fuertes sanciones legales por actos u omisiones en los que podrían incurrir erradamente. En este sentido, la Comisión de Reforma Legal de Sudáfrica recomendó no establecer estas sanciones de tipo penal en la legislación sobre *whistleblowing*.¹⁸¹

3.2.3.5. Leyes de libertad de información

En años recientes, en una gran cantidad de países se han creado nuevas leyes que consagran la libertad de información y el derecho de acceso a la información, como parte de esfuerzos de promover la transparencia y la rendición de cuentas en democracia y de detectar y prevenir la corrupción. En la literatura especializada sobre libertad de información se ha reconocido como uno de los principios que la conforman, el establecimiento de protecciones a las revelaciones de información (en contra de represalias).¹⁸² En concreto, en la experiencia comparada, algunas de estas leyes contienen disposiciones que específicamente contemplan tal protección.

Un ejemplo frecuentemente citado es el de la legislación sobre libertad de expresión de Suecia, la cual, como se señala más arriba, es una de las más extensivas del mundo y contempla protección para personas que divulgan información pública del gobierno, con lo que cubre revelaciones de información que usualmente estarían reguladas en un estatuto especial de *whistleblowing*. Con ciertas y limitadas

¹⁸¹ Banisar, Ob.Cit., pp. 71.

¹⁸² Mendel, Toby, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, UNESCO, 2003, pp. 35-36.

excepciones, esta divulgación de información conforme a la ley sueca no puede ser objeto de acusación penal. La ley sueca también protege el derecho al anonimato de la persona que divulgue o publique la información. Adicionalmente, el proveedor de los documentos públicos del gobierno que sean posteriormente publicados por otra persona, no queda sujeto a responsabilidad por daños por la publicación. Aunque las normas en Suecia no prohíben expresamente las represalias por parte del empleador en los órganos públicos, resulta también improbable que cualquier medida laboral en contra del empleado pueda sustentarse por la revelación.¹⁸³

¹⁸³ Vaughn et al., Ob.Cit., pp. 15-16

CAPÍTULO IV: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES EN DIVERSAS LEGISLACIONES

4.1. La protección a denunciantes en Estados Unidos

4.1.1. Situación general de la protección a denunciantes en Estados Unidos

Tomando en consideración sólo la cantidad de regulación, Estados Unidos es claramente el país más avanzado en cuanto a legislación sobre protección a denunciantes. Estados Unidos cuenta con docenas de leyes de *whistleblowing* a nivel estatal y federal, que se han diseminado en el país sobre todo desde la primera mitad de la década de 1980. Solamente a nivel federal, existen más de cincuenta piezas de legislación sobre la materia.¹⁸⁴

A nivel federal, destacan principalmente tres leyes diferentes, en cuanto a su impacto, alcance y tratamiento en la literatura especializada:

- La Whistleblower Protection Act;
- La Sarbanes-Oxley Act, y

¹⁸⁴ Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*. Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, Adelaida, Australia, 2005, pp. 10-11; Rohde-Liebenau, Björn, *Whistleblowing Rules: Best Practice: Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*. Estudio solicitado por el Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, Bruselas, 2006, pp. 31.

- La False Claims Act.

El denominador común de las múltiples legislaciones de protección a denunciantes en los Estados Unidos es una protección al individuo basada principalmente en la Primera Enmienda de la Constitución, que protege la Libertad de Expresión. Con esta justificación, la legislación se enfoca en la protección contra represalias hacia la *persona* que efectúa la revelación, más que en la revelación misma. La principal legislación a nivel federal, la *Whistleblower Protection Act*, refleja esta motivación y tiende a facilitar la posibilidad de efectuar revelaciones, con pocos criterios sustantivos para que las revelaciones sean protegidas, y con la inclusión de protecciones fuertes contra las represalias y para la confidencialidad de la denuncia.¹⁸⁵

La legislación sobre protección a denunciantes en los Estados Unidos se ha desarrollado en gran medida gracias a la alteración de la doctrina denominada *at-will employment* (libre despido), que daba derecho a los empleadores a despedir a los trabajadores por cualquier razón, o por ninguna razón. Esta doctrina, adoptada y no controvertida a fines del siglo XIX, fue fuertemente criticada en el siglo XX, reconociéndose en la doctrina y en la jurisprudencia la existencia de abusos por parte de empleadores, lo que llevó a la creación de una excepción a su aplicación, que consiste en que el despido puede justificarse por cualquier razón, excepto por alguna razón que signifique una violación a las políticas públicas. Así, en la mayoría de los estados los denunciantes cuentan con el derecho a demandar por despido injustificado si logran demostrar que fueron despedidos por realizar alguna acción incentivada por las políticas públicas, o por rehusarse a hacer algo en contravención a las políticas públicas. En forma simultánea a las crecientes críticas a la doctrina de *at-will employment*, fue desarrollándose un público reconocimiento a los empleados *whistleblowers* en una sociedad democrática, que efectúan una contribución duradera para mejorar las instituciones públicas y privadas. En la actualidad, la doctrina de *at-will employment*

¹⁸⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing ("Whistleblowing")*, Gobierno de Canada, 2004, pp. 4 y 58.

está obsoleta, y en la gran mayoría de los estados, como mínimo, se reconocen cuatro tipos de actividades que caen bajo la excepción de política pública: (1) empleados que se rehúsan a infringir una ley, un mandato constitucional o alguna otra regulación; (2) empleados que desempeñan una obligación requerida por la ley; (3) empleados que ejercen un derecho legalmente protegido, y (4) empleados que denuncian una infracción a la ley para el beneficio público. La mayoría de los estados no requieren en absoluto que las revelaciones estén vinculadas a una infracción a la ley penal.¹⁸⁶

Conforme a esta estructura básica, en que el denunciante debe demandar para que se pueda aplicar la protección a denunciantes a su respecto, típicamente se requiere que el empleador haya tenido conocimiento de la denuncia, y que el acto de represalia haya sido al menos en parte motivado por la denuncia. Por su parte, la defensa usualmente consistirá en justificar que el acto de represalia se fundamenta en otra conducta del denunciante, distinta de la denuncia. En esta confrontación, la relativa calidad de la ley respectiva, en cuanto al nivel de protección que otorga al denunciante, estará determinada por el equilibrio de la carga de la prueba entre ambas partes.¹⁸⁷

Sin perjuicio de lo anterior, en la litigación ante tribunales, los empleados no están limitados a restringir la causa de acción a las excepciones de política pública. Ya que los empleadores que toman represalias en contra de los denunciantes frecuentemente cometen otras ilegalidades, éstas dan lugar a otras acciones independientes. Los elementos de prueba para estas otras acciones potenciales frecuentemente se relacionan de forma sustancial con los elementos de una demanda de despido por represalia. Algunos ejemplos de tales causas de acción adicionales incluyen infracción de contrato, daño moral, fraude, negligencia, invasión a la privacidad, difamación, etc.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Kohn, Stephen, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*, Quorum Books, Westport, Connecticut, 2001, pp. 21-25.

¹⁸⁷ Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 31

¹⁸⁸ Kohn, *Ob.Cit.*, pp. 21-25

La multiplicidad y diversidad de estatutos de protección a denunciantes en Estados Unidos, estatales y federales, ha sido objeto de críticas en la doctrina. Cada una de las diversas leyes tiene sus propios sistemas específicos en cuanto a los individuos que son protegidos, los procedimientos a ser seguidos, tiempos de prescripción, etc. No es poco frecuente que los estatutos puedan superponerse unos con otros, de modo que sean aplicables dos o más normativas diferentes a la misma situación en una misma jurisdicción estatal, abriendo la posibilidad a la incertidumbre jurídica para los denunciantes.

En cuanto a la interacción entre las protecciones a denunciantes de derecho estatal y federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fallado en forma consistente que las leyes federales de protección a denunciantes no precluyen las protecciones establecidas a través de precedentes estatales. La mayoría de las leyes estatales frecuentemente complementan o suplantán los remedios jurisprudenciales. En la mayoría de los estados también se ha fallado que las demandas de despido injustificado basadas en precedentes no son excluidas por protecciones de ley estatal coexistentes, salvo que la ley expresamente señale lo contrario. El asunto de la prevalencia ha presentado la dificultad de determinar si los requerimientos legales son exclusivos o acumulativos.¹⁸⁹

4.1.1.1. Whistleblower Protection Act

a. Origen, enfoque y alcance

La *Whistleblower Protection Act* de 1989 (Ley de Protección a Denunciantes, en adelante WPA) dispone de protecciones para empleados federales de la rama ejecutiva que son víctimas de represalias por efectuar revelaciones sobre mala conducta en el gobierno. Las protecciones de la WPA son aplicables cuando una “acción de personal” (represalia) es tomada “a causa de” una “revelación protegida” efectuada por un

¹⁸⁹ *Íbid.*

“empleado cubierto.”¹⁹⁰ La WPA tiene su origen en enmiendas que introdujeron disposiciones de protección a denunciantes en 1978 a la *Civil Service Reform Act* (CSRA). Con estas disposiciones se creó el órgano primario encargado de tratar las denuncias, la *Office of Special Counsel* (OSC). Sin embargo, la ley tuvo muy poca aplicación durante los primeros diez años de operación de la OSC, y la necesidad de mejoras llevó a la elaboración de la WPA de 1989.¹⁹¹ El Congreso declaró que el propósito de la legislación era: “fortalecer y mejorar la protección de los derechos de los empleados federales, evitar las represalias, y ayudar a eliminar las malas conductas dentro del Gobierno a través de – (1) ordenar que los empleados no sufran consecuencias adversas como resultado de prácticas de personal prohibidas; y (2) establecer... que mientras el disciplinar a aquellos que cometan prácticas de personal prohibidas puede ser utilizado como medio a través del cual se puede ayudar a alcanzar tal meta, la protección de los individuos que son los sujetos de prácticas de personal prohibidas permanece la consideración primordial.”¹⁹² La WPA fue posteriormente enmendada en 1994; a comienzos de 2007 fue introducido en la Cámara de Representantes un proyecto de mejora (*Whistleblower Protection Act 2007*) promovido con el objeto de subsanar resquicios de la WPA de 1989 pero que finalmente no prosperó en el Senado.

La WPA se fundamenta principalmente en la libertad de expresión, y no establece criterios para que las revelaciones sean protegidas. Ello denota un enfoque en la protección de la persona que efectúa la revelación, más que en la revelación de

¹⁹⁰ Whitaker, L. Paige, *The Whistleblower Protection Act: An Overview*. CRS Report for Congress, Congressional Research Service, Washington, D.C., 2007, pp. 1

¹⁹¹ Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference. Adelaida, Australia, 2005, pp. 10

¹⁹² 5 U.S.C. §1201 nt., citado en Whitaker, *Ob.Cit.*, pp. 1

información misma. Siguiendo esta lógica, la WPA incluye también protecciones fuertes contra las represalias y con respecto a la confidencialidad del denunciante.¹⁹³

Las personas cubiertas por la WPA incluyen los empleados actuales, los ex-empleados, o postulantes a empleo en posiciones de la rama ejecutiva del gobierno. Sin embargo, quedan fuera de la protección aquellas posiciones exceptuadas por su “carácter confidencial, de determinación de políticas, de elaboración de políticas o de defensa de políticas”, y todas las posiciones exentas por el Presidente basadas en una determinación que sea necesaria y justificada por condiciones de buena administración.¹⁹⁴

b. Autoridades o entidades responsables

Existen dos entidades principalmente encargadas de tratar las revelaciones: la *Office of Special Counsel (OSC)* y el *Merit Systems Protection Board (MSPB)*.

Con respecto a las represalias tomadas en contra de la persona que efectúa la revelación (prácticas de personal prohibidas), la OSC tiene facultades para investigar e iniciar los procedimientos, solicitar a los departamentos la aplicación de medidas correctivas y/o disciplinarias, y forzar su aplicación a través de la interposición de acciones ante el MSPB en caso de que no se cumplan tales medidas. En cambio, con respecto a las conductas que han sido objeto de la revelación misma, la OSC no tiene facultades para investigar. En lugar de ello, sólo puede requerir al jefe del departamento respectivo investigar el asunto y a emitir un informe de sus hallazgos. Para reforzar sus poderes, la WPA obliga a los departamentos de gobierno cumplir con las investigaciones y acciones de la OSC. La OSC también cuenta con atribuciones para emitir citaciones,

¹⁹³ Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing (“Whistleblowing”)*, 2004, pp. 4, 58.

¹⁹⁴ 5 U.S.C. §2302(a)(2)(B) y 5 U.S.C. §2302(a)(2)(B)(i), (ii)

ordenar deposiciones y requerir a los empleados testificar bajo juramento o responder a preguntas escritas formalmente.¹⁹⁵

El MSPB es un tribunal administrativo, responsable de la aplicación de los remedios o medidas ordenados por la OSC y revisar las decisiones de la OSC.¹⁹⁶

c. Conductas denunciables

Las conductas o malas prácticas que pueden ser objeto de las revelaciones por parte de empleados protegidos son:

- i. una violación de cualquier ley, regla o regulación, o
- ii. grave mala administración, o grave desperdicio de fondos, un abuso de autoridad, o un peligro sustancial y específico a la salud o seguridad públicas.¹⁹⁷

Es preciso distinguir que la WPA no hace aplicables las protecciones por el solo hecho de efectuar la revelación sobre estas conductas; sólo si a causa de la revelación se toman represalias (“prácticas de personal prohibidas”) en contra del empleado, éste puede efectuar el reclamo con el objeto de que se apliquen las protecciones con respecto a su persona.

d. Elementos de las revelaciones protegidas

En primer lugar, la WPA expresamente dispone que “cualquier revelación de información” está protegida; esto corresponde a una modificación con respecto a la legislación predecesora, la *Civil Service Reform Act*, que sustituyó la expresión “una

¹⁹⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 58-62

¹⁹⁶ *Íbid.*, pp. 58

¹⁹⁷ 5 U.S.C. § 2302(b)(8)(A)(i), (ii)

revelación” por “cualquier revelación”, con el objeto de impedir la creación de barreras a las revelaciones por vía de decisiones judiciales o administrativas.¹⁹⁸

En segundo lugar, para que una revelación sea protegida, el empleado debe tener una “creencia razonable” de que la información es verdadera. La veracidad “real” de cualquier revelación –más allá de la convicción personal- no afecta si una revelación es o no protegida.¹⁹⁹ La ley no define lo que debe entenderse por creencia razonable.

Se puede entender como un tercer elemento de la revelación en la WPA el objeto de la revelación misma, la que debe: 1) evidenciar cualquiera de los hechos o conductas denunciables, y 2) no estar prohibida por ley o por Orden Ejecutiva en el interés de la defensa nacional o de la conducción de asuntos externos.²⁰⁰

e. Protecciones al denunciante contra represalias

La WPA protege a los empleados federales de las represalias que revistan específicamente la forma de *prácticas de personal prohibidas*. Conforme al texto de la ley,²⁰¹ se desprende que éstas son:

- Acciones de personal;
- Que tome u omita tomar, o amenace tomar u omitir tomar;
- Cualquier empleado que tenga autoridad para tomar, dirigir a otros para tomar, recomendar o aprobar cualquier acción de personal;

¹⁹⁸ Whitaker, *Ob.Cit.*, pp. 3-4

¹⁹⁹ *Íbid.*, pp. 4

²⁰⁰ *Íbid.*

²⁰¹ 5 U.S.C. § 2302(b)(8)

- A causa de cualquier revelación de información de un empleado o postulante que éste crea razonablemente que evidencia alguno de los hechos o conductas denunciables.

Articulado de otra forma, las prácticas de personal prohibidas son aquellas acciones de personal, tomadas o no tomadas en contra del empleado que ha efectuado la revelación, a causa de haber efectuado la revelación.

Por “acción de personal”, se entiende un amplio rango de acciones que puede tomar una agencia con respecto a un empleado, incluyendo un nombramiento, una promoción, acciones disciplinarias o correctivas, una delegación, transferencia o reasignación, la reinstauración, restablecimiento o restitución de empleo, una evaluación de desempeño, una decisión concerniente al pago, beneficios, o indemnizaciones, o concerniente a educación o capacitación, la orden de someterse a pruebas o examinación psiquiátrica, y cualquier otro cambio significativo de deberes, responsabilidades, o condiciones de trabajo (se entiende por este “cambio significativo” el que, en relación con el total de los deberes, responsabilidades, o condiciones de trabajo totales de un empleado, sean inconsistentes con sus calificaciones profesionales, capacitación, grado o rango).²⁰²

Otro componente esencial de las prácticas de personal prohibidas es la relación causal entre la acción de personal y la revelación; la acción de personal en contra del denunciante debe ser tomada *a causa de* (“because of”) efectuar la revelación, lo que también corresponde a una modificación de la legislación antecesora (CSRA), la que exigía que las acciones de personal fueran tomadas *como represalia por* (“as a reprisal for”) la revelación. La expresión *como represalia por* había sido interpretada para

²⁰² 5 U.S.C. § 2302(a)(2)(A); Whitaker, *Ob. Cit.*, pp. 5-7

requerir una demostración de un motivo impropio tras la acción de personal, lo que ya no es necesario conforme al texto actual de la ley.²⁰³

Además de aplicarse las protecciones por la relación causal entre la revelación y las represalias, la WPA también entrega la misma protección a los trabajadores afectados por prácticas de personal prohibidas, a causa de haberse involucrado en actividades frecuentemente relacionadas con el *whistleblowing*, incluyendo el testificar o asistir legalmente a otros para el ejercicio de cualquier derecho de apelación, reclamo o agravio; cooperar o revelar información en las investigaciones; o por rehusarse a obedecer una orden que podría violar la ley. Los empleados también están protegidos por haber ejercido cualquier derecho de apelación, reclamo o agravio en virtud de por cualquier ley, regla o regulación.²⁰⁴

f. Procedimientos para la aplicación de las protecciones al denunciante.

Aunque el sistema de la WPA está diseñado de modo tal que la OSC sea el órgano principal encargado de la aplicación de esta ley,²⁰⁵ existen cuatro procedimientos generales que pueden llevar a la aplicación de protecciones al denunciante. No existen requerimientos en la WPA para que la persona primero efectúe una revelación interna antes de llevarla a otros foros. Estos procedimientos se enuncian a continuación:²⁰⁶

²⁰³ En efecto, en dos casos de acción disciplinaria decididos con anterioridad a la promulgación de la WPA, *Starrett v. Special Counsel* y *Harvey v. M.S.P.B.*, se requirió que los empleados mostraran prueba de la intención (“state of mind”) del funcionario actuante. En estos casos se sostuvo que no podía establecerse que habían represalias en contra del empleado, aún si estaban basadas en factores que surgían de actividades protegidas de denuncia, en la medida en que los funcionarios de la agencia estuvieran motivados por razones de administración válidas y no por ningún propósito de “castigar” al empleado. Whitaker, *Ob.Cit.*, pp.7.

²⁰⁴ 5 U.S.C. § 2302(b)(9)(A), (B), (C) y (D)

²⁰⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 61

²⁰⁶ En la descripción de los procedimientos en las letras a) a d) siguientes, se sigue a Whitaker, *Ob.Cit.*, pp. 8-14.

- i. Apelaciones ante el MSPB (“Apelaciones del Capítulo 77”): El MSPB tiene atribuciones para oír y decidir sobre apelaciones de empleados relativas a acciones de personal que les sean adversas. Si el empleado logra probar que la acción de personal ha sido tomada como represalia por efectuar una revelación, la decisión y acción de la agencia puede ser revocada. El MSPB puede decretar, a petición del empleado, medidas temporales a su favor, estando pendiente el resultado de la revisión.²⁰⁷
- ii. Acciones iniciadas por la OSC: La OSC tiene el deber de recibir e investigar las alegaciones de prácticas de personal prohibidas, como asimismo conducir la investigación de posibles prácticas de personal prohibidas a iniciativa propia, aún en ausencia de cualquier alegación.²⁰⁸ Para estos efectos la OSC cuenta con las siguientes facultades: (1) requerir a las agencias efectuar investigaciones y emitir informes concernientes a las medidas que vaya a aplicar para rectificar las prácticas prohibidas; (2) solicitar al MSPB la aplicación de una orden de “acción correctiva” para la agencia; (3) solicitar “acción disciplinaria” en contra de funcionarios y empleados que hayan cometido prácticas de personal prohibidas; (4) intervenir en cualquier procedimiento ante el MSPB, excepto en los casos en que un individuo ha ejercido el derecho individual de acción o ha apelado directamente ante el MSPB, en que la OSC primero debe obtener el consentimiento del individuo; y (5) solicitar a la MSPB la suspensión de cualquier acción de personal pendiente la investigación.²⁰⁹
- iii. Derecho individual de acción: Los empleados, ex-empleados o postulantes para empleo tienen el derecho individual de solicitar la revisión de casos de represalias al

²⁰⁷ 5 U.S.C. § 7701, 5 U.S.C. § 1205; 5 U.S.C. § 7701(b)(2)(A)

²⁰⁸ 5 U.S.C. § 1212(a)(2) y 5 U.S.C. § 1214(a)(5)

²⁰⁹ 5 U.S.C. §1213(c); 5 U.S.C. §1214(b)(2); 5 U.S.C. §1215(b); 5 U.S.C. §1212(c); 5 U.S.C. §1212(b)(1).

MSPB dentro de los 60 días de cerrada la investigación por la OSC o dentro de 120 días de haber interpuesto un reclamo ante la OSC. En caso de que el empleado prevalezca en la acción, la WPA provee varias reparaciones posibles. Estas incluyen dejar al individuo, en la forma más cercana posible, en la misma situación de no haber ocurrido la práctica de personal prohibida, indemnizar los pagos atrasados y beneficios relacionados, recompensar los costos médicos incurridos, expensas de viajes, o cualesquiera otros cargos razonables y previsibles, más la indemnización de honorarios y costos legales.²¹⁰

- iv. Procedimientos de agravio negociados: La defensa o alegación de prácticas de personal prohibidas (represalias a causa de la revelación) también puede ser presentada dentro de un procedimiento de agravio iniciado por el empleado conforme se haya acordado mediante negociación colectiva entre la agencia respectiva y el sindicato que represente a los empleados de la agencia.²¹¹ La selección del procedimiento negociado, sin embargo, no perjudica el derecho del empleado de requerir que el MSPB revise la decisión final en el caso.

g. Investigaciones de la OSC sobre prácticas de personal prohibidas

La OSC en primer lugar debe tomar la determinación de si existen fundamentos razonables para creer que existe una práctica de personal prohibida, dentro de 240 días de recibido el reclamo. Pendiente la investigación, a solicitud de la OSC, el MSPB puede ordenar la suspensión de la acción de personal objeto del reclamo por 45 días.²¹²

Si la OSC finalmente determina que existe una práctica de personal prohibida, debe transmitir la información al jefe de la agencia respectiva, requiriéndole iniciar una

²¹⁰ 5 U.S.C. § 1221(a); 5 U.S.C. § 1221(g)(1)(A)(i), (ii); 5 U.S.C. §1221(g)(1)(B)

²¹¹ 5 U.S.C. §7121

²¹² 5 U.S.C. §1214(b)(2)(A)(i); 5 U.S.C. §1214(b)(1)(A)(i), (ii)

investigación y emitir un informe escrito.²¹³ Si, en cambio, determina que no existe práctica de personal prohibida, sólo puede transmitir la información al jefe de agencia con el consentimiento del individuo.²¹⁴

La identidad del empleado reclamante no puede ser revelada sin su consentimiento, a menos su revelación sea necesaria para evitar un peligro inminente a la salud o la seguridad, o una inminente infracción penal.²¹⁵ La OSC debe notificar del estado de la investigación al individuo que presentó la alegación, dentro de 60 días de recibido el reclamo; y con una antelación de al menos 10 días antes del término de una investigación, debe presentarle un informe escrito de estado incluyendo los hallazgos propuestos y las conclusiones legales.²¹⁶

h. Aplicación de acciones correctivas

La OSC debe revisar el informe de la agencia en cuanto a la completud y razonabilidad de los hallazgos. Si de la investigación determina que existen “fundamentos razonables para creer” que una práctica de personal prohibida existe o ha ocurrido, debe informar de los hallazgos, y puede incluir recomendaciones para acción correctiva, ante el MSPB, la agencia involucrada, y la Oficina de Administración de Personal.²¹⁷

Si la agencia no actúa para corregir la práctica de personal prohibida, la OSC puede efectuar una petición a la MSPB para acción correctiva. La MSPB, antes de

²¹³ 5 U.S.C. §1213(c)(1). Si la OSC ha recibido la información de otra fuente (no del empleado, ex-empleado o postulante afectado), la información al jefe de la agencia respectiva es sólo facultativa; éste igualmente deberá informar sobre cualquier acción tomada (5 U.S.C. §1213(g)(1))

²¹⁴ 5 U.S.C. §1213(g)(2)

²¹⁵ 5 U.S.C. §1213(h)

²¹⁶ 5 U.S.C. §1214(a)(1)(C)(ii) y 5 U.S.C. §1214(a)(1)(D)

²¹⁷ 5 U.S.C. §1213(e)(2); 5 U.S.C. §1214(b)(2)(B)

entregar su decisión, está obligada a otorgar oportunidad para formular comentarios orales y escritos a la OSC, a la agencia involucrada y a la Oficina de Administración de Personal, y la oportunidad para formular comentarios escritos a cualquier individuo que alegue ser la víctima de las prácticas de personal prohibidas.²¹⁸

Para efectos de la aplicación de las acciones correctivas, se necesita sólo demostrar por una *preponderancia de evidencia*²¹⁹ que la revelación fue un “factor contributivo” en la acción de personal.²²⁰ Ello significa que se establece un caso *prima facie*²²¹ a favor del reclamante, y la carga de la prueba recae sobre la agencia. Ésta debe probar su defensa afirmativa de que habría tomado la acción de personal aún si el empleado no hubiera incurrido en la conducta protegida. El gobierno está obligado a demostrar mediante *evidencia clara y convincente*²²² que habría tomado la misma acción de personal aún en la ausencia de la revelación.²²³

El estándar de prueba de *evidencia clara y convincente* que debe satisfacer la agencia es más alto que el de la antigua legislación, que exigía sólo una *preponderancia de la evidencia* para desvirtuar la relación causal entre las represalias y la revelación. Se

²¹⁸ 5 U.S.C. §1214(b)(2)(C) y 5 U.S.C. §1214(b)(3)

²¹⁹ La regla de la *preponderancia de la evidencia* es el estándar general –y de menor exigencia– en los Estados Unidos para casos civiles. Se refiere a la prueba que lleve al examinador de los hechos a hallar que la existencia del hecho en cuestión es más probable que improbable. Gifts, Steven, *Law Dictionary*, Barron’s, Nueva York, 1984, pp. 359

²²⁰ 5 U.S.C. §1214(b)(4)(i)

²²¹ En el derecho de los Estados Unidos un caso *prima facie* es un caso suficiente en su apariencia, estando apoyado al menos por el requisito mínimo de evidencia, y estando libre de defectos percibibles. Se puede definir también como el caso (la acción, la pretensión) que usualmente prevalecerá en la ausencia de evidencia contradictoria. Gifts, *Ob.Cit.*, pp. 362.

²²² El estándar de *evidencia clara y convincente* corresponde a uno de carga de la prueba más elevado que el ordinario de “preponderancia de la evidencia” y es excepcional en el derecho civil de los Estados Unidos. La evidencia clara y convincente es aquella que producirá en la mente del examinador de los hechos una creencia firme con respecto a los hechos que se busca dar por establecidos. Gifts, *Ob.Cit.*, pp. 73.

²²³ 5 U.S.C. § 1214(b)(4)(B)

ha sostenido que la introducción de estos estándares de carga de la prueba en la WPA en 1989, constituyen una revolución en cuanto a la protección de denunciantes. Antes de estas modificaciones, la razón principal de la falta de éxito de los denunciantes era precisamente la dificultad en probar la conexión entre revelación y represalia. Estas enmiendas tuvieron el propósito específico de revertir los precedentes jurisprudenciales, que requerían que el denunciante probara que su revelación protegida había sido un factor significativo, motivador, sustancial o predominante sobre la acción de personal. En cambio, de acuerdo al texto actual de la ley, una vez demostrado el “factor contributivo”, el empleado tiene un caso *prima facie* a su favor, el que sólo puede ser revertido por la agencia de gobierno por *evidencia clara y convincente*, el estándar más elevado de prueba en materia civil.²²⁴

Aunque la ley no define “factor contributivo”, en las discusiones en el Congreso en torno a la modificación se sostuvo que es “cualquier factor, que por sí solo o en conexión con otros factores, tienda a afectar de cualquier forma el resultado” y que “un factor contributivo no necesita ser sustancial. La carga del denunciante es probar que la denuncia contribuyó de alguna manera a la decisión de la agencia para tomar la acción de personal.”²²⁵

Una vez que el MSPB entrega una orden final o una decisión de acción correctiva, los reclamantes tienen el derecho a revisión judicial ante la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal.²²⁶

²²⁴ Devine, Tom, *Whistleblowing in the United States: The Gap Between Vision and Lessons Learned*. En Calland, Richard y Dehn, Guy, *Whistleblowing Around the World: Law, Culture and Practice*, Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres; The British Council, 2004, pp. 78-79.

²²⁵ *Íbid.*

²²⁶ 5 U.S.C. § 1214(c)

i. Aplicación de acciones disciplinarias

El procedimiento para acción disciplinaria en contra de un funcionario o empleado que comete una práctica de personal prohibida puede ser iniciado por la OSC interponiendo un reclamo escrito ante el MSPB. Tras el procedimiento, si se hallaren violaciones, el MSPB puede imponer cualquiera de varias acciones disciplinarias, incluyendo la remoción, la reducción de grado, la inhabilitación para el empleo federal por un período no mayor a cinco años, la suspensión, reprimendas, o multas civiles de hasta USD 1.000. Adicionalmente, la agencia involucrada puede ser condenada al pago de honorarios y costos legales.²²⁷

j. Otros aspectos²²⁸

- La OSC no está obligada a considerar revelaciones anónimas; éstas generalmente son remitidas a la Oficina del Inspector General del departamento respectivo.
- Aparte de contemplar la aplicación de medidas correctivas y/o disciplinarias por prácticas de personal prohibidas, la WPA no regula (no permite ni prohíbe) la posibilidad de que el denunciante inicie acciones civiles ante tribunales para obtener reparación.
- La WPA no contiene disposiciones concernientes a las revelaciones falsas o maliciosas.

k. Críticas a la Whistleblower Protection Act y a su interpretación y aplicación

Aunque es considerada como una legislación fuerte de protección a denunciantes, constituyendo, por ejemplo, la fuente principal sobre la que se elaboró la Ley Modelo de protección a denunciantes de la OEA, la WPA ha sido percibida por actores de la sociedad civil, como un fracaso, por una parte, debido a vacíos o resquicios

²²⁷ 5 U.S.C. § 1215(a)(1); 5 U.S.C. § 1215(a)(3); 5 U.S.C. § 1204(m)(1)

²²⁸ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob. Cit.*, pp. 58-66

estructurales, y por otra, por errores en la aplicación de los derechos establecidos en la WPA. Entre las críticas estructurales del sistema se han expuesto las siguientes:²²⁹

- Se excluye de la protección a empleados del FBI y de agencias de inteligencia.
- Se ha criticado que la WPA no contempla que los empleados puedan acceder directamente a los tribunales judiciales; previamente deben acudir ante un foro administrativo, el MSPB. Se ha argumentado que los jueces que componen este tribunal administrativo, no cuentan con la debida independencia de las presiones políticas.
- El MSPB no cuenta con la estructura ni los fondos para conflictos de alta importancia que pueden requerir procedimientos extensos, sólo puede manejar disputas estrechas y de baja escala.
- En la práctica muy pocos denunciantes han tenido éxito; en sus primeros 2.000 casos el MSPB falló a favor del denunciante sólo en cuatro de ellos. El registro fue de 2-53 en contra de los denunciantes entre junio de 1999 y febrero de 2007 y de 0-33 entre mayo de 2003 y febrero de 2007.
- Las decisiones del MSPB pueden tardar muchos años (11 años en *White v. Department of Air Force* y 8 años en *Keefer v. Department of Agriculture*, por ejemplo).²³⁰
- La ley no otorga protección si la represalia consiste en la denegación o despojo de la autorización de seguridad (security clearance) de un empleado; estas autorizaciones son un prerequisite fundamental para el empleo para millones de empleados o contratistas de gobierno. La pérdida de la autorización no sólo significa terminación

²²⁹ Devine, Thomas y Miles, Adam, *Testimony of Thomas Devine and Adam Miles, Government Accountability Project, before the House Oversight and Government Reform Committee On the Whistleblower Protection Enhancement Act, 2007*, pp. 13-16

²³⁰ Devine, *Ob.Cit.*, pp. 86

indirecta sino que también coloca al empleado en “lista negra”, ya que significa que no puede confiarse en su lealtad hacia la nación.²³¹

- Sobre el denunciante pesa la carga de que debe iniciar los reclamos a iniciativa propia para poder obtener protección.²³²

Otra causa del fracaso percibido de la WPA proviene del establecimiento de precedentes de la Corte de Apelaciones del Circuito Federal, que tiene el monopolio de la competencia en las revisiones de los casos.²³³ La Corte ha fallado a favor del denunciante en sólo 2 de 179 casos entre 1994 y 2007. Investigadores y activistas de organizaciones de la sociedad civil han acusado activismo judicial por parte de la Corte, en contra del fortalecimiento de la WPA por parte del Congreso, a través de la creación de nuevos e “imposibles” requisitos que los denunciantes deben superar para obtener protección.²³⁴

En la WPA de 1989 se introdujo el criterio expreso de que “cualquier revelación” es protegida, con el objeto de revertir precedentes judiciales que imponían elementos adicionales a las revelaciones; el Congreso específicamente criticó la decisión de la Corte en *Fiorello v. Department of Justice* (1986) en la que se decidió que las revelaciones de un empleado no estaban protegidas porque la motivación principal del éste no era el bien público, sino más bien razones personales. La Corte alcanzó esta conclusión a pesar de la falta de cualquier indicación en las normas entonces vigentes, de que los motivos del empleado fueran relevantes para decidir si una revelación era o no protegida.²³⁵ Sin embargo, pese a la modificación de la ley, la Corte ha continuado

²³¹ *Íbid.*, pp. 88.

²³² Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 10-11

²³³ No existe posibilidad de impugnar la decisión de la Corte. Al no poder existir discrepancia entre distintas cortes de apelaciones, la Corte Suprema no puede atender casos de la WPA. Devine, *Ob.Cit.*, pp. 88.

²³⁴ Devine y Miles, *Ob.Cit.*, pp. 16-17

²³⁵ Whitaker, *Ob.Cit.*, pp. 3-4

aplicando criterios que contradicen el sentido de la legislación actual de proteger “cualquier revelación”.²³⁶

- La Corte estableció que no se incluyen las revelaciones ante co-trabajadores, los posibles autores de la mala conducta o supervisores sin autoridad para tomar acción correctiva, en *Horton v. Navy* (1995).
- También decidió que la ley no protege la revelación si ella se efectúa dentro del desempeño de los deberes de un empleado, en *Willis v. USDA* (1998).
- Se rechazó la protección en razón que el empleado denunciante tenía la autoridad de corregir la supuesta mala conducta, en *Gores v. DVA* (1997). Esto implica en cierta forma que el denunciante debe no tener forma alguna de solucionar el problema.
- A través de varias decisiones la Corte ha creado el precedente de que sólo la primera persona que efectúe la revelación, aquella que “descubra” la mala conducta, tiene derecho a la protección. En *Meeuwissen v. Interior* (2000) estableció que las personas que revelaran información ya conocida no están protegidas. En *Ferdik v. Department of Justice* (2005), la Corte sostuvo que la revelación no estaba protegida, pues la mala conducta era de conocimiento público. En una extraña aplicación de esta doctrina, en *Allgood v. MSPB* (2001), la Corte volvió a negar la protección, sosteniendo que los supuestos involucrados en la mala conducta ya estaban conscientes de su propia conducta. Esta última interpretación es especialmente problemática pues significaría que las revelaciones sólo podrían ser protegidas si los autores de las conductas denunciadas no están conscientes de sus propias acciones.
- La Corte ha exceptuado de la protección a revelaciones de información sobre ilegalidad que ha estimado como demasiado trivial o involuntaria, en *Schoenrogge v. Department of Justice* (2005), en *Buckley v. Social Security Admin.* (2005), en

²³⁶ Devine y Miles, *Ob.Cit.*, pp. 17-22

Gernert v. Army (2002), en *Langer v. Treasury* (2001), y en *Herman v. DOJ* (1999); o por ser la revelación demasiado vaga o generalizada, en *Chianelli v. EPA* (2001); o por la demora en efectuar la revelación en *Watson v. DOJ* (1995).

Otra interpretación problemática de la Corte dice relación con el estándar legal de que basta la “creencia razonable” del empleado de que la revelación de información evidencia alguna mala conducta. En *LaChance v. White* (1999), la Corte falló en contra del empleado denunciante sosteniendo que no satisfacía el requisito de “creencia razonable”, pues el empleado primero debía subvertir la presunción de regularidad de gobierno, esto es, que los funcionarios públicos desempeñan sus deberes correctamente, con justicia y de acuerdo con la ley y las regulaciones vigentes. La Corte añadió que esta presunción se mantiene a menos que haya “prueba irrefragable en contrario”, estándar incluso más estricto que el aplicable en materia penal, y que hace sumamente difícil establecer la simple relación causal entre revelación y represalias requerida en la ley. Luego de más de cuatro años de procedimientos posteriores, la Corte mantuvo su decisión en el caso en 2004, aunque reemplazando el estándar de “prueba irrefragable” con un equivalente: “la conclusión de que la agencia erró y ello no sea debatible entre personas razonables”. La Corte en todo caso limitó la el alcance de la decisión a los casos en que el denunciante revela grave mala administración.²³⁷

4.1.1.2 Sarbanes-Oxley Act

a. Objetivo y enfoque

La *Sarbanes-Oxley Act*, en vigencia desde el 30 de julio de 2002, constituye una reforma comprehensiva de las prácticas corporativas y comerciales de las empresas de transacción bursátil en Estados Unidos. Esta reforma nació como resultado directo de escándalos corporativos que impactaron a la comunidad de inversionistas y al público general; específicamente, al investigarse las conductas de fraude que llevaron al colapso financiero de dos grandes empresas multinacionales, Enron y WorldCom, se halló que

²³⁷ Devine y Miles, *Ob.Cit.*, pp. 22-25

empleados habían identificado con anterioridad las prácticas fraudulentas al interior de estas empresas, pero no tenían protección para revelar esta información y, por el contrario, se halló una cultura corporativa de silencio.²³⁸

El Congreso tuvo la intención de restaurar la confianza en los mercados financieros, asegurando la mejor detección, prevención y persecución del fraude corporativo. El Congreso reconoció una seria deficiencia en la desprotección de los denunciantes corporativos, en comparación con la situación de los empleados de gobierno. En consecuencia, la *Sarbanes-Oxley* construye un marco de protección a denunciantes sistemático, a través de las siguientes disposiciones clave:²³⁹

- Prohibición de discriminación laboral en contra de empleados que informen alegaciones de fraude financiero o infracciones a las normas y regulaciones de la *Securities Exchange Commission* (en adelante, SEC). Estas víctimas de discriminación laboral tienen derecho a una compensación total e indemnización de perjuicios.
- Penas criminales para la discriminación en contra de denunciantes, las que pueden llegar hasta 10 años de prisión.
- Obligación de las empresas de establecer programas internos para recibir reclamos de empleados denunciantes relativos a asuntos de contabilidad y auditoría.
- Obligación de denuncia de cualquier abogado que aparezca o practique ante la SEC.

b. Ámbito de cobertura

²³⁸ Kohn, Stephen M.; Kohn, Michael D., y Colapinto, David K., *Whistleblower Law: A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*. Praeger, Westport, Connecticut, 2004, Introducción, pp. xi-xv

²³⁹ *Íbid.*

La *Sarbanes-Oxley Act* se aplica, en términos generales, a las empresas de transacción bursátil de Estados Unidos.²⁴⁰

Esta ley prohíbe a estas empresas, así como a cualquiera de sus funcionarios, empleados, contratistas, subcontratistas o agentes –todos los cuales se entienden comprendidos en la categoría genérica de “empleador”- el tomar represalias en contra de un empleado, a causa de que éste efectúe la revelación de información u otra actividad protegida conforme a la ley.²⁴¹

La ley no define el término “empleado”, pero señala que cualquier persona que alegue ser víctima de las represalias prohibidas por la *Sarbanes-Oxley Act* por parte de cualquier otra persona, tiene derecho a ejercer la acción correspondiente para obtener reparación.²⁴²

c. Entidades responsables

Con respecto a la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los denunciantes de las represalias, la autoridad competente es el Departamento del Trabajo, el que ha delegado a la *Office of Safety and Health Administration* (OSHA) la facultad primaria de investigar sobre los reclamos por represalias. De los hallazgos de la OSHA se puede solicitar revisión, primero ante un Juez Administrativo, y luego ante un Panel de Revisión Administrativo. Las decisiones finales en este procedimiento del Departamento del Trabajo están sujetas a apelación ante las Cortes Federales de Distrito.

La *Sarbanes-Oxley Act* otorga al reclamante el derecho de retirar su reclamo del Departamento del Trabajo, una vez agotadas las vías administrativas sin que se haya

²⁴⁰ Las empresas con un tipo de valores registrados conforme a la sección 12 de la Securities Exchange Act de 1934 (15 U.S.C. 781) o que esté obligada a emitir informes conforme a la sección 15(d) de la Securities Exchange Act de 1934 (18 U.S.C. §1514A(a)).

²⁴¹ 18 U.S.C. §1514(a).

²⁴² 18 U.S.C. §1514(b)(1).

emitido una orden final dentro de los 180 días de presentado el reclamo, e interponerlo de nuevo como acción judicial, ante la Corte de Apelaciones del Distrito en que se cometió la infracción alegada.²⁴³

d. Conductas denunciables

La *Sarbanes-Oxley Act* protege las revelaciones sobre “cualquier conducta de la que el empleado crea razonablemente que constituye una violación de la sección 1341, 1343, 1344 o 1348, de cualquier norma o regulación de la Securities and Exchange Commission, o de cualquier disposición de ley Federal relativa al fraude en contra de accionistas (...).”²⁴⁴ Conforme a esta disposición, la variedad de revelaciones protegidas es amplísima: incluyen las alegaciones de empleados relativas a infracciones de cualquier violación o incumplimiento por parte de un empleador con los requerimientos establecidos en las normas y regulaciones de la SEC, y las alegaciones sobre infracciones a cualquier ley civil o penal relativa al fraude en contra de accionistas.²⁴⁵

e. Actividades protegidas

Conforme a la *Sarbanes-Oxley Act*, quedan prohibidas las represalias por cualquier actuación lícita del empleado para proveer información, causar que la información sea proveída, o asistir de alguna otra forma en una investigación relativa a cualquier conducta de la que el empleado crea razonablemente que constituye alguna de las infracciones señaladas en la misma ley. La información o asistencia debe ser entregada a algún órgano federal regulatorio o de aplicación de la ley; a cualquier miembro o comisión del Congreso; o a alguna persona con autoridad de supervisión sobre el

²⁴³ 18 U.S.C. 1514A(b)(1)(B)

²⁴⁴ 18 U.S.C. 1514A(a)

²⁴⁵ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 76-78

empleado, u otra persona que trabaje para el empleador que tenga la autoridad de investigar, descubrir y terminar la mala conducta.²⁴⁶

También, conforme a la denominada “cláusula de participación” de la *Sarbanes-Oxley*, se considera actividad protegida el interponer una acción, causar la interposición de una acción, testificar, participar o asistir de otra forma en un procedimiento iniciado o pronto a ser iniciado, relativo a una supuesta infracción de las señaladas en la Ley.²⁴⁷

f. Elementos de la revelación

Conforme a la ley y a la jurisprudencia, el empleado no tiene obligación de demostrar la validez, veracidad o exactitud de las alegaciones de la revelación inicial; ésta sólo debe fundarse en una “creencia razonable”, basada a su vez en “infracciones razonablemente percibidas” de la ley aplicable o de las regulaciones. El estándar de si la creencia es o no razonable es *objetivo*, esto es, se evalúa si es objetivamente razonable que una persona haya tenido la inquietud con respecto a la conducta; no mira a la creencia subjetiva del empleado. La exactitud o falsedad de las alegaciones es insustancial; la creencia razonable no se altera si posteriormente se prueba que el empleado estaba enteramente equivocado. Las creencia razonable permanece aún si la inquietud ya fue corregida, o si previamente ya había conocimiento del problema. Por otra parte, la motivación del empleado se estima irrelevante; se ha fallado que no es el motivo subyacente para informar infracciones lo que debe ser establecido o considerado, y que en cambio es la motivación del demandado la que debe ser puesta bajo escrutinio, no la del empleado. Asimismo, quedan protegidos los empleados que han interpuesto reclamos mal informados a causa de ser inducidos a error o por contar con información insuficiente.²⁴⁸

²⁴⁶ 18 U.S.C. 1514A(a)(1)

²⁴⁷ 18 U.S.C. 1514A(a)(2)

²⁴⁸ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 92-95

g. Protecciones al denunciante

A. Prohibición de represalias (“acción adversa”)

La Sarbanes-Oxley Act prohíbe a los empleadores “(...) *despedir, degradar, suspender, amenazar, hostigar, o discriminar de cualquier otra forma en contra del empleado en los términos y condiciones de empleo (...)*” a causa de efectuar la revelación u otra actividad protegida.²⁴⁹ De acuerdo a esta definición, se consideran como represalias (“acción adversa”) una amplísima variedad de medidas o conductas tomadas por un empleador en contra del empleado, que afecten de alguna forma a su trabajo. La jurisprudencia ha sostenido que se comprenden dentro de este tipo de discriminación ilegal, la eliminación de la posición; transferencias y degradaciones; el “despido presumido” (o hacer las condiciones de trabajo tan difíciles que fuerzan a la renuncia); colocar en “lista negra”; reasignación a una posición menos deseable; comentarios negativos en la evaluación que tengan impacto en las oportunidades de empleo; órdenes de someterse a evaluación psicológica; entre muchas otras. También se considera acción adversa la actividad del empleador tendiente a disuadir a los empleados de efectuar revelaciones protegidas. Sin embargo, no todas las conductas del empleador que generen el descontento del empleado constituyen acción adversa; por ejemplo, las que no tienen impacto alguno en el estatus de empleo o que son de naturaleza temporal; en los casos en que no hay evidencia de daño concreto, los tribunales deben determinar caso a caso si la acción de empleo alcanza el nivel de “adversa.”²⁵⁰

B. Reparación de daños

Conforme a la *Sarbanes-Oxley Act*, el empleado que prevalezca en la acción por represalias tendrá derecho a la reparación total necesaria para dejar al empleado indemne. En cuanto a los daños compensatorios, la reparación incluirá (A) el

²⁴⁹ 18 U.S.C. § 1514A(a)

²⁵⁰ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 97-100

restablecimiento en el empleo con el mismo estatus de jerarquía que el empleado tendría sin la discriminación; (B) el monto de los pagos atrasados, con intereses, y (C) la compensación de cualesquiera daños especiales sufridos como resultado de la discriminación, incluyendo costos de litigación, honorarios de peritos, y honorarios razonables de abogados.²⁵¹

El centro de las indemnizaciones de la *Sarbanes-Oxley* es la indemnización total, dejando al empleado indemne. Dependiendo del nivel de posición mantenido por un empleado, y del tipo de acción adversa en el caso particular, el monto de los perjuicios indemnizados puede variar desde reparación no monetaria (tal como la revocación de una transferencia o de una reasignación) hasta una indemnización multimillonaria.²⁵²

h. Procedimientos de reclamo por represalias

En cuanto a los reclamos por represalias, para la aplicación de protecciones al denunciante, la *Sarbanes-Oxley Act* entrega competencia a autoridades administrativas y judiciales.

A. Vía administrativa (ante el Departamento del Trabajo)²⁵³

Los reclamos de empleados que sufran represalias por dar la alerta sobre infracciones a regulaciones de la SEC o de fraude a accionistas, deben interponerse ante el *Department of Labor* (Departamento del Trabajo, en adelante, DOL);²⁵⁴ éste ha delegado a la *Occupational Safety and Health Administration* (Administración de Seguridad y Salud Ocupacional, OSHA), la responsabilidad de recibir los reclamos e

²⁵¹ 18 U.S.C. 1514A(c)(1), (2)

²⁵² Kohn et al., pp. 101-109

²⁵³ Para estos procedimientos, la sección 806 de la *Sarbanes-Oxley Act* (18 U.S.C. 1514A(b)(2)(A) y (C)), inicialmente hizo aplicables por remisión las disposiciones de la *Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century*, contenidas en 49 U.S.C. 42121(b).

²⁵⁴ 18 U.S.C. § 1514A(b)(A)

investigarlos. La OSHA emitió las reglas y procedimientos definitivos para el tratamiento específico de reclamos de la *Sarbanes-Oxley Act* en diciembre de 2004.²⁵⁵

Estas reglas y procedimientos detallan el tratamiento del reclamo en su interposición, la vista del caso y la apelación. En la ley se establece una investigación, una orden preliminar de restablecimiento si existe causa razonable con respecto al mérito del reclamo, y una audiencia si lo solicita cualquiera de las partes. Los procedimientos establecen que el reclamo será desechado si no puede establecerse un caso *prima facie* que demuestre que la conducta o actividad protegida fue un factor contributivo en la acción de personal desfavorable alegada en el reclamo. Los procedimientos iniciales sólo requieren que el reclamante presente una presunción o inferencia de que la conducta protegida fue un factor contributivo en la decisión del empleador. En tal caso, procederá una investigación sobre el reclamo a menos que el empleador pueda demostrar por evidencia clara y convincente de que tenía una razón legítima, no discriminatoria para la decisión. El empleador tiene 20 días desde la recepción del reclamo para presentar evidencia que apoye su posición ante la OSHA. Si el investigador de la OSHA tiene causa razonable para creer que el empleador ha infringido la Ley, se emite una orden preliminar de reparación para el reclamante, la que es notificada al empleador; éste tiene un plazo de 10 días hábiles para presentar evidencia escrita, reunirse con el investigador y proveer argumentos legales y de hecho en contra de la orden preliminar de reparación. Dentro de 60 días de interpuesto el reclamo, el investigador debe tomar la determinación en representación del *Assistant Secretary* del Departamento del Trabajo de si se otorga la orden preliminar de reparación, o de que el reclamo carece de mérito. Si se determina que existe infracción por parte del empleador denunciado, y que debe otorgarse la reparación preliminar, se puede ordenar también el restablecimiento en el empleo del reclamante. Cualquiera de

²⁵⁵ *Procedures for the Handling of Discrimination Complaints Under Section 806 of the Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002, Title VIII of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 29 C.F.R. §1980.100 (2004).

las partes puede interponer objeciones a la determinación preliminar dentro de 30 días de recibidos los hallazgos del investigador y solicitar la vista del caso ante un Juez Administrativo.²⁵⁶

El Juez Administrativo conduce una vista del caso *de novo* (revisa las alegaciones y hechos como por primera vez, sin consideración a los hallazgos preliminares).²⁵⁷ En la vista del caso de la apelación ante el Juez Administrativo sobre las objeciones a la determinación preliminar del *Assistant Secretary*, el empleado reclamante debe demostrar, en definitiva, que: (1) se ha involucrado en actividad protegida conforme a la *Sarbanes-Oxley Act*; (2) que el empleador estaba en conocimiento de la actividad protegida; (3) que sufrió una acción de empleo adversa, y (4) que la actividad protegida probablemente fue un factor contributivo en la decisión del empleador de tomar la acción adversa. Ya que pocas veces existe evidencia directa de discriminación en contra de un denunciante, los empleados pueden probar el nexo entre actividad protegida y acción adversa por inferencia (evidencia circunstancial).²⁵⁸

Luego de la vista, el Juez Administrativo emite una decisión recomendada del caso, que debe contener la determinación de si el empleador ha cometido una infracción, y los correspondientes hallazgos, conclusiones y órdenes relativas a las reparaciones. Esta decisión está sujeta a revisión por el *Administrative Review Board* (Panel de Revisión Administrativo, ARB), si se interpone apelación por cualquiera de las partes.²⁵⁹

²⁵⁶ Watnick, Valerie, *Whistleblower Protections Under the Sarbanes-Oxley Act: A Primer and a Critique*. Fordham Journal of Corporate and Financial Law, Vol. XII, 2007, pp. 837-839

²⁵⁷ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 21-22

²⁵⁸ Watnick, *Ob.Cit.*, pp. 839-840

²⁵⁹ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 33-34, 41; si no se solicita la revisión ante el ARB, la decisión del Juez Administrativo constituirá la decisión final del Departamento del Trabajo.

Si el ARB decide aceptar la revisión, ésta se conduce *de novo* en cuanto al derecho, pero en cuanto a los hallazgos de hecho se encuentra limitado por aquellos que hayan sido sustentados mediante evidencia sustancial ante el Juez Administrativo.²⁶⁰

El ARB emite una orden final, de la cual las partes pueden apelar ante la Corte de Apelaciones de Distrito del lugar en que se cometió la infracción que se alega. La apelación se rige por las reglas de Procedimiento Administrativo.²⁶¹ La Corte se limita a la revisión del registro sobre el cual se basó la decisión del ARB (la decisión final del DOL), y tiene competencia para decidir sobre todas las cuestiones de derecho relevantes, la interpretación de disposiciones legales y constitucionales y el significado o aplicabilidad de las acciones de la agencia objeto del reclamo. Con respecto a los hechos, la revisión de la Corte se halla limitada por aquellos hallazgos de hecho que previamente hayan sido sustentados por evidencia sustancial. En cada una de las etapas de revisión, se suspenden los efectos de la orden inicial apelada, excepto en cuanto al restablecimiento en el empleo. Las solicitudes de cumplimiento de las órdenes de restablecimiento en el empleo o de las decisiones finales del DOL con respecto a un caso, pueden ser solicitadas ante la Corte de Distrito Federal; en la etapa de cumplimiento, la Corte no tiene facultades para reevaluar los méritos del caso, sino que solamente ejerce sus atribuciones para hacer cumplir las órdenes de reparación o restablecimiento.²⁶²

B. Vía judicial

Si bien todos los reclamos con respecto a represalias deben ser interpuestos inicialmente ante el Departamento del Trabajo, la *Sarbanes-Oxley Act* otorga a los empleados el derecho de retirar el caso del DOL y volverlo a interponer, *de novo*, ante

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 42-45

²⁶¹ 5 U.S.C. §§701-706

²⁶² Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 46-51

una Corte de Distrito Federal.²⁶³ Esta elección sólo corresponde al empleado, no al empleador. Para poder ejercer la acción ante la Corte, el empleado debe previamente haber agotado las vías administrativas; se entiende que ello ocurre si el DOL no emite una decisión final del caso dentro de los 180 días siguientes a la presentación del reclamo. En cuanto al fondo del asunto, la Corte se rige por las mismas reglas que el DOL; sin embargo, en cuanto al procedimiento, en lugar de aplicar las normas de procedimiento administrativo, se rige por las Leyes Federales de Procedimiento Civil y por las Leyes Federales de Evidencia. La Corte actúa conforme a su jurisdicción, y tiene autoridad para otorgar cualquier medida normalmente aplicable por una Corte Federal.²⁶⁴

i. Prueba de las represalias (test del factor contributivo)²⁶⁵

La *Sarbanes-Oxley Act* adoptó el mismo criterio de carga de la prueba creado con la *Whistleblower Protection Act* de 1989, conocido comúnmente como el “test del factor contributivo” y que tiende a facilitar la prueba para quien es víctima de las represalias y, por el contrario, eleva la vara para refutar tales alegaciones. El empleado debe demostrar, por *preponderancia de la evidencia*, que la revelación o actividad protegida fue un factor contributivo en la acción adversa tomada por el empleador en su contra, lo que necesariamente implica demostrar también que el empleador tenía conocimiento de la actividad protegida. Así se establece un caso *prima facie* a favor del empleado. Luego, la carga de la prueba se traslada al empleador, el que debe probar por *evidencia clara y convincente* que habría adoptado la misma acción adversa en ausencia de la revelación o actividad protegida.

²⁶³ 18 U.S.C. § 1514A(b)(1)(B)

²⁶⁴ Kohn et al., pp. 53-58

²⁶⁵ En esta sección se sigue a Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 59-67

Preponderancia de la evidencia es el mayor peso de la evidencia, peso probatorio superior que, aunque no suficiente para liberar a la mente de cualquier duda razonable, aún es suficiente para inducir a una mente justa e imparcial a inclinarse por un lado del asunto más que al otro. *Evidencia clara y convincente* es la prueba que indica que el objeto a ser probado es altamente probable o razonablemente cierto. La jurisprudencia ha explicado este estándar como evidencia que produce en la mente del examinador de los hechos la convicción perdurable de que la verdad de la controversia es altamente probable. Se han articulado tres factores que deben evaluarse para determinar la evidencia clara y convincente del empleador:

1. La fuerza de la evidencia del empleador en sustento de su acción de personal
2. La existencia y fuerza de cualquier motivo de represalias de parte de los funcionarios involucrados en la decisión
3. Cualquier evidencia de que el empleador toma acciones similares en contra de empleados que no son denunciantes pero que de alguna otra forma están en situación similar

El “factor contributivo” se ha definido como cualquier factor que, por sí solo o en conexión con otros factores, tienda a afectar de cualquier forma el resultado de la decisión. Por lo tanto, no se requiere para su determinación que el ánimo de represalia sea la razón primaria para la acción adversa; basta que sea sólo una parte en la motivación total. El empleado no necesita probar la existencia de un motivo de represalia de parte del empleador.

El factor contributivo puede probarse por evidencia directa o circunstancial. La evidencia directa comúnmente se define como evidencia que, de ser creída, prueba la existencia de un hecho en disputa sin inferencia o presunción. En un caso de discriminación laboral, obtener tal evidencia podría extremadamente difícil (por ejemplo, la admisión del propio empleador de la discriminación o documentos irrefutables al respecto). En consecuencia, en la mayoría de los casos, el factor

contributivo se probará mediante evidencia circunstancial. Este proceso requiere la evaluación cuidadosa de toda la evidencia pertinente sobre la intención del empleador y de sus agentes relativa a la actividad protegida y a la acción adversa tomada. Algunos de los factores que han sido utilizados exitosamente para establecer evidencia circunstancial del motivo de represalia en casos de denuncias son:

1. Desempeño laboral: evaluaciones de desempeño laboral alto previo a la realización de la actividad protegida, y evaluaciones bajas posteriores a ella; ausencia de reclamos previos en contra del empleado.
2. Tiempo: el momento de una acción adversa, por ejemplo, una acción disciplinaria o el despido a corto tiempo de que el empleado realizó la actividad protegida.
3. Tratamiento desigual en relación con los no denunciantes; el empleado que realiza la actividad protegida fue tratado en forma diferente, o disciplinado con más dureza, que un empleado que tuvo una conducta similar y no realizó una actividad protegida.
4. Desviación de los procedimientos de rutina en la forma en que el empleado fue informado de la acción adversa; o la investigación o revisión inadecuada de la decisión disciplinaria; ausencia de advertencia previa a la terminación o a la transferencia; aumento de sueldo a corto tiempo del despido.
5. Actitud de los supervisores hacia los denunciantes; alegaciones de “deslealtad” u otras observaciones derogatorias concernientes a la actividad protegida; baja apreciación hacia el personal de fiscalización corporativo.
6. Prueba de que la razón dada por un empleador por tomar acción adversa era falsa o un pretexto; el fracaso de la empresa en probar sus propias alegaciones; contradicciones o explicaciones cambiantes en la justificación del empleador para la acción adversa.
7. Antagonismo hacia la actividad protegida: alusión hacia un empleado que efectuó actividad protegida como “buscapleitos” o alguna otra actitud desfavorable similar; antagonismo hacia un esquema regulatorio.

8. Evidencia de que las inquietudes del denunciante eran correctas y la magnitud potencial del problema identificado por el empleado.
9. Dishonestidad del empleador relativa a un hecho material

j. Programas internos de denuncia

La sección 301 de la SOX requiere que toda empresa de transacción pública cuente con un comité de auditoría independiente, y que cada uno de estos comités establezca procedimientos para que los empleados puedan efectuar denuncias relativas a prácticas cuestionables de contabilidad o auditoría. El no cumplimiento de estos requisitos eventualmente puede llevar a la eliminación de la empresa del registro de transacción pública de acciones. Los procedimientos de los comités de auditoría deben contener, como mínimo, los siguientes tres elementos para cumplir con la sección 301:

- Asegurar que los empleados puedan efectuar denuncias confidenciales y anónimas;
- Los reclamos de los empleados deben ser manejados en forma independiente de la administración de la empresa;
- Los reclamos de los empleados sobre contabilidad de la empresa, controles de auditoría internos o materias de auditoría deben ser investigados en forma profesional y efectiva.

A diferencia de programas de denuncias de empleados antes existentes, la sección 301 de la Sarbanes-Oxley requiere que los comités de auditoría tengan un papel central en cambiar o reformar la cultura corporativa con respecto a la ética en los negocios, en general, y con respecto a la visión corporativa de las denuncias sobre las materias de la sección 301 en particular.²⁶⁶

²⁶⁶ Kohn et al., pp. 143-156. A modo ilustrativo, los autores sugieren 10 medidas (pp. 151-156) para que los comités de auditoría den cumplimiento efectivo a los requerimientos de la Sarbanes-Oxley sobre establecimiento de programas internos de denuncias:

Se ha argumentado que este incremento de la regulación en materia de auditoría pudiera ser de difícil implementación para las empresas, por los costos de cumplimiento que conlleva. Muchas empresas, en especial las de menor tamaño, podrían hallar dificultades o no contar con los medios para cumplir con los requerimientos de revelación de la *Sarbanes-Oxley*. Los costos de cumplimiento pueden incluir muchos factores, tales como aumentos de los costos de auditoría, de honorarios por asistencia legal, horas adicionales de trabajo y aumentos de salario del personal, y costos de actualización de tecnología.²⁶⁷

k. Obligación de denuncia de los abogados

Conforme a la *Sarbanes-Oxley Act*, los abogados que representen a empresas de transacción pública en procedimientos ante la SEC, están obligados a efectuar denuncias sobre mala conducta. La *Sarbanes-Oxley* es la primera ley de *whistleblowing* que obliga a los abogados a efectuar denuncias sobre sus propios clientes. La sección 307 (“Reglas de Responsabilidad Profesional para Abogados”) requiere que cualquier abogado, que aparezca o participe de cualquier forma en interés de una empresa de transacción pública, denuncie la evidencia de violación material a la ley de valores o la infracción de un deber fiduciario. El deber de denuncia del abogado lo obliga a denunciar la mala

-
1. Establecer un código de ética para toda la empresa así como políticas y procedimientos que incentiven las denuncias y prohíban las represalias
 2. Proveer la posibilidad de denuncias confidenciales y anónimas
 3. Mantener la independencia de los investigadores y de los comités de auditoría
 4. Investigar y llevar registro de cada reclamo
 5. Seguimiento del reclamo con el empleado denunciante
 6. Publicitar los procedimientos y políticas y recordar regularmente a los empleados y a la administración de seguir los procedimientos
 7. Incorporar los procedimientos en los programas formales obligatorios de capacitación
 8. Monitorear y exigir el cumplimiento de los procedimientos
 9. Evitar las represalias en contra de empleados que efectuen reclamos o que trabajen como auditores
 10. Crear una vinculación efectiva entre el comité de auditoría y la administración de la empresa

²⁶⁷ McCauley Parles, Lisa; O’Sullivan, Susan A.; Shannon, John H., *Sarbanes-Oxley: An Overview of Current Issues and Concerns*. En *Review of Business*, Vol. 27, Nº 3, St. John’s University, College of Business Administration, 2007, pp. 38-41

conducta, sea ante el asesor legal jefe de la empresa o ante el CEO. Si éstos no toman acción reparatoria apropiada, el abogado debe entonces revelar su inquietud al comité de auditoría de la empresa, o ante un órgano equivalente. Por otra parte, los abogados denunciadores quedan protegidos conforme a las disposiciones generales que protegen a los denunciadores, las que no sólo protegen a los empleados directos de una empresa de transacción pública, sino que también a los contratistas o agentes de la empresa. Así, un abogado que trabaje sea como asesor interno o externo para una empresa de transacción pública debería calificar como empleado protegido bajo la ley de denuncias. Asimismo, cualquier acción de empleo adversa tomada por una firma de abogados o por los asesores internos en contra de uno de sus propios abogados, a causa de que ese abogado denunció una violación a la ley de valores, queda prohibida conforme a la *Sarbanes-Oxley*. La no observancia de las reglas de revelación obligatoria por parte de un abogado constituye una infracción a las reglas de conducta profesional de la SEC, lo que podría originarle consecuencias sumamente adversas. El abogado puede quedar sujeto a cualquiera de las penas civiles y reparaciones aplicables por la SEC, incluyendo censura o denegación temporal o permanente del privilegio de aparecer o practicar ante la SEC. Los abogados también quedarían sujetos a medidas disciplinarias por parte de comités de ética estatales de abogados.²⁶⁸

La obligación de denuncia impuesta a los abogados corporativos ha sido criticada, ya que podría llevar a conflictos con códigos de conducta profesional estatales y responsabilidad adicional por malas prácticas, y también podría afectar la integridad de la confidencialidad de la relación entre al abogado y el cliente. Se ha notado que la *Sarbanes-Oxley* crea un conflicto inherente entre el deber de confidencialidad y el

²⁶⁸ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 133-137

interés personal del abogado de evitar acciones disciplinarias, las acusaciones y el despido.²⁶⁹

I. Sanciones penales a las represalias

La Sarbanes-Oxley criminalizó la discriminación en contra de denunciantes de la siguiente forma: “cualquier persona que, a sabiendas, con la intención de represalia, emprenda cualquier acción dañosa en contra de cualquier persona, incluyendo la interferencia con el empleo o sustento lícito de cualquier persona, por proveer a un funcionario de aplicación de la ley cualquier información verídica relativa a la comisión o posible comisión de cualquier delito federal, será multado conforme a este título o condenado a prisión por no más de 10 años, o ambos.”²⁷⁰ La definición de actividad protegida de esta disposición penal es más estrecha que aquella contenida en la sección de discriminación laboral de la *Sarbanes-Oxley*, ya que sólo protege las revelaciones ante funcionarios federales de aplicación de la ley, mientras que la disposición civil/administrativa de despido injustificado protege un rango más amplio de actividades protegidas, tales como interponer alegaciones de mala conducta ante un comité interno de auditoría, ante un supervisor, o ante un miembro del Congreso. Sin embargo, el ámbito de cobertura de la norma penal es mucho más amplio que el de la disposición de despido injustificado, por cuanto cubre a todo empleado en los Estados Unidos, y no se limita a empresas de transacción pública; y además, protege a las personas que denuncien sobre cualquier violación de cualquier ley federal (medioambiental, de salud y seguridad, etc.), sin estar restringida a la prohibición de represalias en contra de empleados que denuncien sobre fraude corporativo.²⁷¹

²⁶⁹ McCauley et al., *Ob.Cit.*, pp. 40; Kreiner, Mary, *Blowing the Whistle on Whistleblower Protection: A Tale of Reform Versus Power*. En *University of Cincinnati Law Review*, vol. 76, 2007, pp. 220-221

²⁷⁰ 18 U.S.C. §1513(e)

²⁷¹ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 157-159

Por otra parte, la sección 3(b)(1) de la Sarbanes-Oxley, dispone que la infracción de cualquier disposición de la Sarbanes-Oxley será tratada para todos los efectos como una violación de la *Securities Exchange Act* de 1934, quedando sujeta a las mismas penas de esta ley.²⁷² La sección 32 de la *Securities Exchange Act* establece penas criminales significativas para cualquier violación voluntaria (dolosa) de la ley, incluyendo prisión de hasta 20 años y multa de hasta 5 millones de dólares por cada violación. De esta forma, cualquier infracción a la Sarbanes-Oxley, como por ejemplo, el incumplimiento de la empresa de mantener la confidencialidad del denunciante, la omisión de un abogado de revelar mala conducta ante la SEC, o el despido injustificado de un denunciante, constituyen todas infracciones separadas e independientes de la *Securities Exchange Act* de 1934. Mediante esta disposición, la *Sarbanes-Oxley* permite un camino dual para casos de denuncia: los casos de discriminación laboral pueden ser interpuestos ante el DOL, pero los denunciantes también son libres de utilizar la sección 3(b)(1) para solicitar directamente ante la SEC acción de cumplimiento en contra de personas que discriminen en contra de denunciantes.²⁷³

m. Problemas en la aplicación de la Sarbanes-Oxley Act

Un estudio empírico de los resultados de la aplicación de las protecciones a denunciantes de la Sarbanes-Oxley de los tres primeros años de su vigencia,²⁷⁴ sobre la base de todas las decisiones individuales del Departamento del Trabajo (más de 700), demostró que sólo un 3,6% de los denunciantes obtuvo reparación a través del procedimiento administrativo inicial, y sólo el 6,5% de los denunciantes obtuvo decisión favorable en los procesos de apelación. El estudio atribuyó este escaso éxito de los denunciantes a la interpretación estricta de las protecciones y, en algunos casos, a su

²⁷² 15 U.S.C. 7202(b)(1)

²⁷³ Kohn et al., *Ob.Cit.*, pp. 159-161

²⁷⁴ Moberly, Richard E., *Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win*. En *William and Mary Law Review*, vol. 49, N° 1, 2007, pp. 65 y ss.

aplicación errada. Se identificaron tres grandes materias que provocaban el rechazo de los reclamos de denunciantes:

- a. Prescripción de la acción: en un 33,8% de las decisiones de jueces administrativos favorables al empleador, se halló que el empleado no interpuso su reclamo dentro del plazo legal de 90 días. Este plazo puede no ser aplicado estrictamente en caso de que el empleado, actuando con diligencia, no pueda obtener la información necesaria para interponer un reclamo oportuno (*equitable tolling*) o bien si el empleador impidió al empleado la interposición del reclamo dentro de plazo (*equitable estoppel*). Ninguno de estos argumentos ha tenido éxito en los casos de la *Sarbanes-Oxley*. En la doctrina se ha argumentado que el plazo de 90 días para la interposición del reclamo es demasiado corto y se ha propuesto ampliarlo hasta por un año, dadas las dificultades que pudiera tener el denunciante especialmente en adquirir la información sobre la conducta inapropiada o en obtener prueba para sustentar sus alegaciones.²⁷⁵
- b. Interpretación del término “empleador”: en un 28,9% de los casos los jueces administrativos decidieron que la Ley no era aplicable al respectivo empleador. El mayor problema se ha presentado con respecto a la aplicación de la ley a las empresas subsidiarias privadas (no de transacción bursátil); si bien en los primeros años de vigencia de la *Sarbanes-Oxley* la jurisprudencia administrativa interpretó que éstas sí se comprendían dentro del término “empleador”, tal tendencia se ha revertido y en general los empleados han quedado impedidos de interponer reclamos por represalias en contra de empresas subsidiarias privadas, y no pueden invocar la protección a menos que identifiquen con claridad la participación de la empresa principal en la acción adversa que los afecta.
- c. Interpretación de “actividad protegida”: Tanto la OSHA como los jueces administrativos tienden a no considerar la revelación como actividad protegida si el

²⁷⁵ Kreiner, *Ob.Cit.*, pp. 216-218

empleado la alegó en forma genérica, por ejemplo como “fraude” u “otra mala conducta”, en lugar de alegar tipos específicos de mala conducta, tales como “fraude postal” o “ley federal relativa a fraude en contra de accionistas”. En otras palabras, aquellos empleados que han enmarcado sus revelaciones con mayor exactitud dentro de los términos específicos de la ley, tales como “fraude bancario” o “fraude de valores”, han tenido mayor éxito que aquellos que alegaron la actividad protegida con menor fundamento en el lenguaje legal, lo que demostraría la interpretación estrecha de “actividad protegida”.

Otra conclusión del citado estudio empírico dice relación con dificultades en la aplicación de las normas de carga de la prueba a nivel de decisiones de la OSHA. Del total de casos (121) en que, habiéndose cumplido los requerimientos procedimentales y habiéndose estimado el caso como dentro del ámbito de aplicación de la ley, sólo en un 10,7% la OSHA decidió a favor del denunciante por haberse originado las represalias a causa de la revelación o actividad protegida; en la mayoría de los casos la OSHA ha estimado que el denunciante no ha satisfecho el test del “factor contributivo” para establecer un caso *prima facie*, con lo que no puede aplicarse a favor del denunciante la inversión de la carga de la prueba hacia el empleador. En contraste, en un 66,7% de los casos en que jueces administrativos han aplicado el test del factor contributivo, sí lo han estimado satisfecho, trasladándose la carga de la prueba al empleador.

4.1.1.2. Federal False Claims Act

a. Origen y enfoque

La *False Claims Act* (Ley de Reclamaciones Falsas, en adelante FCA), fue establecida durante la Guerra Civil a instancias del Presidente Abraham Lincoln, para controlar el fraude en los contratos de defensa y tuvo dos importantes enmiendas posteriores, en 1943 y en 1986. Contiene dos secciones altamente relevantes para la revelación de conductas fraudulentas y protección a denunciantes. En primer lugar –y lo que constituye el elemento distintivo de la FCA-, la ley contiene una disposición *qui tam*, que permite a cualquier ciudadano y a las personas que sean “fuentes originales” de

información, ejercer una acción judicial en representación de los Estados Unidos, para recuperar los daños en que incurre el gobierno como resultado de fraudes. En retribución por entablar la demanda, el denunciante tiene derecho a una porción significativa de lo que se obtenga en juicio, en caso de vencer; ello puede traducirse en una alta recompensa monetaria para el denunciante. En segundo lugar, la ley contiene también una disposición contra represalias que prohíbe el despido u hostigamiento de un denunciante que efectúa una revelación protegida conforme a la FCA o que entabla una demanda *qui tam*. A diferencia de las disposiciones *qui tam*, la disposición anti-represalias fue modelada siguiendo otras leyes federales de *whistleblowing* y opera bajo los principios básicos subyacentes a los casos de discriminación en el empleo. Aunque la FCA sólo concierne a dinero o propiedad federal, un número creciente de estados han establecido sus propias versiones de la FCA, adoptando las disposiciones federales casi al pie de la letra.²⁷⁶

Aunque la FCA es conocida como la más antigua de las leyes de *whistleblowing* actualmente vigentes, con anterioridad a su establecimiento ya existía una larga tradición de incentivar a ciudadanos privados para asistir en la aplicación de la ley, y las acciones *qui tam* han sido frecuentemente permitidas por las leyes por cientos de años en Inglaterra, antes de la formación de los Estados Unidos. La meta tras la FCA, era llamar directamente a la ciudadanía a exponer y detener el fraude en contra del gobierno. En vez de confiar en los empleados federales –que podrían ser participantes de la corrupción-, la ley otorga un incentivo generoso al ciudadano que ayude al gobierno a exponer la corrupción. En este sentido, la FCA, como otras leyes *qui tam*, tenía por finalidad empoderar a la gente con la facultad de actuar en representación del soberano, en forma similar a un fiscal. La FCA original fue aprobada por el Congreso el 2 de marzo de 1863; permitía al denunciante (denominado “*relator*” para efectos de la ley) obtener el 50 por ciento del fraude recuperado del perpetrador, como asimismo condenar

²⁷⁶ Kohn, Stephen, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*, Quorum Books, Westport, Connecticut, 2001, pp. 204.

a éste a la indemnización por el doble de los daños causados y al pago de multas de 2.000 dólares por cada infracción separada.²⁷⁷

Después de la Guerra Civil, la FCA fue utilizada rara vez, hasta las décadas de 1930-40, en que el incremento del gasto del gobierno abrió numerosas oportunidades para contratistas de defraudar al gobierno. Sin embargo, desde el Nuevo Trato y la Segunda Guerra Mundial, las generosas recompensas en dinero ofrecidas por la FCA impulsaron a muchos ciudadanos a entablar acciones *qui tam*, aún si no eran informantes y no asistían sustancialmente a la detección del fraude. En efecto, el texto de la ley permitía que una persona simplemente copiara una acusación penal ya existente y se adelantara en interponerla como acción *qui tam*. Estos usos fueron fuertemente criticados por el gobierno y por las cortes judiciales; en reacción a ello, el Congreso introdujo enmiendas a la FCA en 1943; específicamente, se eliminó la posibilidad de obtener recuperación monetaria vía *qui tam* si la información en que se fundaba la acción ya estaba en posesión de los Estados Unidos, al tiempo de la interposición de la demanda. No se establecieron disposiciones para proteger a los informantes, y si el denunciante ya había alertado al gobierno sobre el fraude antes de interponer la acción *qui tam*, quedaba vetado de recibir cualquier recompensa monetaria. Como consecuencia de esto, el uso de demandas *qui tam* decreció dramáticamente, ya que los denunciantes quedaban desprotegidos al exponer el fraude.²⁷⁸

En la década de 1980, apareció la necesidad de revertir el desincentivo a las acciones *qui tam* de las enmiendas de 1943, con el propósito de enfrentar nuevas formas de fraude que estaban afectando al gobierno. Otra motivación fue la falta de recursos de los órganos federales de aplicación de la ley para combatir el fraude.²⁷⁹ Las enmiendas

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 204-205

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 205-206

²⁷⁹ La necesidad de reformular la FCA se hizo evidente por una decisión de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de 1984, que rechazó una demanda *qui tam* del Estado de Wisconsin por el solo fundamento de que el estado de Wisconsin ya había informado del fraude

de 1986 intentaron dar con un equilibrio entre el desincentivo de la litigación oportunista, en la que el ciudadano actuaba meramente sobre información ya existente en el registro público, y el incentivo a los ciudadanos privados para exponer el fraude del que tuvieran conocimiento. Bajo esta nueva formulación de la FCA, sólo la primera persona que efectivamente interponga la acción *qui tam* puede proseguir con el caso; las demandas posteriores serán desechadas. La ley le resta jurisdicción al tribunal para conocer de la acción *qui tam* si ésta se basa sobre información que ya ha objeto de una “revelación pública”, sea en algún juicio penal, civil o administrativo; o en informes, audiencias, auditorías o investigaciones administrativas, del Congreso o de la *Government Accountability Office*; o en la prensa. Sin embargo, aún si ya hubo alguna “revelación pública” de las alegaciones, el individuo puede proseguir si él mismo es la “fuente original”, lo que se define como “un individuo que tiene conocimiento directo e independiente de la información sobre la cual las alegaciones se fundan y ha proveído voluntariamente la información al gobierno antes de interponer la acción.” En la práctica estos requerimientos han sido intepretados en forma estrecha por las cortes, resultando frecuentemente en que las demandas sean desechadas.²⁸⁰

b. Ámbito de cobertura

La FCA establece las responsabilidades y sanciones a las que queda sujeta cualquier persona que efectúe una reclamación monetaria falsa ante el gobierno de los Estados Unidos. Conforme a la ley, la “reclamación” puede consistir en cualquier solicitud o demanda (cobro) de dinero o bienes –independientemente de que el Estado tenga propiedad sobre el dinero o los bienes-, sea en virtud de un contrato o por otra causa, presentada ante un funcionario, empleado o agente de los Estados Unidos; o efectuada ante un contratista, fiador u otro, si el dinero o bienes tienen por destino ser

al gobierno federal con anterioridad a la demanda. El gobierno federal declinó tomar acciones en el caso en particular, por lo que no quedó posibilidad alguna de que algún otro demandante pudiera accionar para perseguir la conducta fraudulenta.

²⁸⁰ Kohn, *Ob.Cit.*, pp. 206-209

gastados o utilizados en representación del gobierno o para el avance de un programa o interés del gobierno.²⁸¹

Las reclamaciones falsas incluyen cualquier intento impropio de causar al gobierno pagar sumas de dinero. El asunto clave a ser investigado concierne a si la reclamación en cuestión tiene el propósito y efecto práctico, y presenta el correspondiente riesgo, de inducir al gobierno a efectuar pagos errados.²⁸²

La ley establece la responsabilidad primaria del *Attorney General* de iniciar las acciones civiles por reclamaciones falsas;²⁸³ sin perjuicio de ello, cualquier persona particular puede iniciar la acción *qui tam*, en nombre del gobierno.²⁸⁴ Sin embargo, la ley expresamente excluye las acciones iniciadas por miembros o ex-miembros de las fuerzas armadas en contra de otro miembro de las fuerzas armadas, que surjan en el contexto del servicio de la persona.²⁸⁵

c. Conductas denunciabiles

Las conductas con respecto a las cuales la FCA establece las responsabilidades y sanciones, son las siguientes:²⁸⁶

- Presentar o causar la presentación, a sabiendas, de una reclamación falsa o fraudulenta para pago o aprobación;
- Hacer, utilizar, o causar hacer o utilizar, a sabiendas, una declaración falsa o registro falso que sirva a una reclamación falsa o fraudulenta;

²⁸¹ 31 U.S.C. § 3729(b)(2)

²⁸² Kohn, *Ob.Cit.*, pp. 209-210

²⁸³ 31 U.S.C. § 3730(a)

²⁸⁴ 31 U.S.C. §3730(b)(1)

²⁸⁵ 31 U.S.C. §3730(e)(1)

²⁸⁶ 31 U.S.C. §3729(a)(1)

- Tener la posesión, custodia o control de bienes o de dinero utilizado o destinado a ser utilizado por el Gobierno, y entregar, o causar la entrega, a sabiendas, de menos del total de dichos bienes o dineros;
- Tener autorización para emitir o entregar un documento que certifique el recibo de bienes utilizados, o destinados a ser utilizados por el Gobierno y, con la intención de defraudar al Gobierno, emitir o entregar el recibo sin tener total conocimiento de que la información en el recibo es verdadera;
- Hacer, utilizar, o causar hacer o utilizar, a sabiendas, una declaración falsa o registro falso que sirva a una obligación de pagar o transferir dinero o bienes al Gobierno, u ocultar a sabiendas, o impedir o disminuir a sabiendas y en forma impropia, la obligación de pagar o transferir bienes o dinero al Gobierno;
- Conspirar para cometer cualquiera de las infracciones anteriores.

En general, las infracciones a la FCA deben ser efectuadas a sabiendas; conforme a la ley, “a sabiendas” o “en conocimiento” significa que la persona, con respecto a la información, (i) tiene conocimiento real de la información; (ii) actúa ignorando deliberadamente la veracidad o falsedad de la información; o (iii) actúa en temeraria inobservancia de la veracidad o falsedad de la información.²⁸⁷ La ley expresamente señala que no se requiere prueba de la intención específica de defraudar al Gobierno.²⁸⁸ Aunque la ley no tiene el propósito de castigar a contratistas que cometen errores basados en simple negligencia, cálculos defectuosos, razonamiento errado, diferencias de interpretación o errores honestos, la disposición expresa de que no se requiere prueba de la intención específica de fraude era parte integrante del intento del Congreso de que

²⁸⁷ 31 U.S.C. §3729(b)(1)(A)

²⁸⁸ 31 U.S.C. §3729(b)(1)(B)

las grandes empresas rindieran cuenta por los esquemas fraudulentos de altos ejecutivos.²⁸⁹

d. Elementos de la demanda *qui tam*

La ley permite a cualquier persona entablar una acción *qui tam* en representación del gobierno, y eventualmente a obtener la recompensa; pero la ley también incentiva la interposición expedita de las acciones y, en consecuencia, sólo la primera persona que realmente interponga la acción *qui tam* puede continuar en el proceso. Así, si dos o más personas interponen demandas separadas, sólo la primera demanda interpuesta puede ser mantenida; las otras serán desechadas.²⁹⁰

El demandante debe interponer la demanda antes de que el gobierno federal inicie sus propias acciones: la FCA expresamente prohíbe la presentación de una demanda *qui tam* basada en alegaciones o transacciones que sean objeto de una demanda civil o de un procedimiento administrativo de sanciones monetarias civiles en que el Gobierno ya sea parte.²⁹¹

La FCA contiene una “prohibición jurisdiccional” que le resta competencia a cualquier tribunal para conocer de una demanda *qui tam* si las alegaciones o transacciones que sirven de fundamento a la acción ya fueron públicamente reveladas.²⁹² Sin embargo, aún en este supuesto, el informante aún podría llevar adelante la demanda *qui tam* si se trata de la *f fuente original de la información*. La FCA define “fuente

²⁸⁹ Kohn, *Ob.Cit.*, pp. 210

²⁹⁰ *Íbid.*

²⁹¹ 31 U.S.C. §3730(e)(2)(A)

²⁹² 31 U.S.C. §3730(e)(4)(A). La disposición le resta jurisdicción a un tribunal de conocer de un caso *qui tam* en que la demanda se basa sobre alegaciones o transacciones que fueron reveladas públicamente en alguna audiencia criminal, civil o administrativa, en un informe, audiencia, auditoría o investigación congressional, administrativa o de la *Government Accountability Office*, o en la prensa.

original” como un “individuo que tiene conocimiento directo e independiente de la información sobre la cual las alegaciones se fundan y voluntariamente ha proveído la información al gobierno antes de interponer una acción conforme a esta sección”.²⁹³

Varios de los elementos de las acciones *qui tam* han sido interpretados en forma estrecha por las cortes, lo que ha llevado frecuentemente al rechazo de las demandas. Uno de los fundamentos más comunes para desechar la demanda *qui tam* concierne a la prohibición jurisdiccional que impide que las cortes conozcan de demandas basadas en información que ya fue objeto de revelación pública. Esta prohibición ha sido interpretada en forma estricta; la jurisprudencia ha aplicado la prohibición si “cualquier parte” de la alegación *qui tam* está basada en material públicamente revelado. Muchas cortes justifican su estricta interpretación de esta barrera jurisdiccional en la intención del Congreso de incentivar a los denunciantes a informar tan pronto sea posible y de recompensar a los empleados que denuncien prontamente sobre información concerniente a fraude. Asimismo, el término “fuente original” ha sido interpretado en forma estrecha. El requerimiento de “conocimiento directo e independiente” ha sido utilizado para exigir conocimiento de primera fuente, excluyendo la información conocida a través de subordinados de la persona. Asimismo, el término “voluntariamente” también ha sido interpretado estrechamente para excluir a algunos empleados, tales como auditores y administradores del gobierno federal, de interponer acciones *qui tam*, basado en la naturaleza aparentemente involuntaria de sus obligaciones de revelación.²⁹⁴

e. Procedimientos de las acciones *qui tam* por reclamaciones falsas

A. Acciones de individuos privados²⁹⁵

²⁹³ 31 U.S.C. §3730(e)(4)(B)

²⁹⁴ Kohn, *Ob.Cit.*, pp. 212

²⁹⁵ 31 U.S.C. § 3730(b)

El informante (“relator”) puede iniciar una acción civil por alguna de las conductas denunciadas que constituyen infracción a la FCA (reclamaciones falsas), a su propio nombre y en nombre del Gobierno de Estados Unidos. Esta acción sólo puede ser desistida si la corte y el Fiscal General consienten en el desistimiento, fundadamente.

La acción civil debe iniciarse dentro de 6 años desde la fecha de la comisión de la infracción; o dentro de 3 años desde la fecha en que los hechos que fundan la acción llegan a conocimiento del funcionario que tiene la responsabilidad de actuar en las circunstancias, pero en caso alguno más allá de 10 años desde la fecha en que se cometió la infracción.²⁹⁶

Al Gobierno –representado por el Departamento de Justicia en todos los procedimientos de la FCA- debe serle entregada copia del reclamo y la revelación escrita de toda la evidencia e información que la persona posea. El reclamo debe ser interpuesto en reserva (*in camera*), y se mantiene bajo sello por al menos 60 días desde la entrega, y no es comunicado al demandado hasta que la corte lo ordene. El Gobierno puede, dentro de este plazo de 60 días, decidir si interviene y procede con la acción o no. Si el Gobierno decide proceder con la acción, ésta será conducida por el Gobierno; si decide no proceder, debe notificar a la corte sobre la decisión de declinar apoderarse de la acción, caso en el cual la persona que inició la acción tendrá el derecho de conducirla. Fuera del Gobierno, ninguna otra persona está legitimada para intervenir en la acción iniciada por el individuo particular.

B. Derechos de las partes²⁹⁷

Si el Gobierno procede con la acción, tiene la responsabilidad primaria de su prosecución, y no queda obligado por ningún acto de la persona que inició la acción.

²⁹⁶ 31 U.S.C. §3731(b)

²⁹⁷ 31 U.S.C. § 3730(c)

Esta persona tiene derecho a continuar como parte en la acción, sujeta, en síntesis, a las siguientes limitaciones:

- El Gobierno puede desistirse de la acción no obstante las objeciones de la persona, aunque ésta tiene derecho a ser notificada de la petición de desistimiento y a ser escuchada por la corte sobre la petición;
- El Gobierno puede llegar a acuerdo con el demandado sin perjuicio de las objeciones de la persona, si la corte determina, previa audiencia, que el acuerdo propuesto es justo, adecuado y razonable;
- La corte puede imponer limitaciones a la participación de la persona (por ejemplo, en cuanto a la cantidad y extensión de la prueba testimonial que puede presentar) en caso de que el Gobierno demuestre que esta participación en el curso de la litigación podría dilatar el caso, o podría ser repetitiva o irrelevante, o que es motivada por hostigamiento;
- La corte también puede limitar la participación de la persona si el demandado demuestra que aquella tiene como propósito el hostigamiento, o que pudiera causarle expensas innecesarias o cargas indebidas.

Si el Gobierno elige no proceder con la acción, la persona que la inició tiene el derecho a conducirla, y el gobierno puede intervenir posteriormente sólo demostrando para ello una “buena causa”.

C. Recompensas

En cuanto a la recompensa monetaria a la que tiene derecho el demandante *qui tam* en caso de vencer, la ley distingue si el Gobierno ha intervenido o no en la acción.

Si el Gobierno ha intervenido y procedido con la acción, el demandante tiene derecho a recibir al menos un 15 por ciento, pero no más del 25 por ciento de lo ganado con la acción o del monto del acuerdo, según el caso, dependiendo de la medida en que la persona contribuyó sustancialmente a la prosecución de la acción. Si la acción se ha

basado primariamente en información que ya había sido objeto de una revelación pública, la corte igualmente puede otorgar recompensa al demandante, pero en ningún caso más del 10 por ciento de lo ganado.²⁹⁸

Si, por el contrario, el Gobierno ha decidido no intervenir, la persona que inició la acción o que llegó a acuerdo en el proceso recibirá el monto que la corte estime como razonable por obtener las penas civiles y los daños. Este monto no puede ser menor al 25 por ciento ni mayor al 30 por ciento de lo ganado con la acción o del acuerdo.²⁹⁹

En cualquiera de estos casos el demandante recibirá, a costa del demandado, el pago de las expensas razonables en que haya incurrido, más honorarios de abogados y costos de litigación.

D. Sanciones a las reclamaciones falsas

Cualquier persona que presente una reclamación falsa es responsable ante el gobierno por el triple de los daños más una multa civil de 5.000 a 10.000 dólares. Si presenta separadamente múltiples reclamaciones de pago, el tribunal puede imponer una multa independiente por cada reclamación.

La ley también establece sanciones penales para las reclamaciones falsas;³⁰⁰ sin embargo, la aplicación de estas sanciones es totalmente independiente de las acciones *qui tam*. Se ha discutido la posibilidad de que la persona acusada del delito de reclamación falsa pueda quedar eximida de responsabilidad penal, si ya ha sido condenada civilmente en una acción *qui tam*, fundado en el principio de doble incriminación; la Corte Suprema de Estados Unidos ha decidido que los procesos civiles entre privados no dan lugar a la eximente de doble incriminación, pero la materia no ha

²⁹⁸ 31 U.S.C. § 3730(d)(1)

²⁹⁹ 31 U.S.C. § 3730(d)(2)

³⁰⁰ 18 U.S.C. §287. Son aplicables las penas de prisión por hasta 5 años y multa de hasta US\$250.000 para individuos y US\$500.000 para organizaciones.

sido decidida con respecto a demandas iniciadas por privados en representación del gobierno.³⁰¹

f. Protecciones al denunciante

Dentro de las enmiendas introducidas a la FCA en 1986, se introdujeron disposiciones específicas de protección a los denunciantes contra represalias, con el objeto de incentivar el ejercicio de acciones *qui tam* sin que los demandantes tuvieran que temer represalias tales como el despido o la puesta en “lista negra”. Estas disposiciones, a diferencia de aquellas que rigen las acciones *qui tam*, se basan en legislación y jurisprudencia preexistente y más reciente en materia de denuncias y discriminación.

Conforme a la FCA, cualquier empleado, contratista o agente tiene derecho a toda la reparación necesaria para una restitución total, en caso de que sea despedido, descendido, suspendido, amenazado, hostigado o discriminado de cualquier otra forma en los términos y condiciones de empleo a causa efectuar actos lícitos tendientes a detener una o más de las infracciones (conductas denunciabiles) enunciadas en la FCA. La reparación incluye el restablecimiento en el empleo o posición con el mismo estatus de jerarquía del que gozaría la persona de no haber sufrido la discriminación; el doble de los pagos atrasados, con intereses, y compensación por cualesquiera daños especiales sufridos como resultado de la discriminación, incluyendo costos de litigación y honorarios de abogados. Esta reparación puede ser demandada judicialmente ante la corte de distrito competente en cada caso.³⁰²

³⁰¹ Moses, Jennifer, *False Claims*. En *American Criminal Law Review*, vol. 40, n° 2, 2003, pp. 495.

³⁰² 31 U.S.C. §3730(h)

4.2. Legislación de protección a denunciantes en el Reino Unido

a. Origen, enfoque y alcance

El Reino Unido cuenta con una Ley especial sobre protección a denunciantes, denominada *Public Interest Disclosure Act 1998* (Ley de Revelaciones de Interés Público; en adelante, PIDA) vigente desde 1999, cuyo título largo es “una ley para proteger a los individuos que efectúen ciertas revelaciones de información en el interés público; para permitir a tales individuos el emprender acciones con respecto a la victimización; y para propósitos relacionados.”

La preocupación de legislar sobre el *whistleblowing* surgió en el Reino Unido a partir de una serie de desastres y tragedias ocurridos desde fines de la década de 1980, con respecto a los cuales las investigaciones y procesos posteriores determinaron que trabajadores de las organizaciones afectadas o personas relacionadas con ellas tenían conocimiento previo de los riesgos, pero no tuvieron la confianza o seguridad suficiente para presentar sus inquietudes, o bien éstas no fueron oídas.³⁰³ La búsqueda de una solución a estas situaciones fue fuertemente promovida por organizaciones de la sociedad civil.³⁰⁴ En 1995, como respuesta a alegaciones de corrupción y actividades inmorales, se creó una comisión parlamentaria llamada *Committee on Standards in Public Life* (Comisión sobre Estándares en la Vida Pública; en adelante, CSPL), encargada de examinar los asuntos de conducta de personas en puestos oficiales y de los

³⁰³ Myers, Anna, *Whistleblowing – The UK Experience*. En Calland, Richard y Dehn, Guy (eds.), *Whistleblowing Around The World: Law, Culture and Practice*. Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres, Reino Unido, pp. 101-103; Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*. Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, Adelaida, Australia, 2005, pp. 9; Public Concern At Work, *UK Public Interest Disclosure Act 1998 (Annotated guide)*, Reino Unido, 2003, *Background*; Vid.Supra Capítulo I, sección 1.2., letra b.

³⁰⁴ En particular, la organización Public Concern At Work (PCAW), establecida en 1993 con el propósito específico de abordar el *whistleblowing*.

órganos públicos en general. La Comisión abordó los efectos de la cultura del silencio en el sector público, y respaldó la postura de la sociedad civil en cuanto a establecer mecanismos de *whistleblowing* y especialmente formas de revelar información sobre riesgos o malas prácticas al interior de las organizaciones. Esta Comisión también emitió lineamientos para el establecimiento de tales mecanismos, los que actualmente son considerados los elementos esenciales de un sistema interno de denuncias efectivo en el Reino Unido.³⁰⁵ Expresando el sentido que eventualmente tendría la legislación, la CSPL en su Segundo Informe señaló: “Todas las organizaciones enfrentan el riesgo de que las cosas vayan mal o de que inadvertidamente estén albergando malas prácticas. Parte del deber de indentificar tal situación y tomar acciones para su remedio es usualmente en el rol de detective, determinando la responsabilidad después de que el crimen ha sido cometido. El incentivar una cultura de apertura dentro de una organización será útil: la prevención es mejor que la cura. Pero es impactante que en los pocos casos en que las cosas han ido gravemente mal en los órganos locales con gastos públicos, frecuentemente ha sido el “soplaje” a la prensa o al Miembro del Parlamento local –a veces anónimo, a veces no- lo que ha impulsado a los reguladores a la acción. El colocar al personal en una posición en que se sienten llevados a acercarse a los medios para ventilar inquietudes es insatisfactorio tanto para el miembro del personal como para la organización.”³⁰⁶

La PIDA, siguiendo la postura de la CSPL, propende a los sistemas internos de denuncia o revelación de información, ya que si bien no establece obligaciones expresas para los órganos u organizaciones de establecer dichos sistemas internos, da derecho a

³⁰⁵ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 105; Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, *Introduction*.

³⁰⁶ Committee on Standards in Public Life, *Second Report*, mayo de 1996, pp. 21 (traducción libre).

los denunciantes de llevar el asunto a instancias externas, con potenciales consecuencias indeseables para el empleador o entidad afectada.³⁰⁷

La PIDA se enfoca en la revelación, y no en la persona que la efectúa: por lo tanto, el énfasis de la legislación está en los requerimientos procedimentales establecidos para que la revelación califique como “protegida” conforme a la ley; por el contrario, la ley atiende poco a la situación particular de la persona del denunciante, y no establece protecciones especiales más allá del derecho a compensación económica en razón del detrimento sufrido a causa de las represalias.³⁰⁸

La PIDA es una legislación de carácter laboral, y se inserta en el cuerpo legal laboral principal del Reino Unido, la *Employment Rights Act* (Ley de Derechos del Empleo, en adelante ERA). Ya que la PIDA forma parte de la ERA, su aplicación corresponde a situaciones en el marco de la relación de trabajo.³⁰⁹ Sin embargo, un elemento distintivo de esta legislación es su espectro amplio de aplicación, en el sentido de que comprende las revelaciones y la protección contra represalias para trabajadores del sector público o privado, entendiéndose el término “trabajadores” en un sentido muy amplio, cubriendo prácticamente todas las situaciones de empleo.³¹⁰ La cobertura dual de la PIDA (sector público y privado), ha sido destacada como un componente fuerte del

³⁰⁷ Drew, Kristine, *Whistleblowing and Corruption. An Initial and Comparative Review*. Public Services International Research Unit, University of Greenwich, Londres, 2003, pp. 54; Rohde-Liebenau, Björn, *Whistleblowing Rules: Best Practice: Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*. Estudio solicitado por el Parlamento Europeo, Comisión de Control Presupuestario, Bruselas, 2006, pp. 29.

³⁰⁸ Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing (“Whistleblowing”)*, Gobierno de Canada, 2004, pp. 25.

³⁰⁹ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa a la sección 43A ERA

³¹⁰ Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 9; Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 27; Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 25; Myers, *Ob.Cit.*, pp. 107. La sección 43K ERA comprende una amplia lista de personas que se consideran “trabajador” o “empleador” para efectos de la PIDA, la que va más lejos que la mayor parte de la ley laboral existente. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43K.

sistema de revelaciones del Reino Unido, pues entrega la señal de que todos los trabajadores son igualmente merecedores de protecciones contra represalias.³¹¹

A mayor abundamiento, con respecto a trabajadores del sector privado, se comprenden tanto los de empresas comerciales como los de entidades de caridad (sin fines de lucro); la ley expresamente incluye a la mayoría de las personas en alguna situación de empleo: trabajadores contratados por medio de agencias (outsourcing), contratistas independientes, a todas las personas que trabajan en el sector de salud, sin importar la forma contractual específica, y a aprendices.³¹² A diferencia de otras normas de protección a trabajadores, la PIDA no impone para la aplicación de las protecciones limitaciones en torno a la duración en el empleo ni de edad. Una enmienda posterior a la PIDA extendió la protección a funcionarios de la policía.³¹³ Actualmente la PIDA no cubre a voluntarios ni a personas auto-contratadas (con excepción de los profesionales del Servicio Nacional de Salud), ni a miembros en servicio de las fuerzas armadas y de los servicios de seguridad.³¹⁴

Adicionalmente a las regulaciones de la PIDA, el *Civil Service Code* (Código del Servicio Civil, CSC) establece normas específicas para los trabajadores del sector público con respecto a las conductas denunciables, las revelaciones y la apelación de decisiones y también contiene principios generales de conducta, *accountability* (rendición de cuentas) y de los deberes y lealtades de todos los servidores públicos.³¹⁵

b. Autoridades o entidades responsables

³¹¹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 26

³¹² ERA sección 43K

³¹³ ERA sección 43KA, introducida por la sección 37 de la *Police Reform Act 2002*

³¹⁴ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 107

³¹⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 25

Ya que la PIDA se enfoca hacia los sistemas internos de revelación, no se ha establecido algún órgano especialmente encargado de monitorear, aplicar o fiscalizar el cumplimiento de las normas de protección a denunciantes. La aplicación de las protecciones tiene lugar a través de los procedimientos a que den lugar las demandas por represalias o victimización, en que se solicite una compensación para el denunciante. Estas demandas son conocidas por los Tribunales de Empleo, los que son competentes para conocer de las disputas entre trabajadores y empleadores sobre derechos laborales. Estos tribunales se componen de tres miembros: un presidente, designado por el Lord Chancellor, y dos miembros legos.³¹⁶

Sólo con respecto a trabajadores del sector público se ha entregado competencia a la *Office of the Civil Service Commissioners* (Oficina de los Comisionados del Servicio Civil) para oír apelaciones de decisiones internas relativas al *Civil Service Code* y a la PIDA. Estos Comisionados son designados por la Corona, bajo Prerrogativa Real; no son servidores civiles y son completamente independientes del gobierno. Su mandato es más amplio e incluye la supervisión general del sistema de méritos en la contratación y concursos del servicio civil.³¹⁷

c. Conductas denunciabiles

Conforme a la PIDA tiene el carácter de revelación protegida cualquier revelación de información que, en la creencia razonable del trabajador que efectúa la denuncia, tienda a demostrar uno o más de los siguientes hechos:³¹⁸

- a. la comisión de una ofensa criminal;

³¹⁶ Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 9

³¹⁷ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 25-26

³¹⁸ ERA sección 43B(1)

- b. el incumplimiento de una obligación legal (entendida en el sentido amplio de obligación jurídica, no sólo aquellas obligaciones que tienen fuente en la ley);³¹⁹
- c. error judicial;³²⁰
- d. amenaza a la salud o seguridad de cualquier individuo (sea el mismo trabajador u otro individuo);
- e. daño al medio ambiente, y
- f. ocultamiento deliberado de información que tienda a demostrar cualquiera de los anteriores.

En todos los casos el hecho puede haber ya ocurrido, estar ocurriendo o ser probable que ocurra. Estas seis categorías de información para las revelaciones protegidas pueden superponerse entre sí y no son excluyentes unas con otras.

d. Elementos de las revelaciones protegidas

Para que una revelación sea considerada como “protegida”, además de versar sobre las materias específicas establecidas en la ley, debe satisfacer ciertos criterios sustantivos y procedimentales. Los criterios sustantivos requieren que la persona efectúe la revelación de buena fe³²¹ y en la creencia razonable sobre la información revelada.³²²

³¹⁹ El incumplimiento de una obligación legal incluye la infracción de cualquier requerimiento obligatorio; obligación contractual, obligación de derecho común (negligencia, malicia, difamación) o un requerimiento legal administrativo. También el incumplimiento de parte del empleador del propio contrato de trabajo del trabajador, o el cuestionamiento de éste sobre su legalidad, también puede constituir infracción de obligación legal para estos efectos, estimándose igualmente como revelación de interés público. Así se consideró por el Tribunal de Apelaciones de Empleo en *Parkins v Sodexho Ltd. Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43B(1).

³²⁰ Con respecto al error judicial, comprende aquellas situaciones que probablemente lleven a una convicción errada del tribunal, tales como el apoyarse en técnicas forenses poco sólidas, el no revelar prueba a la defensa, o el perjurio. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43B(1).

³²¹ ERA secciones 43C y 43E a 43H

Para determinar la razonabilidad de la revelación, eventualmente el tribunal deberá tener en consideración la identidad del receptor de la información, la seriedad de la inquietud y si la mala práctica continúa o no.³²³

En cuanto al elemento de “creencia razonable”, significa que la creencia no necesariamente debe ser correcta sino solamente que el trabajador mantiene tal creencia y que ello le parece razonable; de modo que la revelación puede calificar como protegida aún si el trabajador, en forma razonable, pero errada, cree en la ocurrencia de una mala práctica.³²⁴

El requerimiento de la buena fe, implica que la revelación sea efectuada en forma honesta, aún si es hecha con negligencia o sin el debido cuidado. Si se demuestra que la revelación es efectuada para algún propósito ulterior indeseable, se ha estimado por los tribunales que no ha sido hecha de buena fe.³²⁵

Otras normas de la PIDA tratan algunos elementos adicionales a tener en consideración con respecto a las revelaciones. La Ley mira como irrelevante si la

³²² ERA sección 43B; Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 27

³²³ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 109

³²⁴ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43B(1). En *Darnton v University of Surrey*, el Tribunal de Apelaciones de Empleo observó que una revelación calificada podría incluir lo que un trabajador había visto u oído o lo que le había sido informado por otros. También sostuvo que la evaluación de la exactitud fáctica de la inquietud no debería ser más que una herramienta para determinar si la creencia era razonable. De igual forma, se ha sostenido por los Tribunales de Empleo (por ejemplo, en *Brown v Welsh Refugee Council* y *Leonard v Serviceteam*) que la revelación sobre una infracción a la ley igualmente puede calificar como protegida aún si la mala práctica denunciada no constituye efectivamente una infracción a la ley y el trabajador sólo ha creído que existe tal infracción.

³²⁵ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43E(1). Un propósito ulterior sería, por ejemplo, efectuar la revelación como forma de chantaje. Los tribunales de empleo han declarado que no hay buena fe en presencia de propósitos ulteriores indeseables: por ejemplo, en *Aziz v Muskett & Tottenham Legal Advice Centre*, en que la denuncia fue hecha como medio de ejercer presión para un aumento de salario.

información revelada está o no en conocimiento de quien la reciba;³²⁶ también es insustancial si la conducta ocurre dentro o fuera del territorio del Reino Unido.³²⁷

En cuanto a revelaciones exepuadas en la ley, no quedan protegidas aquellas sobre información que se haya obtenido bajo secreto profesional legal.³²⁸ Sin embargo, la revelación sí será protegida, por el contrario, si ha sido efectuada en el curso de obtener asesoría legal.³²⁹

La revelación no calificará como protegida si la persona comete un ilícito al efectuarla; por ejemplo, en infracción a la *Official Secrets Act* (Ley de Secretos Oficiales).³³⁰ Sin embargo, cabe aquí hacer presente que si los elementos requeridos en la ley para estimar una revelación como protegida son satisfechos, las normas o acuerdos contractuales sobre confidencialidad (“cláusulas mordaza”) se estiman nulos; sólo la *Official Secrets Act* prevalece sobre la PIDA.³³¹

e. Procedimientos de revelación

El sistema de procedimientos de revelación de la PIDA puede describirse como uno de niveles escalonados de posibilidades de revelación. Los niveles identifican, en orden creciente o expansivo, las personas o entidades ante las cuales se puede efectuar la

³²⁶ ERA sección 43L(3)

³²⁷ ERA sección 43B(2)

³²⁸ ERA sección 43B(4)

³²⁹ ERA sección 43D

³³⁰ ERA sección 43B(3)

³³¹ Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 29; Conforme a la sección 43J, cualquier acuerdo entre trabajador y empleador, sea en el propio contrato de trabajo u otro, que tienda a no permitir que el trabajador efectue una revelación protegida, es nulo, incluyendo el acuerdo de abstenerse de iniciar o continuar cualquier procedimiento contemplado en la PIDA o cualquier procedimiento por incumplimiento de contrato. Así, la disposición se aplica también a transacciones y compromisos. También sería nulo el acuerdo en que el trabajador se compromete a abstenerse de llevar la revelación ante un regulador prescrito. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43J.

revelación, y coinciden con distintas categorías de revelación, según la fuerza de la prueba con la que el denunciante cuenta con respecto a la información y a la seriedad o gravedad de la misma.³³²

A grandes rasgos, existen tres niveles de revelación:³³³

- a. *Primer nivel: revelaciones internas.* Corresponde a la revelación interna y confidencial, dentro de la estructura jerárquica de la organización o ante la persona responsable en ella.
- b. *Segundo nivel: revelaciones regulatorias.* Corresponde a presentar la inquietud ante un órgano externo designado especialmente para ello, generalmente el órgano regulador del respectivo sector o industria.
- c. *Tercer nivel: revelaciones amplias.* La revelación puede efectuarse en forma más amplia (y pública), ante la policía, los medios de comunicación, otros órganos no señalados por la ley, etc.

El trabajador denunciante es libre de decidir en cuál de los niveles efectúa la revelación; no se requiere que el trabajador necesariamente haya presentado la inquietud internamente previo a acceder a los niveles más amplios o superiores.³³⁴ La revelación se considerará protegida, en cada caso, si satisface los criterios de cada nivel. El sistema escalonado va aumentando la carga de la prueba del trabajador, a medida que le va otorgando un derecho de revelación más amplio con cada nivel superior,³³⁵ y sigue la

³³² Sobre la descripción de los niveles y categorías de revelación, en los párrafos siguientes, se sigue a Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 28 y Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 28.

³³³ Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 28

³³⁴ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 108

³³⁵ Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 29

lógica de que las inquietudes debieran resolverse preferentemente al interior de la organización.

A. Primer nivel: revelaciones internas

En el primer nivel, correspondiente a la categoría de “revelaciones internas”, el trabajador debe acudir en primer lugar ante su propio empleador o ante alguna otra persona responsable dentro de la organización.³³⁶ En este nivel, la revelación se considera protegida si el trabajador, de buena fe, revela información que, en su propia creencia razonable, tiende a mostrar una o más de las conductas denunciadas.³³⁷

B. Segundo nivel: revelaciones regulatorias

En el segundo nivel, correspondiente a las “revelaciones regulatorias”, el trabajador puede acudir ante algún órgano o autoridad externa designada para ello por un Secretario de Estado, típicamente un órgano regulatorio del sector o actividad respectiva,³³⁸ si el trabajador tiene la creencia razonable de que: a) la falencia relevante

³³⁶ ERA sección 43C. Los trabajadores de órganos de Gobierno pueden efectuar la revelación protegida, en forma alternativa y equivalente al empleador directo, al Departamento de Estado respectivo (al Ministro de la Corona o las personas por él designadas), aunque esta revelación no se considerará como efectuada al empleador para los propósitos de una revelación amplia posterior (sección 43E). Aunque no se le imponen deberes al Ministro responsable para manejar la revelación, la disposición tiende a fortalecer la rendición de cuentas de los Ministros por la conducta de los órganos de los que son responsables.

³³⁷ ERA sección 43B(1)

³³⁸ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F. Estas personas –llamadas generalmente reguladores- son designadas por el Secretario de Estado en el área de comercio o industria relevante. No necesariamente existen personas o autoridades designadas para todas las revelaciones regulatorias posibles conforme a la PIDA; las efectuadas ante personas no prescritas corresponden al tercer nivel de revelaciones. Algunos ejemplos de los reguladores clave designados para efectos de la PIDA son:

1. Salud y seguridad: Health and Safety Executive (ejecutivo de salud y seguridad) y la autoridad local relevante
2. Servicios públicos y sectores: la Oficina de Comunicaciones, la Oficina de Mercados de Gas [combustibles] y Electricidad, la Autoridad Reguladora de Servicios de Agua, la Oficina de Regulación Ferroviaria, la Comisión de Instituciones de Caridad

recae dentro de la descripción de las materias para las cuales la persona o entidad ha sido especialmente designada, y b) que la información la información revelada, y cualquier alegación contenida en ella, son sustancialmente verdaderas.³³⁹

C. Tercer nivel: revelaciones amplias

En el tercer nivel, correspondiente a las “revelaciones amplias”, el trabajador puede acudir a otras personas o entidades, tales como la policía, los Miembros del Parlamento o incluso los medios de comunicación. Para que la revelación se considere como protegida en este nivel, debe satisfacer los criterios sustanciales de los dos niveles anteriores;³⁴⁰ no efectuar la revelación para propósitos de beneficio personal;³⁴¹ y debe

-
3. Servicios financieros: la Autoridad de Servicios Financieros, la Tesorería Real (seguros), el Regulador de Pensiones, la Oficina de Fraudes Serios
 4. Irregularidades tributarias: Impuestos y Aduana de la Reina
 5. Finanzas públicas: la Oficina Nacional de Auditoría, la Comisión de Auditoría, Auditoría de Escocia
 6. Leyes de empresas: Departamento de Comercio e Industria
 7. Libre competencia y asuntos de consumidores: Oficina de Comercio Justo y autoridades locales
 8. La Agencia del Medio Ambiente

³³⁹ ERA sección 43F(1). Este requisito implica una carga de la prueba más fuerte para el trabajador; requiere de cierta evidencia fáctica para sustanciar la revelación. Aún así, el trabajador no perderá su protección si su creencia finalmente resulta errada. En cuanto a la creencia razonable en este nivel, debería tomarse en consideración la respuesta que haya recibido si hubiera previamente efectuado la revelación interna. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F subsección (1)(b)(ii) y Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 28.

³⁴⁰ Para efectos de la creencia razonable en este nivel, debería tomarse en consideración la respuesta que haya recibido el trabajador si previamente hubiera efectuado la revelación interna o regulatoria. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43G(1)(b).

³⁴¹ El beneficio personal comprende pagos en dinero y en especies. También cubre los beneficios no personales del trabajador, pero que sí beneficien a algún miembro de su familia. Esta disposición tiende a evitar la difusión de la revelación a través de los medios de comunicación, que podrían pagar al denunciante para estos efectos. No comprende ninguna indemnización legal (sección 43L(2)). *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F(1)(c) y Myers, *Ob.Cit.*, pp. 108-109.

serle razonable, conforme a las circunstancias del caso, efectuar la revelación.³⁴² Además la revelación debe cumplir con alguna de las siguientes condiciones:³⁴³

- La creencia razonable del trabajador de que sería victimizado si presentara el asunto internamente o ante un órgano regulador prescrito en la ley; o
- La inexistencia de un órgano regulador prescrito en la ley, y la creencia razonable de que la evidencia probablemente sería ocultada o destruida si efectuara la revelación ante el empleador; o
- Que el trabajador haya previamente efectuado sustancialmente la misma revelación ante el empleador o ante la entidad regulatoria pertinente.³⁴⁴

Para determinar la razonabilidad de efectuar la revelación en este nivel, se tendrá particularmente en consideración:³⁴⁵

- La identidad de la persona ante la cual se efectúa la revelación,³⁴⁶
- La seriedad de la falla relevante,
- Si la falla relevante continúa o probablemente pueda ocurrir en el futuro,

³⁴² ERA sección 43G(1)

³⁴³ ERA sección 43G(2)

³⁴⁴ Para estos efectos igualmente se considerará que se trata sustancialmente de la misma revelación si ésta se extiende a la acción o inacción de la persona que haya recibido la revelación previamente. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F(4).

³⁴⁵ ERA sección 43G(3)

³⁴⁶ El rango de personas a las cuales se podría efectuar una revelación es potencialmente vasto. Podría incluir la policía, un órgano profesional, un regulador no prescrito, un funcionario sindical, un miembro del parlamento, los parientes de un paciente en riesgo, la parte de un contrato cuyos derechos estuvieren siendo desatendidos, accionistas o los medios de comunicación. Por ejemplo, en *Staples v Royal Sun Alliance* un tribunal de empleo sostuvo que era razonable revelar a un consumidor sobre la infracción de la ley del consumidor. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F(3)(a).

- Si la revelación es efectuada con infracción a un deber de confidencialidad hacia el empleador o hacia cualquier otra persona,³⁴⁷
- Si se hubiera efectuado previamente la revelación interna ante el empleador o la revelación regulatoria, cualquier acción que el empleador o el regulador prescrito haya tomado o pudiera razonablemente haber tomado como resultado de la revelación previa, y
- En el caso de que previamente se hubiera efectuado la revelación interna ante el empleador, si el trabajador ha cumplido con cualquier procedimiento cuya utilización le haya sido autorizada por el empleador.³⁴⁸

D. Revelaciones de asuntos excepcionalmente graves

Además de las categorías descritas, puede identificarse una cuarta categoría de “revelaciones de asuntos excepcionalmente graves”, las que calificarán como protegidas aún si no cumplen los requisitos de las “revelaciones amplias”, pero deben reunir las siguientes condiciones:³⁴⁹

- Buena fe del trabajador,
- Creencia razonable del trabajador de que la información revelada y cualquier alegación contenida en ella son sustancialmente verdaderas,

³⁴⁷ Esta disposición se inserta para asegurar que los tribunales tomen en cuenta los intereses de terceros sobre los cuales se haya revelado información confidencial (por ejemplo, secreto bancario, o en la relación médico-paciente). El efecto de la infracción al deber de confidencialidad no es que la revelación no vaya a ser protegida, sino que será un elemento más para determinar la razonabilidad de efectuar la revelación. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F(3)(d).

³⁴⁸ Esta disposición se refiere al procedimiento de whistleblowing interno que se hubiere implementado por el empleador. La jurisprudencia ha sostenido que no es suficiente el solo introducir este procedimiento si no se toman pasos razonables para promoverlo con la fuerza de trabajo (*Kay v Northumberland Healthcare NHS Trust*). *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43F (3)(f).

³⁴⁹ ERA sección 43H

- Que no se efectúe la revelación para propósitos de beneficio personal,
- La falla relevante sea de una naturaleza excepcionalmente seria, y
- Que en las circunstancias del caso, sea razonable para el trabajador el efectuar la revelación.

Para determinar si es razonable para el trabajador el efectuar la revelación, se tendrá particularmente en cuenta la identidad de la persona ante la que se efectúa.³⁵⁰

E. Procedimientos internos de revelación

Si bien la complejidad de los requisitos procedimentales puede ser vista como una limitación a los denunciantes, se ha destacado también que las posibilidades con que cuenta el trabajador constituyen un fuerte incentivo para el establecimiento de procedimientos adecuados de *whistleblowing* al interior de las organizaciones. La PIDA no impone a los empleadores u organizaciones el requerimiento de establecer ningún mecanismo interno de denuncias,³⁵¹ pero en cierta forma automáticamente las fuerza a ello –pese a que tampoco se establecen protecciones especiales para el denunciante ni sanciones legales a las represalias- pues el sistema implica que si la organización no puede abordar eficaz y responsablemente una revelación seria y sustentada por la vía interna, el trabajador tendrá la posibilidad de recurrir al *whistleblowing* externo. Esto

³⁵⁰ El gobierno justificó la inserción de estas disposiciones (Parliamentary Debates HC, Standing Committee D, 11 de marzo 1998) sosteniendo: “el gobierno cree firmemente que cuando asuntos excepcionalmente serios están en juego, los trabajadores no deberían ser disuadidos de presentarlos. Es importante que deberían hacerlo, y que no deberían ser desalentados por la preocupación de que un tribunal podría sostener que deberían haber dilatado la revelación o efectuarla de alguna otra manera. Esto no significa que las personas deban ser protegidas cuando actúan de forma totalmente no razonable; por ejemplo, acudiendo directamente a la prensa cuando claramente podría haber existido alguna otra forma menos dañina de resolver los asuntos.” Se ha sostenido, por ejemplo, que la revelación a la policía por parte de un asistente social con la preocupación genuina de que un niño está siendo abusado sexualmente debería estar protegida como revelación de asunto excepcionalmente grave. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43H(1)(e) y (2).

³⁵¹ A mayor abundamiento, la ley tampoco impone a la persona que recibe la revelación, ninguna obligación de responder a ella. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43C(2).

puede llevar consecuencias altamente indeseables para el empleador u organización, que se expone a la expansión del daño a instancias más públicas y al pago de reparaciones e indemnizaciones. Por lo tanto, es del propio interés de la organización, y no un requerimiento especial de la legislación, el establecer mecanismos que permitan manejar y resolver las inquietudes o revelaciones presentadas por sus propios trabajadores. La administración luego es libre de escoger soluciones para el proceso comunicativo que se ajuste a su situación.³⁵²

A pesar de que la ley no exige a los órganos u organizaciones el establecer mecanismos internos de revelación, es destacable que la Comisión Sobre Estándares en la Vida Pública ha promocionado elementos clave que deberían ser implementados por los empleadores, aunque son meramente sugerencias y no obligaciones legales.³⁵³ Estos elementos incluyen:

- Una declaración clara de que las malas prácticas son tomadas seriamente en la organización;
- La indicación de los tipos de materias considerados malas prácticas;
- El respeto de la confidencialidad del personal que presente inquietudes, si así lo desean;
- La oportunidad de presentar inquietudes fuera de la estructura de la línea de administración;
- El acceso a consejería confidencial de alguna entidad independiente;
- La indicación de la forma apropiada en que las inquietudes pueden ser presentadas fuera de la organización, en caso necesario;

³⁵² Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 29, con referencia al Anexo IV

³⁵³ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 28

- Otorgar al personal de las empresas contratistas acceso a la política de *whistleblowing* de la organización;
- Sanciones por efectuar alegaciones falsas maliciosamente; y
- Promoción efectiva.

f. Investigación de la revelación

La responsabilidad primaria de investigar las revelaciones de mala conducta corresponde a cada empleador individual que recibe la revelación inicial, ya que el modelo británico se basa en los sistemas internos de denuncia. Ya que no existe obligación legal de establecer estos sistemas, no necesariamente habrá consistencia o estándares entre los diversos procedimientos de investigación de cada empleador o entidad. Eventualmente, la aplicación está dejada a las decisiones internas de cada empleador.³⁵⁴

En cuanto a las revelaciones en el sector público, si el asunto llega a la etapa de apelación ante la OCSC, ésta tiene facultades para investigar. Los Comisionados pueden regular sus propios procedimientos para oír y decidir las apelaciones, incluyendo el requerir información para ser presentada a la investigación. Los poderes de investigación de la OCSC son tan amplios que la forma de llevarla a cabo varía de caso en caso.³⁵⁵

g. Protecciones al denunciante

La PIDA incluye una disposición para la protección afirmativa contra represalias para todos los trabajadores que efectúen una revelación protegida de acuerdo a los requerimientos procedimentales de la ley. Conforme a la sección 47B(1) ERA, el

³⁵⁴ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 29-30

³⁵⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 29

trabajador tiene el derecho a no ser sujeto a ningún detrimento³⁵⁶ por cualquier acto, o cualquier omisión deliberada, por parte del empleador, fundada en el hecho de que el trabajador ha efectuado una revelación protegida.³⁵⁷

Un individuo que efectúe una revelación y por ello sufra alguna represalia que de otra manera no hubiera ocurrido, incluyendo el despido, acciones disciplinarias o transferencias, puede buscar reparación interponiendo una demanda de indemnización ante un Tribunal de Empleo. A menos que el empleador pueda demostrar una razón válida para el despido o detrimento de la situación del trabajador, el tribunal puede conceder la compensación al demandante en base a las pérdidas sufridas y en caso de despido injustificado, el tribunal puede ordenar la medida de mantención del empleo.³⁵⁸

Es importante distinguir que el *whistleblowing* por sí mismo no es fundamento suficiente de la demanda. Sólo puede entablarse la demanda desde que el empleador haya victimizado al trabajador a causa de haber efectuado una revelación protegida, y por los daños que haya sufrido personalmente.³⁵⁹ Las demandas laborales por represalias

³⁵⁶ La jurisprudencia ha entendido que constituye detrimento: ofrecer menos trabajo a un trabajador casual; medidas disciplinarias en contra del denunciante; amenaza de destruir al denunciante; volver a ofrecer el puesto de trabajo del denunciante; retirar la promesa de una posición permanente; revelar la identidad del denunciante contrariando garantías; la omisión de investigar una inquietud. Incluye también las amenazas de detrimento. Por el contrario se ha estimado que no constituye detrimento: el traslado a una oficina compartida; la continuación de malas relaciones con el administrador; el descenso y transferencia. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 47B(1).

³⁵⁷ Para estos efectos la revelación debe ser la causa del detrimento. Es el empleado quien debe explicar la razón de la acción de detrimento. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 47B(1).

³⁵⁸ Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 9; Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 29-30

³⁵⁹ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 43A y nota explicativa sección 43C subsección (1) y subsección (2). La demanda por represalias es siempre contra el empleador, sin importar quién haya recibido originalmente la inquietud. Esto es relevante porque la ley permite al empleador designar a otras personas como responsables de recibir las revelaciones internas e incluso puede contratar servicios externos para implementar sistemas de *whistleblowing* internos.

tienen un régimen propio, distinto al común y general de las demandas por agravios o reclamos laborales de otra índole.

No existe límite o tope para la indemnización que puede concederse en razón de las represalias. Si el tribunal establece que el trabajador ha sido victimizado, debe determinar una compensación, basado en lo que sea justo y equitativo en las circunstancias y teniendo en cuenta la infracción reclamada y toda pérdida sufrida por el trabajador como resultado del detrimento. Estas pérdidas incluyen las expensas en que razonablemente haya incurrido el demandante y la pérdida de beneficios que de otra manera habría recibido. El trabajador tiene el deber de mitigar sus pérdidas, lo que en caso de término de contrato incluye obtener o buscar seriamente otro trabajo. Finalmente, el tribunal debe reducir la indemnización por la suma justa y equitativa en que considere que el mismo trabajador ha contribuido o causado el detrimento.³⁶⁰

La PIDA no dispone explícitamente la protección de la confidencialidad, quedando ésta a discreción de cada empleador. En los casos conocidos por la OCSC, los Comisionados se reservan el derecho de revelar la identidad del departamento de gobierno y de la persona que ha efectuado la revelación si fuere necesario, pero generalmente sólo lo harán si el departamento de gobierno declinare aceptar las recomendaciones de la OCSC.³⁶¹

La PIDA no regula sobre las revelaciones anónimas, sin embargo, debe tenerse presente que para hacer valer sus derechos el denunciante necesariamente deberá identificarse ante la entidad receptora, cualquiera sea ésta. Esto es particularmente relevante en cuanto a las demandas por represalias, en las que se debe demostrar que

³⁶⁰ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 4 PIDA (49 ERA).

³⁶¹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 31

éstas han tenido lugar por el hecho de la revelación, lo que supone lógicamente el conocimiento de la identidad del denunciante por parte del empleador.³⁶²

h. Procedimientos a que dan lugar las demandas por represalias

La ley regula separadamente las demandas de indemnización a causa de victimización en general (“detrimento”) de aquellas fundadas en el despido injustificado del trabajador en que se alegue que tal despido ha sido provocado por la revelación protegida.

Conforme a la sección 48(1A) el trabajador que ha sido objeto de detrimento puede presentar una demanda de reclamo ante un Tribunal de Empleo. Estos reclamos no pueden interponerse ante ningún otro foro. La demanda debe interponerse dentro de 3 meses contados desde el último acto u omisión de detrimento.³⁶³ Si no fuera razonable interponer demanda dentro de dicho plazo, éste puede extenderse hasta el tiempo en que sea razonable interponerla. Este es el mismo plazo que rige para demandas por despido.

Los trabajadores despedidos deben demandar conforme a las secciones 5 y 6 de la PIDA.³⁶⁴ Conforme a la sección 5 PIDA, sección 103A ERA, el despido en razón de que el trabajador ha efectuado una revelación protegida, se estima injustificado.³⁶⁵ La

³⁶² Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, Practical Points y nota explicativa sección 103A

³⁶³ ERA sección 48(3). En el caso de omisión el plazo se cuenta desde la fecha en que el empleador decidió no reaccionar, o desde la fecha en que el empleador realizó un acto inconsistente con la reacción, o desde la fecha en que se podría haber esperado razonablemente la reacción del empleador, según sea la evidencia del caso. El plazo siempre corre desde la fecha del detrimento, no de la revelación. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 47B(1).

³⁶⁴ Excepto en los casos de trabajadores contratados a plazo fijo por más de un año y que han acordado la renuncia a cualquier demanda de despido injustificado en caso de no renovación del contrato. En tal caso, el trabajador puede demandar por la no renovación a causa de haber efectuado una revelación protegida. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 47B(2).

³⁶⁵ El efecto de esta disposición es que si la causa del despido es el haber efectuado la revelación, automáticamente se considera injustificado y el tribunal no debe entrar a considerar

carga de la prueba recae en el empleador.³⁶⁶ La revelación debe ser la causa principal del despido, si concurren dos o más causas. La jurisprudencia ha decidido, en el caso de dos o más trabajadores denunciadores, que si no ha habido acción en contra de los otros, no se puede establecer la relación causal entre revelación y despido con respecto a uno solo de ellos.³⁶⁷

La sección 6 PIDA, 105(6A) ERA, trata sobre el despido a causa de *redundancy*, esto es, la reducción de personal o no persistir la necesidad de mantener al trabajador en su cargo. La ley considera este tipo de despido como injustificado si: a) la razón principal es *redundancy*; b) otros trabajadores en posición similar no fueron despedidos en las mismas circunstancias; y c) la principal razón para escoger al trabajador fue el haber efectuado una revelación protegida.³⁶⁸

Para efectos de las demandas por despido en razón de efectuar una revelación protegida, no rige límite de duración en el empleo ni límite de edad (por regla general la ley laboral requiere para poder demandar el despido injustificado al menos un año de empleo y no haber llegado a la edad normal de retiro, que por defecto es a los 65 años de edad).³⁶⁹

Los trabajadores despedidos pueden solicitar, como medida temporal, la reincorporación al trabajo o la declaración de que deben permanecer en el empleo. El

si las acciones del empleador fueron o no razonables. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 103A.

³⁶⁶ Excepto en el caso de trabajadores con menos de un año de trabajo, los que deben establecer, en un balance de probabilidades, que la principal razón del despido es haber efectuado la revelación protegida. Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 103A.

³⁶⁷ *March v the Holiday Place*, citado en Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 103A

³⁶⁸ Public Concern At Work, *Ob.Cit.*, nota explicativa sección 6 PIDA, sección 105(6A) ERA.

³⁶⁹ Sección 7 PIDA, sección 108(3)(ff) y sección 109(2)(ff) ERA

tribunal puede conceder la medida si halla que el trabajador probablemente obtendrá una decisión final favorable. Puede sostenerse que estas solicitudes tendrán más probabilidad de éxito para el trabajador en los casos de revelaciones internas o regulatorias, en que la carga de la prueba del demandante es más baja. La medida debe solicitarse dentro de los 7 días siguientes al despido; el tribunal la decidirá a la brevedad posible, pero notificando al empleador de la audiencia respectiva con al menos 7 días de antelación.³⁷⁰

i. Revisión de decisiones

El Civil Service Code establece específicamente para los trabajadores del sector público, la posibilidad de apelar las decisiones internas de los órganos ante la OCSC. Los Comisionados tienen la facultad de decidir, en base a los hechos y su investigación si se acoge o no la apelación. La OCSC puede efectuar recomendaciones a los departamentos de gobierno relativos a la materia de una apelación. Una vez que la apelación ha sido resuelta por la OCSC, no hay posibilidad de ulterior revisión.³⁷¹

j. Otros aspectos de la regulación

La PIDA no impone sanciones por efectuar alegaciones falsas o maliciosas; sin embargo, la CSPL ha sugerido que los empleadores adopten tal aproximación en su procedimientos internos. La naturaleza del régimen de revelaciones británico

³⁷⁰ Si el tribunal estima que es probable que el trabajador obtenga una decisión final favorable en el caso, en la audiencia de la medida cautelar primero preguntará al empleador si desea reincorporar o mantener al trabajador hasta la audiencia del juicio; si el empleador acepta, el tribunal dictará la orden en tal sentido; si el trabajador no acepta los términos de la reincorporación, el tribunal deberá decidir la razonabilidad de tal rechazo. Si lo estima razonable el contrato durará hasta la audiencia de juicio; si no es razonable, no se dicta orden alguna. Si el empleador no asiste a la audiencia de la medida cautelar o se manifiesta contrario a reincorporar al trabajador, el tribunal ordenará la continuación del contrato hasta la audiencia de juicio. *Public Concern At Work, Ob.Cit.*, nota explicativa sección 9 PIDA, secciones 128(1)(b) y 129(1) ERA.

³⁷¹ *Public Service Integrity Office (Canada), Ob.Cit.*, pp. 29-32

implícitamente puede disuadir a los individuos de efectuar tales actos ya que generalmente deberán informar a su propio empleador en la primera etapa o instancia.³⁷²

k. Percepciones sobre los resultados de la legislación

La CSPL ha sostenido que la PIDA es útil para proveer reparación en los casos de represalias, pero no constituye un sustituto para la cultura de incentivar activamente el desafiar las conductas inapropiadas. La PIDA delimita el mínimo de lo que debería esperarse en la comunicación de riesgos apropiada de la organización y de los administradores, como asimismo del personal, y delinea un mínimo de protección a denunciantes.³⁷³

Se ha criticado que la PIDA ha sido mal utilizada por abogados laboristas que demandan por represalias para la solución de otras disputas que no tienen realmente relación con el *whistleblowing*.³⁷⁴ Casos típicos identificados por la organización Public Concern At Work, han sido:³⁷⁵

- No permitir tiempo para deberes sindicales
- No dar permiso prenatal
- No permitir buscar empleo en situación de cesantía
- No permitir tiempo para cumplir deberes públicos
- Despido injustificado en razón de discapacidad
- Discriminación o victimización fundada en religión o en orientación sexual

³⁷² Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 32

³⁷³ Rohde-Liebenau, *Ob.Cit.*, pp. 27-30

³⁷⁴ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 110

³⁷⁵ Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 9-10

Estos casos están primariamente relacionados con transgresión de regulaciones laborales o condiciones de empleo. Durante la vigencia de la PIDA no se ha conocido ninguna denuncia sobre mantención u operación de mala calidad que tenga el potencial de causar pérdidas de vida, equivalente a aquellos hechos que inicialmente impulsaron la creación de esta legislación.³⁷⁶

Por otra parte, sin embargo, se ha argumentado que la complejidad de los procedimientos de revelación, podría disuadir a las personas de efectuarlas.³⁷⁷ Los requerimientos de las revelaciones más amplias (tercer nivel) hacen que el trabajador tenga menos acceso a la protección. Por ejemplo, si un trabajador decide llevar la revelación a los medios de comunicación y luego es despedido por ello, al conocer de la eventual demanda por despido injustificado el tribunal deberá examinar en primer lugar si el demandante cumple con los requisitos para que su revelación sea protegida según los requerimientos del tercer nivel; incluso podría perder la protección si falta a alguno de los criterios, por ejemplo, si ha recibido algún pago por la publicación de la revelación (uno de los criterios de las “revelaciones amplias” es que no pueden haber sido efectuadas para beneficio personal del denunciante).³⁷⁸

Asimismo las pesadas exigencias procedimentales para las revelaciones externas o amplias han sido vistas como restrictivas de los derechos del trabajador denunciante, ya que limita sus opciones para efectuar la revelación, y si ésta tiene por objeto conductas que han tenido lugar al interior del mismo órgano o departamento al que pertenece, aumentan los riesgos de represalias. La posibilidad de reclamo ante la OCSC en el sector

³⁷⁶ *Íbid.*

³⁷⁷ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 28

³⁷⁸ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 108-109

público en cierta forma compensa tales limitaciones, sin embargo, igualmente constituye sólo un recurso secundario.³⁷⁹

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley parece tener una aplicación abundante en tribunales. Fuera de los tribunales, los lugares de trabajo en el Reino Unido han mostrado signos de cambio y se ha sostenido en que la PIDA ha jugado un rol en promover y respaldar este cambio cultural.³⁸⁰

4.3. La protección a denunciantes en Australia

a. Generalidades

Australia es una federación que comprende seis estados y dos territorios. Por razones históricas y constitucionales, los estados legislan con respecto a la paz, orden y gobierno internos mientras que la legislatura federal, conocida como Commonwealth, legisla sobre materias específicas prescritas por la Constitución (tales como los asuntos extranjeros, el Servicio Público del Commonwealth, disputas de relaciones industriales que se extiendan más allá de un solo estado, y el tráfico comercial internacional o interestatal). El Commonwealth “devuelve” a los territorios y estados el poder de legislar sobre materias que les sean relevantes.³⁸¹

A nivel federal, no existe una ley especial sobre *whistleblowing*, sin embargo, la *Public Service Act* de 1999 –ley que regula en general sobre el Servicio Público Australiano- contiene una disposición (sección 16) que prohíbe la victimización o

³⁷⁹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 27

³⁸⁰ Myers, *Ob.Cit.*, pp. 111.

³⁸¹ Trott, Kirsten, The Australasian Perspective. En Calland, Richard y Dehn, Guy (eds.), *Whistleblowing Around the World. Law, Culture and Practice*. Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres, Reino Unido; The British Council, 2004, pp. 120

discriminación en contra de un empleado del Servicio Público a causa de informar infracciones al Código de Conducta contenido en la misma *Public Service Act* (sección 13). Este Código impone una serie de deberes de conducta sobre los funcionarios del Servicio Público, generalmente “afirmativos” o “positivos”, tales como el comportamiento y actuación con honestidad, integridad, diligencia, sujeción a la legalidad, entre otros. Estas disposiciones se complementan con aquellas de la *Public Service Act* que establecen las funciones y atribuciones del Comisionado del Servicio Público (Public Service Commissioner, parte 5) y del Comisionado de Protección de Méritos (Merit Protection Commissioner, parte 6), entidades con mandatos más amplios que la aplicación de las normas relativas a la protección de denunciantes, pero que en definitiva son las autoridades competentes con respecto a las revelaciones y la protección de represalias.³⁸²

Mientras que en algunos textos no se considera que la *Public Service Act* constituya una legislación a nivel nacional sobre *whistleblowing*,³⁸³ puesto que no regula sobre una variedad de aspectos importantes sobre la materia –en particular en cuanto a procedimientos y mecanismos de protección-, otra parte de la doctrina sí la ha considerado y analizado como un sistema de protección a denunciantes,³⁸⁴ ya que igualmente constituye una vía a través de la cual los funcionarios pueden efectuar revelaciones sobre conductas irregulares y eventualmente quedar protegidos de ciertas represalias.

³⁸² Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing (“Whistleblowing”)*, Gobierno de Canada, 2004, pp. 33

³⁸³ Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*. Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, Adelaida, Australia, 2005, pp. 4.

³⁸⁴ Brown, A.J.; Latimer, Paul; McMillan, John y Wheeler, Chris, *Best-practice whistleblowing legislation for the public sector: the key principles*. En Brown, Alexander Jonathan y Donkin, Marika, *Whistleblowing in the Australian Public Sector: Enhancing the Theory and Practice of Internal Witness Management in Public Sector Organizations*. Australian National University E Press, Camberra, Australia, 2008, pp. 261; Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 33.

También a nivel federal, existe una disposición relevante en la legislación del trabajo del Commonwealth, que vuelve inválida la terminación del empleo si una de las razones del término es la interposición de un reclamo o la participación en procedimientos en contra de un empleador, que involucre la supuesta violación de leyes o regulaciones o el recurso ante autoridades administrativas competentes.³⁸⁵

En los seis estados y en uno de los territorios de Australia, por el contrario, se han establecido legislaciones especiales sobre protección a denunciantes. En orden cronológico según su establecimiento, son las siguientes:

1. Australia Meridional: Whistleblowers Protection Act 1993
2. Queensland: Whistleblowers Protection Act 1994
3. Nueva Gales del Sur: Protected Disclosures Act 1994
4. Territorio de la Capital Australiana: Public Interest Disclosure Act 1994
5. Victoria: Whistleblowers Protection Act 2001
6. Tasmania: Public Interest Disclosures Act 2002
7. Australia Occidental: Public Interest Disclosures Act 2003

b. Antecedentes, objetivos y enfoque de la legislación

En la literatura especializada sobre protección a denunciantes de Australia se ha tratado sobre las barreras culturales en dicho país para la implementación y uso efectivo de sistemas de *whistleblowing*. “En Australia, así como en otros países, existe una renuencia cultural a alzar la voz. Ser llamado un “soplón” en Australia es un insulto serio y el “soplaje” es considerado una traición en una cultura en que el compañerismo

³⁸⁵ Sección 170CK(2)(e) de la *Workplace Relations Act* 1996. Esta disposición tiene la virtud de otorgar cierta protección limitada a denunciantes en el sector privado. Vaughn, Robert; Devine, Thomas; Henderson, Keith, *The Whistleblower Statute Prepared for the Organization of American States and the Global Revolution Protecting Whistleblowers*. George Washington University, National Law Center, 2003.

es frecuentemente omnipotente.”³⁸⁶ “El compañerismo, y por ende la lealtad, está entre los más altos de los “valores australianos”; en esta cultura no hay duda de que el *whistleblowing* es un fenómeno desafiante.”³⁸⁷ “Australia tiene una bien documentada cultura “anti-soplaje” que es contraria al *whistleblowing*. La detención del crimen y otras líneas anónimas son aceptables, pero no es aceptable acusar a los compañeros de trabajo.”³⁸⁸ “Todos los países valoran el compañerismo, pero pocos países lo valoran más que Australia (...) El compañerismo frecuentemente conlleva un interés monetario. Los compañeros forman empresas, se adjudican contratos unos a otros, se dan trabajo unos a otros, se protegen y se honran unos a otros (...) Los denunciantes australianos se enfrentan contra redes estrechas, bien controladas de compañerismo que se extienden a todas las áreas de la gobernabilidad. Si los denunciantes australianos sobreviven, deben sobrevivir sin compañeros.”³⁸⁹

Sin perjuicio de lo anterior, en Australia, los marcos legislativos han sido considerados fundamentales para incentivar y administrar las revelaciones de interés público en los últimos años; a partir de 1993, se han establecido las leyes especiales al efecto antes mencionadas. Se pueden apreciar amplias diferencias entre las leyes existentes; aunque cada una de estas aproximaciones legislativas contiene al menos algunos de los elementos actualmente considerados dentro de las mejores prácticas, ninguna de ellas los contiene todos, y muchas son consideradas deficientes bajo los estándares comparativos.³⁹⁰

³⁸⁶ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 119

³⁸⁷ *Íbid.*, pp. 142

³⁸⁸ Sawyer, Kim, *Courage Without Matanship*. National Conference of Whistleblowers Australia, Melbourne, noviembre de 2004, pp. 8

³⁸⁹ *Íbid.*, pp. 9.

³⁹⁰ Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 261-262

Una razón por la cual resulta de interés analizar la situación australiana en cuanto al tratamiento del *whistleblowing* es que, en un sentido, es un estudio comparativo ya hecho. Las diversas legislaciones han introducido diferentes regímenes para abordar los mismos asuntos, y cada una ha intentado progresar y mejorar sobre la experiencia de las otras. Esto queda particularmente demostrado en la forma en que asuntos como la investigación y el monitoreo de las revelaciones de los denunciantes han ido siendo integrados en las leyes. Desafortunadamente, muchos de los estados han copiado los errores de los otros y han ignorado algunos de los mejores aspectos de las leyes más antiguas (por ejemplo, la extensión de la ley de Australia Meridional al sector privado y la inclusión en Nueva Gales del Sur de las revelaciones a los medios).³⁹¹

Algunas de las diferencias más obvias entre estos regímenes legislativos se relacionan con la cobertura de la legislación, específicamente en lo relativo a cuáles funcionarios públicos –y otros, tales como familiares, amigos o personas relacionadas– se les aplica la protección; ante quién puede efectuarse la revelación; los tipos y la seriedad de la conducta que puede dar lugar a las revelaciones protegidas, y las personas y órganos con respecto a los cuales se pueden efectuar las revelaciones. Se ha criticado que, en general, estas distinciones tienden a requerir un grado de innecesaria fineza de conocimiento técnico para poder determinar si la legislación se aplica o no a un caso específico.³⁹²

A pesar de las diferencias entre ellas, los objetivos de las leyes australianas de *whistleblowing* son relativamente consistentes y claros. Ellos pueden resumirse de la siguiente manera:³⁹³

³⁹¹ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 141-142

³⁹² Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 264-265

³⁹³ *Ibid*, pp. 263

- Apoyar el *whistleblowing* de interés público facilitando la revelación de malas conductas;
- Asegurar que las revelaciones de interés público sean apropiadamente evaluadas y, en caso necesario, investigadas y tratadas;
- Asegurar que la persona que efectúe una revelación de interés público sea protegida del detrimento y de las represalias.

En cuanto a su enfoque, las leyes estatales de *whistleblowing* de Australia, aunque varían en sus disposiciones, reflejan la preocupación con respecto a la corrupción gubernamental, la mala administración y el desperdicio de fondos públicos. Generalmente requieren alegaciones relativas a mala conducta de parte de funcionarios públicos y todas reflejan un deseo de abordar la corrupción en el gobierno. A este enfoque puede atribuirse que estas leyes contemplen medidas de protección a denunciantes que van más allá de la preservación de derechos laborales e incluyan disposiciones tales como aquellas que protegen la integridad física de los denunciantes y los resguardan de demandas civiles.³⁹⁴

c. Ámbito de cobertura

Las leyes australianas sobre protección a denunciantes se enfocan en las revelaciones de información concerniente al sector público. Se ha criticado en doctrina la ausencia de regulación similar que cubra al sector privado. Existen ciertas disposiciones especiales de protección a denunciantes en regulaciones específicas que, sin embargo, no cubren toda la actividad ilegal o corrupta en el sector privado.³⁹⁵ La

³⁹⁴ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

³⁹⁵ Bowden, *Ob.Cit.*, pp. 4

sola excepción en este sentido es la legislación de Australia Meridional, que admite denuncias concernientes a privados que puedan incurrir en algunas de las conductas.³⁹⁶

En cuanto a los órganos a los que se aplican las disposiciones de *whistleblowing*, en el Commonwealth la ley cubre a personas que desempeñan funciones en departamentos u órganos ejecutivos y expresamente excluye a personas contratadas a honorarios, al Servicio de Inteligencia y a contratistas independientes.³⁹⁷ En cambio, otras legislaciones abarcan en forma más comprehensiva a otros órganos del sector público: en Australia Meridional, la ley cubre también al Parlamento, al Poder Judicial, a gobiernos locales y a la policía; en Australia Occidental cubre en general a cualquier persona que ocupe un cargo del Estado, incluyendo gobiernos locales, el Parlamento, funcionarios judiciales y la policía. En Victoria y en Tasmania, la cobertura también es amplia sobre órganos y autoridades públicas en general, incluyendo al Parlamento, pero se excluye al Poder Judicial y a funcionarios judiciales.³⁹⁸

Dada la alta incidencia de la privatización en Australia en la década de 1990, las jurisdicciones han ampliado su legislación para incluir a empresas de propiedad del estado y las legislaciones de Australia Occidental y Tasmania se extienden a la conducta de contratistas del sector público.³⁹⁹

En cuanto a las personas que pueden efectuar la denuncia, en Nueva Gales del Sur, Tasmania y Queensland, las revelaciones pueden ser efectuadas únicamente por

³⁹⁶ Conforme a la sección 4(1)(a) de la Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional) la "información de interés público" puede incluir el involucramiento de una persona adulta -sea o no funcionario público- un órgano corporativo o una agencia gubernamental en actividad ilegal, uso irregular o no autorizado de fondos públicos, mala administración de recursos públicos o conducta que cause daño sustancial a la salud o seguridad públicas o al medio ambiente.

³⁹⁷ Sección 6 de la Public Service Act (Commonwealth)

³⁹⁸ Sección 4(1) Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); sección 3(1) Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 4 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 3(1) Public interest Disclosures Act (Tasmania)

³⁹⁹ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 122

funcionarios públicos.⁴⁰⁰ En cambio, en el Territorio de la Capital Australiana, Australia Meridional, Australia Occidental, Victoria y en el Commonwealth, cualquier persona puede dar la alerta sobre malas conductas en el sector público, o sobre represalias tomadas en contra de un denunciante.⁴⁰¹ Se ha sostenido que en estas legislaciones con definiciones liberales sobre quién puede ser denunciante, esta aproximación de “postura abierta” ha llevado a la inserción de otras restricciones, sea en la legislación o en su implementación, con el fin de limitar una cantidad potencialmente abundante de casos. Por ejemplo, en Victoria y Tasmania, la protección es aplicable sólo a las revelaciones que pudieran, en caso de probarse, constituir un ilícito penal, o fundamentos razonables para despedir a un funcionario público.⁴⁰²

d. Órganos o entidades responsables

En general, en las jurisdicciones australianas, las revelaciones protegidas pueden ser efectuadas sea ante el jefe del órgano público en el que la mala conducta está ocurriendo o ante órganos públicos regulatorios o supervisores especificados, los que comúnmente incluyen un ombudsman. En varias jurisdicciones las revelaciones sobre algún tipo específico de mala conducta deben ser efectuadas ante al órgano correspondiente o competente que trate con tal tipo de mala conducta, de modo de que queden protegidas. En Australia Meridional, la disposición es ligeramente más amplia ya que la revelación queda protegida si es efectuada ante alguna persona ante la que sea, en

⁴⁰⁰ Sección 8(1) Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); sección 6 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); secciones 15 a 20 Whistleblowers Protection Act (Queensland). En Queensland, algunas de las categorías de conductas pueden ser denunciadas por cualquier persona, sin embargo, la regla general es que efectuar las revelaciones compete sólo a funcionarios.

⁴⁰¹ Sección 4 Public Interest Disclosures Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 4(1) Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); sección 5(1) Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 5 Whistleblowers Protection Act (Victoria); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 122.

⁴⁰² Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 266.

las circunstancias del caso, razonable y apropiado efectuar la revelación. Esto incluye, pero no se limita, a alguna autoridad apropiada definida en la Ley.⁴⁰³

En ninguna de las leyes australianas se crea una nueva entidad especializada encargada de dar aplicación a las normas de protección a denunciantes en forma centralizada o coordinada; y se entrega tal función a entidades preexistentes y con otros mandatos más amplios. Conjuntamente con ello, los órganos están obligados a establecer sus propios procedimientos internos. Mucha de la legislación actual fue redactada bajo el supuesto de que el bienestar de los empleados públicos queda mejor entregado al manejo de los jefes ejecutivos de cada órgano, sin asistencia de orientación legal o de supervisión externa.⁴⁰⁴ Así, puede sostenerse que en las legislaciones australianas se favorecen las revelaciones internas como vía principal del *whistleblowing*. Esta aproximación ha sido criticada: sobre los órganos recae una pesada responsabilidad de manejar el cúmulo de revelaciones de interés público; y la variabilidad en los resultados y en la calidad de los procedimientos de los órganos podrían hacer deseable una aproximación más consistente.⁴⁰⁵ Sin embargo, en algunas de las legislaciones australianas se ha adoptado en años recientes una aproximación más coordinada. En Australia Occidental, el Comisionado de Estándares del Sector Público es responsable de fijar los estándares para los procedimientos de los órganos y también monitorea, pero no interviene, en casos individuales. En Victoria, el ombudsman fija el estándar para los procedimientos de los órganos y otorga compensación para casos individuales, mientras que también cuenta con el poder de apoderarse de la investigación o de emitir recomendaciones sobre las investigaciones o el tratamiento de los individuos

⁴⁰³ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 125

⁴⁰⁴ Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 269

⁴⁰⁵ *Íbid.*, pp. 269

involucrados.⁴⁰⁶ El ombudsman cuenta también con estas mismas competencias en la legislación de Tasmania.

La aproximación australiana ha sido criticada por ser demasiado fragmentada y diversa. Ha habido llamados para la introducción de una agencia nacional independiente de revelaciones de interés público para recibir e investigar las revelaciones. A nivel estatal, las leyes de Victoria, Tasmania y Australia Occidental han avanzado en cierta medida hacia tal meta, dando responsabilidad para el monitoreo y la promoción de la legislación a órganos independientes, los ombudsmen y el Comisionado para los Estándares del Sector Público, respectivamente. Estos órganos tienen algunas ventajas sobre una autoridad nueva, en que, aparte de la ausencia de costos de establecimiento, ya cuentan con experticia y con recursos para investigar inquietudes, incluyendo aquellas políticamente sensibles. Estos órganos son respetados por el gobierno y otros actores importantes y pueden remitir investigaciones a autoridades y reguladores públicos, reforzando así la rendición de cuentas y supervisándola.⁴⁰⁷

Por otra parte, también existen cuestionamientos sobre las virtudes que podría traer el establecimiento de un órgano nuevo de revelaciones de interés público. Tal órgano nuevo podría traer el riesgo de mermar las líneas normales de rendición de cuentas y de la duplicación del rol de los órganos existentes. A la luz de la experiencia práctica de los denunciantes australianos de órganos públicos, existen reales cuestionamientos sobre si una nueva agencia estatal acrecentará el problema más que proveer una solución.⁴⁰⁸

e. Conductas denunciabiles

Fuera de la *Public Service Act* del Commonwealth, que tiene la peculiaridad de que las conductas denunciabiles se definen por las infracciones a los deberes del Código de

⁴⁰⁶ *Íbid.*, pp. 270.

⁴⁰⁷ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 140-141

⁴⁰⁸ *Íbid.*, pp. 141

Conducta, todas las demás leyes contemplan diversas formas de conducta inapropiada, ilegal, o negligente de órganos o funcionarios públicos. Por ejemplo en Nueva Gales del Sur la “mala administración” incluye conducta contraria a la ley, no razonable, injusta, opresiva o discriminatoria;⁴⁰⁹ en el Territorio de la Capital Australiana, incluye el rompimiento de la confianza pública y el mal uso de información adquirida en el ejercicio de funciones públicas.⁴¹⁰

El uso inapropiado o el desperdicio de fondos o recursos públicos se contempla expresamente –aunque articulado de diversas formas- en todas las leyes. En seis legislaciones (Australia Meridional, Queensland, el Territorio de Australia Capital, Victoria, Tasmania y Australia Occidental) se contemplan conductas que afecten a la seguridad y salud públicas o al medio ambiente.

En cuatro de las leyes (Queensland, Territorio de Australia Capital, Victoria y Tasmania) se incluyen dentro de las conductas denunciables las mismas represalias sufridas por efectuar la revelación.

Tres de las legislaciones (Nueva Gales del Sur, Victoria y Tasmania) incluyen expresamente el término “conducta corrupta.”

En Victoria y en Tasmania, la protección es aplicable sólo a las revelaciones que pudieran, en caso de probarse, constituir un ilícito penal, o fundamentos razonables para despedir a un funcionario público.⁴¹¹

f. Elementos de las revelaciones protegidas

⁴⁰⁹ Sección 11 de la Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur)

⁴¹⁰ Sección 4 de la Public Interest Disclosures Act (Territorio de la Capital Australiana)

⁴¹¹ Sección 3(1) Whistleblowers Protection Act (Victoria) y sección 3(1) Public Interest Disclosures Act (Tasmania).

En cuanto a los elementos o requisitos que deben cumplir las revelaciones para ser protegidas, en la mayoría de las legislaciones australianas se exige *la creencia de la persona que efectúa la revelación, sobre fundamentos razonables, con respecto a la ocurrencia o probabilidad de ocurrencia de los hechos o conductas reveladas*. En Nueva Gales del Sur tal requisito sólo se aplica con respecto a revelaciones al Parlamento o a la prensa; para las demás revelaciones basta que la información tienda a demostrar la conducta.⁴¹² Resalta del análisis de las distintas leyes que sólo en Queensland se exige un estándar de creencia “honesta”;⁴¹³ ninguna de las demás leyes exige algún otro elemento subjetivo relativo a la intención o motivación del denunciante.

Las leyes de Australia Meridional, Queensland, Victoria y Tasmania añaden como elemento o requisito para la protección de las revelaciones, el que sean efectuadas ante la entidad competente o ante la persona apropiada; en el Commonwealth, este es el único requisito que se expresa para la revelación.⁴¹⁴

En cuanto a la forma en que se efectúan las revelaciones, sólo en Queensland se admiten expresamente revelaciones involuntarias u obligatorias;⁴¹⁵ a la inversa, en Nueva Gales del Sur por regla general la revelación debe ser efectuada en forma voluntaria.⁴¹⁶ La mayoría de estas leyes australianas contempla normas para el tratamiento o protección de información revelada en el desarrollo de procedimientos judiciales. En cuatro de las leyes queda expresamente exenta la información sujeta a secreto profesional legal.⁴¹⁷ Son inadmisibles, por norma expresa, las revelaciones

⁴¹² Secciones 5 y 19(4) Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur)

⁴¹³ Sección 14(2) Whistleblowers Protection Act (Queensland)

⁴¹⁴ Sección 5 Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); sección 7(3) Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 12 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 14 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 16 Public Service Act (Commonwealth).

⁴¹⁵ Sección 22 Whistleblowers Protection Act (Queensland).

⁴¹⁶ Sección 9 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur)

⁴¹⁷ En el Territorio de la Capital Australiana, Victoria, Tasmania y Australia Occidental

anónimas en el Territorio de la Capital Australiana;⁴¹⁸ en cambio, se admiten expresamente en Victoria y Tasmania.⁴¹⁹

g. Procedimientos de revelación

Las leyes australianas sobre *whistleblowing* no establecen procedimientos propiamente tales, tendientes a que se efectúen las revelaciones y para que éstas sean tratadas o investigadas. Más bien, estas leyes entregan la carga de establecer procedimientos a los propios órganos públicos, y en su mayor parte regulan sólo algunos aspectos procedimentales.

Cuatro de las leyes de Australia -Tasmania, Australia Occidental, Victoria y el Territorio de la Capital Australiana- establecen como obligatorio que los órganos del sector público establezcan procedimientos que incentiven a los empleados a efectuar revelaciones, incluyendo el explicar a los empleados de sus derechos y el establecimiento de vías de revelación.⁴²⁰ En Queensland, las autoridades públicas deben establecer procedimientos para proteger a sus funcionarios contra las represalias, pero no necesariamente para facilitar las revelaciones.⁴²¹ La mayor parte de la legislación prescribe cómo los procedimientos deberían ser promovidos y quedar a disposición del personal. Sólo en Victoria, a través de orientaciones emitidas por el ombudsman –no a través de alguna norma legal-, las autoridades públicas son provistas con modelos de procedimientos de revelación, estructuras de denuncia y registro de documentación, así como con orientación detallada sobre cómo cumplir con la Ley, compilar y publicar

⁴¹⁸ Sección 16 de la Public Interest Disclosures Act (Territorio de la Capital Australiana)

⁴¹⁹ Sección 7 de la Whistleblower Protection Act (Victoria) y sección 8 de la Public Interest Disclosures Act (Tasmania)

⁴²⁰ Secciones 60 y 38 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 8 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 68 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 10 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana).

⁴²¹ Sección 27 Whistleblowers Protection Act (Queensland)

estadísticas y recibir, evaluar e investigar las revelaciones.⁴²² En Nueva Gales del Sur, Queensland, Victoria y Tasmania, si el órgano público cuenta con una política de *whistleblowing*, el funcionario público debe efectuar su revelación de acuerdo con tal política.⁴²³

Se ha criticado que, en la práctica, sólo relativamente pocos de estos procedimientos internos de revelación satisfacen el estándar relevante para la protección a denunciantes. Aún en aquellas normativas en que sí se establecen requerimientos legislativos para los procedimientos, éstos frecuentemente no se extienden a la ejecución de todos los objetivos básicos de la legislación, incluyendo la protección y manejo de las denuncias. De las cuatro leyes que explícitamente obligan a los órganos a desarrollar procedimientos para la forma en que los denunciantes deben ser protegidos (Queensland, Territorio de la Capital Australiana, Victoria y Tasmania), ninguna especifica alguna orientación particular o un contenido mínimo para estos procedimientos.⁴²⁴

Comparativamente, la legislación de Australia Occidental se destaca por imponer sobre el funcionario ejecutivo principal de cada autoridad pública la obligación positiva de proveer protección contra acciones de detrimento que pudieran sufrir los empleados denunciantes (sección 23(1)(b) de la Public Interest Disclosures Act 2003). Con ello queda claramente establecido que la protección de los denunciantes constituye una exigencia básica de administración para el funcionario ejecutivo principal.⁴²⁵

También se ha criticado que en general, en las legislaciones australianas no se contemplan los medios de comunicación como vía para efectuar revelaciones protegidas. Sólo la ley de Nueva Gales del Sur permite la revelación a los medios (o ante un

⁴²² *Victoria Whistleblowers Protection Act 2001, ombudsman's guidelines*, noviembre 2001.

⁴²³ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 124-125

⁴²⁴ Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 267-268

⁴²⁵ *Íbid.*, pp. 268

Miembro del Parlamento), e impone onerosas condiciones. Previo a que el denunciante pueda efectuar tal revelación, debe tener la creencia de que sea “sustancialmente cierta” y haber efectuado la revelación ante la autoridad u órgano respectivo; además, deben transcurrir seis meses de inactividad por parte de tal autoridad u órgano con respecto a la investigación de la revelación.⁴²⁶ El “período de gracia” de seis meses otorgado a las autoridades y órganos minimiza la aplicación práctica de la revelación a los medios de comunicación, haciéndola inefectiva como herramienta para detectar y resolver inquietudes de interés público urgentes y al transformarlas en poco atractivas para la prensa al volverse noticias viejas. La legislación de Australia Occidental es particularmente temerosa de los medios ya que la ley expresamente establece que el denunciante pierde la protección si revela públicamente información contenida en la revelación que no se le haya permitido.⁴²⁷

h. Investigación de las revelaciones

Existen dos aproximaciones tomadas por las jurisdicciones para el asunto de la investigación de la revelación (descontando a Australia Meridional, donde el asunto de la investigación no es mencionado). En Queensland y en Nueva Gales del Sur no hay un deber expreso de investigar, pero está implícito dentro del respectivo marco legal que la autoridad investigará una vez notificada de la mala conducta sospechada. En estas jurisdicciones, se confía en principios normales de rendición de cuentas. Si la investigación no es iniciada dentro del tiempo especificado, en Nueva Gales del Sur el denunciante puede acudir ante los medios, ante un Miembro del Parlamento, o ante el ombudsman.⁴²⁸

⁴²⁶ Secciones 19(4) y 5 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur). Dentro de este período de seis meses, el órgano debe haber decidido no investigar o bien no completar la investigación, u omitir recomendar medidas a ser tomadas, u omitir informar al denunciante sobre si habrá o no investigación.

⁴²⁷ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 136

⁴²⁸ Sección 16 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 134

En cambio, la legislación en Australia Occidental, Victoria, Tasmania, y en el Territorio de la Capital Australiana, impone sobre las autoridades el deber de investigar las inquietudes del denunciante, pero con el derecho a declinar investigar en ciertas circunstancias.⁴²⁹ En estas jurisdicciones, y también en Nueva Gales del Sur, en que no existe este deber, las autoridades pueden declinar investigar si se determina que la revelación fue frívola o maliciosa.⁴³⁰ En las legislaciones de Australia Occidental, Tasmania y Victoria la investigación sobre una revelación de interés público puede ser declinada si la revelación: a) es trivial; b) está mal concebida o carece de fundamentos; c) ya ha sido tratada, o d) concierne a algún asunto que ya ha sido determinado por una corte o tribunal.⁴³¹ En el Territorio de la Capital Australiana la autoridad puede declinar investigar la inquietud si el denunciante permanece en el anonimato,⁴³² y en Tasmania y en Victoria, si el denunciante había sabido de la revelación por más de 12 meses y no puede dar una explicación satisfactoria para el retraso en efectuar la revelación.⁴³³

Todas las jurisdicciones, excepto Australia Meridional, permiten que las autoridades que reciben las revelaciones la remitan a otra autoridad más apropiada.⁴³⁴

⁴²⁹ Sección 19 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); secciones 39, 72 y 84 Whistleblowers Protection Act (Victoria); secciones 39 y 63 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 8 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana).

⁴³⁰ Sección 40 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 8 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 17 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); secciones 40 y 64 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 16 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 134

⁴³¹ Sección 8 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); secciones 40 y 64 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 40 Whistleblowers Protection Act (Victoria).

⁴³² Sección 16 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana)

⁴³³ Secciones 40 y 64(d) Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 40(1)(b) Whistleblowers Protection Act (Victoria); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 135

⁴³⁴ Sección 28 Whistleblowers Protection Act (Queensland); secciones 41-44, 96 Whistleblowers Protection Act (Victoria); secciones 18 y 20 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); secciones 41, 42 y 78 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); secciones 25 y 26 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); sección 9 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental).

Las legislaciones australianas han requerido a las autoridades que reciben las revelaciones a dar retroalimentación al denunciante mediante notificaciones de las decisiones de investigar o no investigar, de remitir el asunto y del resultado de la investigación (a solicitud del denunciante en el Territorio de la Capital Australiana).⁴³⁵

Tasmania y Victoria han adoptado una aproximación única de dos niveles para la investigación de las inquietudes, la que busca asegurar que los recursos públicos sean gastados en investigar inquietudes de interés público y no en reclamos privados. Una vez que hay una revelación protegida, el órgano que recibe la revelación (sea el ombudsman o el órgano público) debe determinar si la revelación es o no una revelación de interés público.⁴³⁶ La decisión debe ser tomada dentro de un límite de tiempo específico, y el denunciante tiene el derecho a solicitar la revisión de la decisión o a efectuar un reclamo a su respecto. Si la revisión o el reclamo tienen éxito, y se decide finalmente que sí se trata de una revelación de interés público, el ombudsman debe investigarla o remitir el asunto de vuelta al órgano público, o a otro órgano competente para su investigación.⁴³⁷

En todas las jurisdicciones es usual que las autoridades públicas deban informar a un funcionario como el ombudsman, quien fiscaliza su investigación o su decisión de no investigar. Conforme a las leyes de Victoria, Tasmania, Australia Occidental y del Territorio de la Capital Australiana, si la investigación demuestra que la mala conducta revelada estaba teniendo lugar, la autoridad en cuestión está obligada a tomar los pasos apropiados para impedir la recurrencia de la conducta y para remediar cualquier daño.⁴³⁸ Estos pasos incluyen la remisión del asunto a una autoridad más alta o tomar acciones

⁴³⁵ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 136

⁴³⁶ Secciones 30, 33 y 79 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); secciones 24, 28, 33 y 97 Whistleblowers Protection Act (Victoria).

⁴³⁷ Trott, *Ob. Cit.*, pp. 136

⁴³⁸ Sección 75 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 81 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 22 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 9 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental).

disciplinarias en contra de la persona involucrada en la mala conducta. En Victoria y en Tasmania, el ombudsman también debe informar al parlamento si siente que la autoridad ha tomado pasos insuficientes en respuesta a sus recomendaciones.⁴³⁹

i. Protecciones al denunciante

En las leyes australianas de *whistleblowing*, la protección legal a los funcionarios que efectúen revelaciones frecuentemente toma cuatro formas:⁴⁴⁰

- Exención de responsabilidad criminal por infracción a disposiciones legales de secreto
- Exención de responsabilidad civil, por ejemplo, por difamación o incumplimiento de contrato
- Protección de sanciones disciplinarias o laborales, tales como reducción de salario o de posición o terminación del empleo, como resultado de la revelación
- Reparación legal por cualquier detrimento sufrido como resultado de efectuar la revelación

Los denunciantes en todas las leyes estatales quedan inmunes de responsabilidad civil y penal por haber efectuado revelaciones protegidas.⁴⁴¹ En la mayoría de las jurisdicciones, los denunciantes también quedan exentos de las obligaciones de confidencialidad. Conforme a las leyes de Queensland, Nueva Gales del Sur, Victoria, y del Territorio de la Capital Australiana, se otorga la defensa de privilegio en relación con

⁴³⁹ Sección 58 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 66 Whistleblowers Protection Act (Victoria); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 137

⁴⁴⁰ Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 271-272

⁴⁴¹ Sección 16 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 13 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 14 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 35 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 5 Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); sección 39(1) Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 21 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur).

procedimientos por difamación, a las personas que han efectuado revelaciones en las formas prescritas de acuerdo a la legislación.⁴⁴²

Las leyes del Territorio de la Capital Australiana, de Australia Occidental, Victoria y Tasmania específicamente declaran que nada en la legislación autoriza la revelación de información que está sujeta a secreto profesional legal. Las demás jurisdicciones no se refieren a la materia. Sin embargo, en Queensland y en Nueva Gales del Sur no se aplican las obligaciones de confidencialidad originadas en juramentos, normas legales o profesionales a revelaciones conforme a las leyes.⁴⁴³

En las jurisdicciones australianas los tipos de acción de detrimento proscritas incluyen acciones que causen: a) lesiones; b) pérdida o daños; c) intimidación u hostigamiento y discriminación, y d) tratamiento desventajoso o adverso en relación con el empleo, carrera, profesión, industria o comercio de una persona, incluyendo acciones disciplinarias.⁴⁴⁴ La ley de Queensland también incluye amenazas de detrimento y pérdida financiera del detrimento, mientras que la ley de Australia Meridional incluye la amenaza de represalias. Los empleados del servicio público en las leyes del Territorio de la Capital Australiana y en Queensland pueden solicitar ser reubicados si existe un peligro de represalias y ello es visto como la única forma práctica de remover el peligro. La reubicación está prohibida sin el consentimiento del denunciante.⁴⁴⁵

⁴⁴² Sección 21 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); sección 17 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 39(2) Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 35 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 127-128

⁴⁴³ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 130

⁴⁴⁴ Capítulo 5 Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 18(2) Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 3 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 19(2) Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 3 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 9(4) Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional).

⁴⁴⁵ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 138-139

Con excepción del Commonwealth y Australia Meridional, en todas las demás jurisdicciones constituye un ilícito penal el emprender represalias como resultado de una revelación de interés público.⁴⁴⁶ También, con excepción del Commonwealth y Nueva Gales del Sur, cualquier persona que sufra detrimento a causa de efectuar la revelación tiene derecho a demandar a la persona u órgano responsable del detrimento, ante la Corte Distrital o la Corte Suprema.⁴⁴⁷ Esto puede ser por vía de una acción de indemnización por daños, conforme a las normas sobre responsabilidad civil, o -en Australia Meridional y en Australia Occidental-, como una acción por victimización conforme a la legislación de igualdad de oportunidades. Se ha sostenido que es necesario que en la legislación se desarrollen mecanismos más efectivos que las vías mencionadas para demandar y obtener las reparaciones; los propios órganos no cuentan con medios organizados para asegurar la compensación adecuada y el apoyo y protección para los empleados denunciadores.⁴⁴⁸ Se ha argumentado también que una aproximación compensatoria puede proveer un remedio más efectivo a los problemas experimentados por el denunciante, en contraste con la persecución penal de las personas que deliberadamente emprenden represalias, que tiende a ser un mecanismo menos efectivo, especialmente considerando el estándar más exigente de prueba en materia penal. Las persecuciones criminales por represalias han sido pocas en cantidad y no han llevado aún a ninguna condena en ninguno de los estados.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Sección 42 Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 18 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 25 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 19 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 14 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 20 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur).

⁴⁴⁷ Sección 43 Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 19 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 29 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 20 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 15(1)(2) Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 9(2) Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional).

⁴⁴⁸ Brown et al., *Ob.Cit.*, pp. 272

⁴⁴⁹ *Ibid.*, pp. 273

La jurisprudencia ha otorgado compensaciones por daños con fundamento en la omisión de adoptar medidas razonables para cumplir el deber de los órganos de apoyar y proteger a aquellos empleados que satisfacen las obligaciones de denunciar mala conducta dentro de la organización.⁴⁵⁰ En contraste con este desarrollo en la jurisprudencia, no se ha conocido hasta ahora ningún caso en que algún denunciante haya tenido éxito en obtener compensación a través de los mecanismos contemplados en las leyes australianas de *whistleblowing*.

En cuanto a la protección de confidencialidad, constituye delito el revelar información que sea objeto o que sea recibida como resultado de una revelación protegida conforme a las leyes de Queensland, Australia Occidental, Victoria, Territorio de la Capital Australiana y Tasmania.⁴⁵¹ Las excepciones a esto típicamente permiten el informar sobre lo esencial de la revelación y la manera y el resultado de su investigación para permitir la fiscalización efectiva. En contraste, las leyes de Nueva Gales del Sur y de Australia Meridional se enfocan sólo en mantener la confidencialidad de la identidad del denunciante. Estas leyes declaran que la información que pudiera identificar al denunciante no puede ser revelada sin su consentimiento, a menos que sea esencial para: a) la investigación efectiva de la revelación; b) en vista de los principios de justicia natural, o c) la investigación efectiva de la supuesta mala conducta.⁴⁵²

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pp. 273-274. En Nueva Gales del Sur, en el año 2001 la Corte de Distrito decidió en *Wheadon vs. State of New South Wales* que el Servicio Público era responsable de daños por haber infringido su deber de cuidado hacia un funcionario, que había denunciado la sospecha de conducta corrupta.

⁴⁵¹ Sección 55 Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 22 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 33 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 23 Public Interest Disclosures Act (Tasmania); sección 16 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental)

⁴⁵² Sección 22 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur); sección 16 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 7 Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); Trott, *Ob.Cit.*, pp. 128-129

En Australia Occidental se requiere que la persona que proponga revelar la identidad del denunciante notifique a éste de su intención. La información contenida en las revelaciones protegidas, o que pudiera revelar la identidad del denunciante o de la persona en contra de la cual se ha efectuado una revelación, están exentas de las leyes de libertad de información en Australia Occidental, Nueva Gales del Sur, Tasmania y Victoria.⁴⁵³

j. Revelaciones falsas o infundadas

Cualquiera que a sabiendas o temerariamente revele información falsa o que induzca a error comete un delito en cualquiera de las jurisdicciones estatales australianas.⁴⁵⁴ Tal delito ciertamente es un desincentivo fuerte para presentar no sólo inquietudes maliciosas sino también inquietudes de las que se prueba que son inexactas. De esta forma existe un real riesgo que operará en contra del interés público si la amenaza de persecución significa que los denunciantes declinarán presentar inquietudes cuando sólo tengan una sospecha. En Nueva Gales del Sur, los denunciantes pierden la protección⁴⁵⁵ si la revelación es frívola o maliciosa.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 129

⁴⁵⁴ Sección 56 Whistleblowers Protection Act (Queensland); sección 106 Whistleblowers Protection Act (Victoria); sección 34 Public Interest Disclosure Act (Territorio de la Capital Australiana); sección 87 Protected Disclosures Act (Tasmania); sección 24 Public Interest Disclosures Act (Australia Occidental); sección 10 Whistleblowers Protection Act (Australia Meridional); sección 28 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur)

⁴⁵⁵ Sección 18 Protected Disclosures Act (Nueva Gales del Sur)

⁴⁵⁶ Trott, *Ob.Cit.*, pp. 131-132

4.4. República de Sudáfrica

4.4.1. Antecedentes y desarrollo de la legislación

Actualmente la legislación de *whistleblowing* de Sudáfrica es la *Protected Disclosures Act*, vigente desde febrero de 2001; el origen de esta legislación es de especial interés dado el contexto histórico, político, social y cultural en que fue desarrollada y que en muchas formas incide en varias de sus características más distintivas.

En la era del Apartheid, en un sistema que aseguraba la dominación de una minoría de raza blanca a costa de la mayoría de raza negra, dentro del aparato de represión del gobierno se incluía el desarrollo de una sofisticada red de espionaje, infiltrándose con éxito en cada sector de la sociedad. Las comunidades, sindicatos, organizaciones no gubernamentales e individuos eran observados cercanamente, y se formó una cultura en que las personas no sabían en quién podían confiar o no. Los funcionarios del Apartheid ofrecían recompensas monetarias por delatar actividades en contra del régimen, y en un contexto de pobreza y alto desempleo, resultaba difícil resistir estos incentivos, llevando a que personas fueran delatadas por compañeros de trabajo, en sindicatos, por vecinos o incluso por miembros de la familia. El temor de ser observado y denunciado dominaba cada encuentro y reunión; se colocaban micrófonos en las habitaciones y los teléfonos eran intervenidos. Las personas que delataban a otras eran llamadas *impimpis* y si eran atrapados o incluso se sospechaba que eran informantes, enfrentaban frecuentemente una horrible muerte pública en frente de otros miembros de su sociedad, como ejemplo de conducta que no sería tolerada. Dada esta realidad, el delatar las actividades de otros en Sudáfrica es visto, incluso hasta el día de hoy, como sumamente estigmatizante y

negativo, lo que resulta en un enorme obstáculo cultural en la lucha contra la corrupción por la renuencia de los individuos a exponer tal tipo de conductas.⁴⁵⁷

Por otra parte, el sector privado en Sudáfrica era notoriamente poco transparente y propenso al abuso. Durante la década de 1970, el gobierno incentivó a las empresas del sector privado a colaborar en mantener el sistema del Apartheid. Con excepción de unas pocas voces disidentes, las grandes empresas en gran medida estaban dispuestas a tomar ventaja de las muchas oportunidades que la legislación opresiva del apartheid les otorgaba a expensas de los trabajadores negros.⁴⁵⁸

Tras el fin del régimen del Apartheid, quedó claro que la transición implicaría una renovación completa del sistema de gobierno. El secretismo hasta entonces imperante en las operaciones de los órganos del estado habían permitido, además del abuso de los derechos humanos de la mayoría de la población, la proliferación de malas prácticas y de corrupción en el servicio público, especialmente en los antiguos Bantustanes.⁴⁵⁹ En concordancia con esto, la Constitución Interina que fue negociada antes de las primeras elecciones democráticas de 1994 consagraba explícitamente la aspiración de una democracia que empoderara a las personas para participar en su gobierno, y en que el gobierno rindiera cuenta por sus decisiones. Corto tiempo después de las históricas elecciones de 1994, el gobierno reunió un equipo de altos funcionarios, académicos y expertos en derecho administrativo para conducir investigaciones y efectuar propuestas

⁴⁵⁷ Dimba, Mukelani; Stober, Lorraine y Thomson, Bill, *The South African Experience*. En Calland, Richard y Dehn, Guy (eds.), *Whistleblowing Around the World. Law, Culture and Practice*. Open Democracy Advice Centre, Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica y Public Concern At Work, Londres, Reino Unido; The British Council, 2004, pp. 143; Camerer, Lala, *Protecting Whistleblowers in South Africa: The Protected Disclosures Act, N° 26 of 2000*. Institute for Security Studies, Ciudad del Cabo, 2001, pp. 1-2; Transparency International, *Corruption Fighters' Toolkit*, sección IV, pp. 42; Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing ("Whistleblowing")*, Gobierno de Canada, 2004, pp. 50.

⁴⁵⁸ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 143-144

⁴⁵⁹ Antiguos territorios de autogobierno de personas negras demarcados sobre bases étnicas y tribales.

de legislación en torno a la apertura del gobierno en la forma prevista en la Constitución Interina. En 1995, este Grupo de Trabajo sobre Democracia Abierta entregó su propuesta para una Ley de Democracia Abierta, en que declararon que la voluntad de los funcionarios de manifestarse en contra de la corrupción, la infracción de la ley o la mala administración, era indispensable para un gobierno responsable y una administración eficiente. El Proyecto de la Ley de Democracia Abierta fue publicado en octubre de 1997, y plasmaba tales ideas entre sus principales objetivos. En concordancia con ello, en su sección 63(1) proveía protección a personas que efectuaban “revelaciones de buena fe sobre la evidencia de contravención a la ley, corrupción, deshonestidad y mala administración grave en órganos del estado o por funcionarios de gobierno.”⁴⁶⁰

En julio de 1998, se abrió un proceso de consulta pública para el Proyecto, en que se recibieron presentaciones del público, incluyendo aquella del *Open Democracy Campaign Group*, que comprendía diez organizaciones no gubernamentales. Este grupo de campaña argumentó que el alcance de la sección de protección a denunciantes del Proyecto debía extenderse para incluir al sector privado; la exclusión de la protección a denunciantes del sector privado era vista como una omisión o falla central del Proyecto, dado que como resultado de la corporatización, privatización y externalización de los servicios y bienes públicos, numerosas organizaciones privadas y corporaciones habían llegado a ejercer poder y a desempeñar funciones que tradicionalmente recaían dentro de la responsabilidad del estado. Esta postura tuvo importante apoyo en la Cumbre Nacional Anti-Corrupción de 1998, en que se resolvió implementar las disposiciones de *whistleblowing* en el sector público y privado.⁴⁶¹

A su vez, el *Institute for Security Studies* (ISS) también efectuó recomendaciones, con respecto a aspectos técnicos y conceptuales de la protección a denunciantes. Entre sus propuestas clave, estaba que estas disposiciones debían ser removidas de la

⁴⁶⁰ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 144-145

⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 145-146; Camerer, *Ob.Cit.*, pp. 2-3

legislación sobre libertad de información y puestas en una legislación separada, argumentando que esta acción resultaría en una mayor visibilidad de la protección a denunciantes. El ISS también propuso que tener en vista legislaciones de otras jurisdicciones que pudieran ser relevantes para la situación de Sudáfrica, por ejemplo, la *Public Interest Disclosures Act* del Reino Unido de 1998.⁴⁶²

Hacia octubre de 1999 la Comisión de Justicia del Parlamento acordó acoger las propuestas anteriores; se adoptó un nuevo Proyecto inicial, de legislación de protección de denunciantes, basado en la legislación del Reino Unido como modelo –aunque adaptándose a la ley y a la sociedad de Sudáfrica–, y en que las disposiciones incluían al sector privado. Este nuevo Proyecto se convertiría en la base de la *Protected Disclosures Act* actual. Una segunda versión del proyecto fue publicada posteriormente para comentarios y deliberación públicas. Durante esta etapa se criticó la limitación de la aplicación de las disposiciones a la relación entre trabajador y empleador, argumentándose que en numerosas situaciones las personas podían efectuar revelaciones totalmente fuera de alguna relación laboral; sin embargo, esta crítica no fue acogida y el Proyecto no fue enmendado para incluir protección para denunciantes que no eran empleados.⁴⁶³

4.4.2. Características de la legislación

a. Objetivo, enfoque y cobertura

El preámbulo de la *Protected Disclosures Act* declara que su propósito es crear una cultura para facilitar la revelación de información por parte de empleados relativa a conductas criminales e irregulares en el lugar de trabajo en forma responsable, mediante

⁴⁶² *Íbid.*

⁴⁶³ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 147-148

el proveer de orientaciones legales comprensivas para la revelación de tal información y la protección contra cualquier represalia (definida en la ley como “detrimento ocupacional”) como resultado de tales revelaciones; y promover la erradicación de conductas criminales e irregulares en los órganos del estado y en órganos privados. Estos propósitos aparecen reforzados en la sección 2(1), conforme a la cual los objetivos de la ley son:

- Proteger al *empleado*, sea en el sector público o privado, de ser sujeto a un *detrimento ocupacional* a causa de haber efectuado una *revelación protegida*;
- Disponer de ciertos remedios en conexión con cualquier *detrimento ocupacional* sufrido a causa de haber efectuado una *revelación protegida*; y
- Disponer de procedimientos en cuyos términos un *empleado* puede, de manera responsable, revelar información relativa a *incorrecciones* por su *empleador*.

La cobertura dual de esta Ley –sector público y privado-, tanto con respecto a la persona que efectúa la revelación como en lo relativo a las conductas que pueden ser objeto de la revelación, es un aspecto distintivo de la PDA, pues provee iguales protecciones y sanciones independientemente de la fuente de la revelación o de la mala conducta.⁴⁶⁴

La PDA se limita en gran medida al ámbito de la relación entre trabajador y empleador, siguiendo en parte la legislación en que se basó su elaboración, la *Public Interest Disclosures Act* del Reino Unido, de carácter eminentemente laboral. Conforme a la sección 1(ii) de la PDA, se entiende por “empleado”, a) cualquier persona, excluyendo un contratista independiente, que trabaje para otra persona o para el Estado y que reciba, o tenga derecho a recibir, cualquier remuneración; y b) cualquier otra persona que de cualquier forma asista en desempeñar o conducir los negocios de un empleador. Por su parte el término “empleador”, conforme a la sección 1(iii), significa

⁴⁶⁴ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 50-51

cualquier persona, a) que emplee o provea trabajo para cualquier otra persona y que remunera o expresa o tácitamente se compromete a remunerar a la otra persona; o b) que permite a cualquier otra persona de cualquier forma asistir en el desempeño o conducción de su negocio. La definición también contempla a cualquier persona que actúe en representación o en autoridad del empleador.

Esta limitación a la relación trabajador – empleador fue objeto de críticas durante los procesos de consulta pública en la elaboración de la ley; se argumentó que ello dejaría sin protección a un amplio rango de denunciantes, nombrándose diversos ejemplos en que las denuncias podrían efectuarlas personas que no son empleados (denuncias en prisiones, sobre políticas de salud pública, en el ámbito académico, otorgamiento de permisos o licencias públicas, de pensionistas, puesta en “lista negra”, provisión de medicamentos, etc.).⁴⁶⁵ Estas reservas originales con respecto a la aplicación sólo a los empleados y empleadores ha demostrado ser una deficiencia mayor. Posteriormente se han efectuado representaciones ante la Comisión de Reforma Legal para ampliar el ámbito de la Ley para incluir una categoría más amplia de personas, incluyendo contratistas.⁴⁶⁶

b. Entidades responsables

Sin perjuicio de la existencia de cinco diferentes vías de revelación, según se describe más adelante, en Sudáfrica las entidades principales encargadas de tratar las revelaciones son dos: el *Public Protector* (antes conocido como el ombudsman) y el *Auditor-General*. Ambos son órganos nacionales con responsabilidades mayores que las revelaciones, incluyendo el recibir e investigar otros tipos de reclamos, conforme a sus respectivos mandatos. El *Public Protector* es independiente del gobierno y es designado por el Parlamento. Sus poderes incluyen la facultad de investigar, recomendar acciones

⁴⁶⁵ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 147-148; Camerer, *Ob.Cit.*, pp. 3

⁴⁶⁶ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 149

correctivas y emitir informes. Otras responsabilidades incluyen investigaciones sobre discriminación impropia, mala administración, deshonestidad en relación con fondos públicos, entre otras. El *Auditor-General* es una posición independiente designada por el Presidente, cuyo rol primario involucra el monitoreo y combate del crimen económico en el país.⁴⁶⁷ Si bien la PDA no especifica autoridades de investigación con respecto a ninguna organización en particular, el *Public Protector* y el *Auditor-General* tienen poderes de investigación conforme a sus respectivos mandatos y estatutos de establecimiento respectivos.⁴⁶⁸

c. Conductas denunciables

En cuanto a las conductas denunciables, la sección 1(i) de la PDA describe la mala conducta como cualquier conducta de un empleador o de un empleado de tal empleador que demuestre o tienda a demostrar en forma real o probable alguno de los siguientes hechos: (1) ilícito criminal; (2) no cumplimiento de una obligación legal; (3) error judicial; (4) peligro a la salud o seguridad de un individuo; (5) daño al medio ambiente; (6) discriminación injusta; o (7) el ocultamiento deliberado de información pertinente a cualquiera de los asuntos anteriores. La sección 1(iv) de la PDA define estas conductas como “incorrecciones” (*improprieties*) y serán consideradas como tales independientemente de si ocurren dentro del territorio de la República de Sudáfrica o en otro lugar, estableciéndose así la aplicación extraterritorial de esta ley. Además la conducta calificará como “incorrección” aún si con respecto a ella es aplicable la legislación extranjera. No incluye asuntos de personal, ni se relaciona con un Código de Conducta.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 51

⁴⁶⁸ *Íbid.*, pp. 54

⁴⁶⁹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 52

d. Elementos de las revelaciones

Conforme a la sección 1(i) de la PDA, se considera como “revelación” cualquier revelación de información concerniente a cualquier conducta del empleador, efectuada por el empleado, quien tenga razones para creer que la información en cuestión demuestre o tienda a demostrar una o más de las categorías de conductas denunciables. Las revelaciones se consideran protegidas si, además de lo anterior, son efectuadas por las vías y las entidades señaladas en la ley, cumpliéndose los requisitos establecidos para cada caso (sección 1(ix)). El elemento sustantivo común para todas las revelaciones protegidas es *la creencia razonable de la persona de que la información que está siendo revelada demuestre o tienda a demostrar la existencia o probable existencia de una forma de mala conducta*. La buena fe del denunciante se exige en todas las vías de revelación, salvo si es efectuada en el curso de obtener asesoría legal, como se explica a continuación.

e. Procedimientos de revelación

La PDA señala cinco clases de personas o entidades ante las cuales es válido efectuar la revelación, estableciéndose al mismo tiempo cinco vías diferentes, cada una con sus requisitos sustanciales y procedimentales diferentes.

En primer lugar, la revelación se considera protegida si es efectuada ante un abogado o una persona cuyo trabajo consista en entregar asesoría legal, y si es efectuada con el objeto de obtener tal asesoría (sección 5). Esta es la única vía de revelación que no exige la buena fe de la persona y la que presenta menores elementos para que se considere protegida.

En segundo lugar, la revelación también se considera protegida si es efectuada, de buena fe, ante el propio empleador, o ante una persona autorizada por éste, siempre que se observe el procedimiento prescrito o autorizado para ello por el propio empleador para informar o remediar la incorrección respectiva, si lo hay; si no existe tal

procedimiento establecido, basta la revelación de buena fe ante el empleador. A la inversa, si el denunciante sigue el procedimiento prescrito, la revelación igualmente se considerará protegida aunque se efectúe ante alguna persona distinta del empleador (sección 6).

La tercera vía corresponde fundamentalmente a revelaciones efectuadas por funcionarios del gobierno; conforme a la sección 7, la revelación será protegida si es efectuada de buena fe ante un miembro del Gabinete o del Consejo Ejecutivo de la provincia respectiva, si el empleador de la persona que efectúa la revelación es:

- a. Un empleado designado por un un miembro del Gabinete o del Consejo Ejecutivo de la provincia;
- b. Un órgano cuyos miembros sean designados por un un miembro del Gabinete o del Consejo Ejecutivo de la provincia; o
- c. Un órgano del estado⁴⁷⁰ que se encuentre dentro del área de responsabilidad del respectivo miembro de Gabinete.

En una cuarta vía, conforme a la sección 8, también quedan protegidas las revelaciones efectuadas de buena fe ante el Public Protector, el Auditor-General o ante alguna otra entidad prescrita en la ley para tal propósito, si la persona cree razonablemente que se trata de la entidad que ordinariamente trata con las materias dentro de las cuales pueda recaer la conducta respectiva, y si cree que la información revelada y cualquier alegación contendida en ella son sustancialmente verdaderas. En estos casos, la persona u órgano que reciba la revelación y considere que el asunto sería

⁴⁷⁰ Se entiende por “órgano del Estado” cualquier departamento de estado o administración en la esfera nacional o provincial de gobierno o cualquier municipalidad en la esfera de gobierno local; o cualquier otro funcionario o institución cuando ejerza una facultad o desempeñe un deber en los términos de la Constitución o de una constitución provincial, o cuando ejerza un poder público o desempeñe una función pública conforme a los términos de cualquier legislación (sección 1(vii)).

tratado en forma más apropiada por otra persona u órgano, debe asistir al empleado denunciante de modo que pueda efectuar la revelación ante quien corresponde.

La quinta y última vía de revelación es aquella de las “revelaciones generales protegidas” (sección 9). Bajo esta categoría, cualquier revelación, sin importar ante quién se efectúe, incluso aquellas efectuadas ante los medios de comunicación, pueden ser potencialmente protegidas. Para ello la ley exige requisitos mucho más extensivos: debe ser efectuada de buena fe, con la creencia razonable de que la información revelada y cualquier alegación contenida en ella son sustancialmente ciertas, y no efectuada para beneficio personal (excluyendo cualquier recompensa que pudiera otorgarse conforme a la ley). Además, considerando las circunstancias del caso, debe ser razonable efectuar la revelación; y la “revelación general protegida” debe satisfacer al menos una de las siguientes cuatro condiciones:

1. la persona tiene razones para creer que será objeto de detrimento ocupacional si efectúa la revelación ante el empleador;
2. no existe una entidad prescrita en la ley para tratar la mala conducta relevante y la persona tiene razones para creer que la evidencia será ocultada o destruída si efectúa la revelación ante el empleador;
3. la persona previamente ya ha efectuado sustancialmente la misma revelación ante el empleador o ante la entidad prescrita en la ley y no se ha tomado alguna acción dentro de un tiempo razonable; o
4. la mala conducta es de naturaleza excepcionalmente seria.

A mayor abundamiento, en la sección 9(3) la Ley establece otros criterios para la evaluación de las revelaciones generales protegidas: tal revelación será considerada razonable, en consideración a factores tales como: (1) la identidad de la persona ante la cual se efectúa la revelación; (2) la seriedad de la incorrección; (3) si la incorrección continúa o es probable que ocurra en el futuro; (4) si la revelación es efectuada en infracción a un deber de confidencialidad del empleador hacia otra persona; (5) si se ha

efectuado previamente la revelación ante el empleador u órgano prescrito sin que se hayan tomado medidas, se considerará cualquier acción que el primer receptor de la revelación pudiera haber tomado; (6) si se siguió cualquier procedimiento prescrito por el empleador, y (7) el interés público.

El incremento de los estándares exigidos para que la revelación se considere protegida en cada vía, que van desde casi ningún requisito en el caso de revelaciones efectuadas en la obtención de asesoría legal, hasta una gran cantidad de elementos a considerar con respecto a las revelaciones efectuadas ante el público general o a los medios de comunicación, refleja un énfasis en quién recibe la revelación; a través de incrementar el estándar sustantivo de acuerdo a qué tan lejos del ámbito del empleo se efectúe la revelación, la PDA favorece fuertemente –aunque no explícitamente- el efectuar las revelaciones y tratar con las mismas en forma interna. Esta aproximación se encuentra en concordancia con lo establecido en el mismo preámbulo de la Ley, que incluye una obligación positiva tanto para el empleador como para el empleado de denunciar cualquier conducta criminal o irregular en el lugar de trabajo, y la responsabilidad legal de los empleadores de asegurar que los empleados queden protegidos de las represalias.⁴⁷¹

Richard Calland describe el sistema de revelaciones de Sudáfrica de la siguiente forma: “en el corazón de la Ley está la noción de que la prevención es mejor que la cura. Incentiva fuertemente a que los denunciantes revelen en primer lugar ante su empleador, con el fin de que el empleador deba tener la oportunidad de remediar la mala conducta. Los potenciales denunciantes necesitan saber que primero deben atravesar esta puerta en que la prueba es aquella de la buena fe, en lugar de efectuar una revelación más amplia que podría requerir pruebas mayores.”⁴⁷² Lala Camerer expresa que la ley está estructurada específicamente en una forma que sirve mejor a los intereses de

⁴⁷¹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 54-55

⁴⁷² Citado en Camerer, *Ob.Cit.*, pp. 3

organizaciones responsables. Sólo cuando los canales internos han sido agotados o éstos fallan, las revelaciones más amplias a órganos externos son protegidas si pasan pruebas significativamente mayores. De esta forma la ley concilia la protección tanto de trabajadores como de empleadores: los empleadores pueden recibir alertas tempranas sobre problemas en sus organizaciones y pueden abordarlas antes de que se diseminen al conocimiento público; los empleados, por su parte, pueden presentar inquietudes legítimas en un ambiente confiable sin que puedan ser objeto de detrimentos ocupacionales.⁴⁷³

Sin embargo, se ha criticado que la Ley es débil en cuanto a forzar, o al menos incentivar apropiadamente a los empleadores para que implementen mecanismos de protección. Ya que la PDA no obliga a los empleadores a hacer nada más que no victimizar a los denunciantes, pocos ven alguna urgencia o imperativo para poner en marcha el tipo de políticas o sistemas de denuncia que la ley avisora. En consecuencia, pocas empresas están invirtiendo en sistemas de denuncia, prefiriendo, en cambio, vías de menor costo y menor efectividad, como líneas de ayuda anónimas. En vista de ello se ha propuesto fortalecer la Ley mediante la eventual introducción de la obligación para empresas de cierto tamaño de poner en marcha una política de *whistleblowing*, y a través del incremento de las recompensas que pueden ser pagadas a los denunciantes que sufren represalias.⁴⁷⁴

⁴⁷³ *Ibid.* La autora cita un caso de una tragedia ocurrida en una industria química en Lenasia, que resultó en la muerte de 11 trabajadores, con anterioridad a la entrada en vigencia de la PDA y que pudo haberse prevenido de haberse implementado antes sistemas de revelación. Luego de la tragedia, salió a la luz que el Departamento del Trabajo había recibido advertencias escritas de empleados que habían dado la alerta tres meses antes sobre condiciones de empleo en la fábrica, que incluían el encierro de los trabajadores con tanques de gas por hasta 16 horas, extinguidores de fuego en mal estado, falta de ventilación y la ausencia de un sistema de alarma de emergencias. El Departamento del Trabajo no había dado respuesta a las inquietudes presentadas por los trabajadores. La autora argumenta que la PDA habría permitido el escrutinio de la respuesta del Departamento del Trabajo antes de las muertes, de modo que puede marcar una diferencia en la forma en que las organizaciones y el Estado reciben las inquietudes sobre mala conducta y en la diligencia con la que éstas son tratadas.

⁴⁷⁴ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 151

f. Protección contra represalias

La sección 3 de la PDA establece la prohibición general de represalias en contra de denunciantes estableciendo que ningún empleado puede ser sujeto a algún detrimento ocupacional por parte de su empleador, a causa o en parte a causa de haber efectuado una revelación protegida.

La sección 1(vi) define el término “detrimento ocupacional”, en relación con el ambiente de trabajo de un empleado, comprendiéndose:

- a. ser sujeto a cualquier acción disciplinaria;
- b. ser despedido, suspendido, descendido, hostigado o intimidado;
- c. ser transferido en contra de su voluntad;
- d. serle denegada la transferencia o la promoción;
- e. ser sujeto a un plazo o condición de empleo o retiro que sea alterada o mantenida alterada para su desventaja;
- f. serle denegada una referencia, o serle provista una referencia adversa por parte de su empleador;
- g. serle denegada la contratación para cualquier empleo, profesión o puesto;
- h. ser amenazado con cualquiera de las acciones anteriores; o
- i. ser afectado de cualquier otra forma adversamente con respecto a su empleo, profesión o puesto, incluyendo oportunidades de trabajo y seguridad laboral.

Si bien la Ley no se limita a asuntos laborales o de personal en la categorización de las conductas denunciadas, en vista del carácter eminentemente laboral de esta

legislación, todas las formas de represalia con respecto a las cuales se otorga protección invariablemente tienen tal carácter.⁴⁷⁵

Las vías de protección para los individuos sujetos a represalias, conforme a la sección 4, consisten esencialmente en que cualquier empleado que ha sido o que pudiera ser objeto de “detrimento ocupacional” puede interponer una acción judicial para obtener reparación, ante cualquier corte competente, incluyendo la Corte Laboral; o iniciar cualquier otro proceso que permita o establezca cualquier ley. Para efectos de la legislación laboral sudafricana, incluyendo la consideración por parte de la Corte Laboral de cualquier asunto que emane de la PDA, el despido en infracción de la PDA (a causa de que el empleado ha efectuado una revelación protegida) se mira como despido injustificado, y debe demandarse conforme al procedimiento establecido al efecto.⁴⁷⁶ Cualquier otro detrimento ocupacional en infracción de la PDA se mira a su vez como práctica laboral injusta y la acción respectiva también debe seguir el procedimiento laboral establecido en la ley; conforme a éste, si el asunto no es resuelto por vía de conciliación, puede ser remitido a la Corte Laboral para la dictación de sentencia.

La Ley no especifica ningún otro mecanismo de reparación para las represalias fuera de señalar que los individuos pueden buscar reparación a través de los tribunales. La accesibilidad y eficacia de tal aproximación es cuestionable en comparación con jurisdicciones que tienen mecanismos de reparación específicos en sus regímenes de revelación.⁴⁷⁷ Fuera de la vía judicial, no existen otros mecanismos para obtener reparación o compensación por represalias.

Adicionalmente, cualquier empleado que sienta que pudiera ser afectado adversamente como resultado de efectuar una revelación protegida *debe* ser transferido

⁴⁷⁵ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 55

⁴⁷⁶ Labour Relations Act N° 66 of 1995, sección 187 y Capítulo VIII

⁴⁷⁷ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 56

si así lo solicita y si ello es razonablemente posible y practicable. La nueva posición a la que sea transferido el trabajador no puede ser menos favorable que la anterior en los términos y condiciones laborales (sección 4(3)).

Los únicos remedios incluídos específicamente en la PDA se relacionan con las represalias; la Ley no indica cómo debe investigarse o sancionarse la conducta denunciada. Cabe señalar además que la confidencialidad de la identidad del denunciante no está protegida en la PDA, sin embargo, es una política del *Public Protector* mantener la confidencialidad del nombre de la persona que efectúa un reclamo, siempre que sea necesario y posible.⁴⁷⁸

La relativa falta de protección para los trabajadores que pierden sus empleos como resultado de sus denuncias ha sido objeto de preocupación. La compensación para empleados despedidos y que califican para la protección conforme a la Ley está limitada a 24 meses de salario, monto que pudiera resultar insuficiente considerando los costos legales, más los de índole personal y familiar en que pudiera incurrir el denunciante. Esta limitación se agrava dada la tendencia en Sudáfrica a que una o dos grandes empresas dominan cualquier sector de la economía, con lo que muchos denunciantes en Sudáfrica tienen un número limitado de empresas para las cuales pueden trabajar. Esta situación contrasta con aquella de la legislación que sirvió de modelo a la de Sudáfrica, la *Public Interest Disclosures Act* del Reino Unido, conforme a la cual las compensaciones pueden llegar a ser mucho más altas. El incentivo para utilizar esta Ley también se reduce por la existencia de otra figura jurídica más conocida, denominada “victimización”, a través de la cual los trabajadores pueden demandar indemnizaciones. La introducción de la PDA no extendió la posibilidad de obtener compensación en forma adicional o superior a la que ya podía obtenerse por victimización, lo que ha resultado en que el *whistleblowing* sea tratado en forma similar o idéntica a la victimización.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 55

⁴⁷⁹ Dimba et al., *Ob.Cit.*, pp. 149

g. Revelaciones falsas

La PDA no contiene disposiciones explícitas que prohíban las revelaciones falsas, sin embargo, los extensivos requerimientos sustantivos y procedimentales para efectuar una revelación protegida pudieran tener efectividad en prevenir las revelaciones falsas.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 56

CAPÍTULO V: ANÁLISIS COMPARATIVO DE ELEMENTOS PARTICULARES DE LAS LEGISLACIONES SOBRE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES

5.1. Principales disposiciones de las leyes de *whistleblowing*

Los sistemas de protección a denunciantes de diversas legislaciones tienen diversos enfoques y objetivos, y cada uno soluciona de manera particular las formas y mecanismos específicos que debe contemplar la ley para lograrlos. Del análisis comparativo de las leyes de *whistleblowing* se puede apreciar cómo éstas resuelven ciertos aspectos comunes a todas ellas, y que se traducen en las disposiciones clave que deben contemplar en vista del objetivo de incentivar o promover las denuncias o revelaciones de información y de proteger a las personas que efectúen tales denuncias o revelaciones. Específicamente, las leyes de *whistleblowing*, cada una a su manera, deben abordar las siguientes cuestiones que conlleva el establecimiento de un sistema de protección a denunciantes:

El enfoque de la legislación misma: cuáles son los objetivos centrales de la ley en particular;

- A qué ámbitos, sectores y personas deben regir;
- Sobre qué tipos de información pretende facilitar y promover la revelación o denuncia (qué clases de información serán objeto de las revelaciones que regula la ley);

- Qué formas de revelación de información, y qué actividades distintas a ella, en su caso, quedarán protegidas conforme a la ley;
- Si se protegen las revelaciones sólo al interior de la organización, o sólo las efectuadas ante una entidad externa, o ambas;
- Qué elementos, sustantivos y procedimentales, debe satisfacer la revelación para quedar protegida;
- Qué entidad queda a cargo de la promoción, fiscalización e implementación de la ley y, en su caso, de decidir las controversias relativas a las revelaciones de información;
- Qué medios específicos de protección se otorgan a los denunciantes de modo de incentivar y resguardar las revelaciones de información.

La forma en que cada legislación aborda cada una de estas materias puede ser notoriamente distinta a la de otras legislaciones; sin embargo, no por ello se puede concluir la fortaleza o la debilidad de una ley en comparación con otra. Por ejemplo, la Ley Modelo de Protección a Denunciantes de la OEA, como construcción doctrinaria, sigue en gran medida a la *Whistleblower Protection Act* de Estados Unidos; en su estructura difiere sustancialmente de la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, que es a su vez otra legislación consistentemente citada por la doctrina como dentro de las mejores prácticas en el derecho comparado. A pesar de estas diferencias, y sin tomar en consideración la percepción sobre sus resultados, no puede sostenerse que el esquema de la Ley Modelo sea superior al de la PIDA del Reino Unido, o viceversa.

5.2. Enfoque de la legislación

En base a su estructura y al lenguaje de sus disposiciones, se pueden distinguir sistemas que, como objetivo, se enfocan más en la revelación, o en la persona que la efectúa, o en la conducta denunciada.⁴⁸¹

Las legislaciones que se enfocan hacia el *incentivo y promoción de las revelaciones de información* definen la protección a denunciantes en base a la revelación misma, y por ello el centro de la regulación en estas leyes se concentra en los criterios sustantivos y/o procedimentales que debe satisfacer la revelación para quedar protegida. Este modelo es seguido principalmente por los países del Commonwealth.⁴⁸² Un ejemplo claro de este tipo de legislación es la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, que regula principalmente qué tipo de información debe ser objeto de la revelación para que sea considerada como de *interés público*, y cuáles elementos o requisitos debe satisfacer la revelación para que quede como *protegida* conforme a la ley. La ley se enfoca especialmente a establecer diversas vías para que las revelaciones puedan ser comunicadas y para que la información llegue a conocimiento de la persona u órgano que pueda adoptar acciones o medidas tendientes a prevenir, detener o corregir los hechos riesgosos o irregulares que han sido objeto de la revelación. La revelación protegida –en gran medida, sin importar la persona que la haya efectuado– para que pueda servir a los objetivos de la legislación, queda resguardada de los intentos de otras personas que pudieran impedir que la comunicación de la información tenga el efecto de servir al interés público. En consecuencia con este enfoque, para las leyes que se ajustan a este modelo usualmente se prefiere el título de *protección de revelaciones de interés público*, en oposición a *protección a denunciantes*. Secundariamente –no necesariamente en cuanto a importancia, sino que en la profundidad de la regulación– la ley se ocupa de la persona que ha efectuado la revelación, y establece protecciones al denunciante. En la

⁴⁸¹ Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing* (“Whistleblowing”), Gobierno de Canada, 2004, pp. 3

⁴⁸² *Ibid.*, pp. 3-4

legislación británica, éstas se traducen en la posibilidad de obtener compensación si la persona que ha efectuado la revelación ha sufrido represalias por ello. En otras legislaciones que siguen un esquema similar se han establecido protecciones de otro tipo, aunque casi siempre tendientes a que la persona quede indemne del detrimento que ha sufrido en su trabajo a causa de la victimización laboral.

Otras legislaciones, en cambio, se enfocan hacia la *protección de la persona que efectúa la revelación*. En general, las diversas leyes de protección a denunciantes de Estados Unidos tienen este enfoque, siguiendo el esquema de la *Whistleblower Protection Act*. Conforme a este modelo, la ley no trata especialmente sobre requerimientos para que la revelación se considere protegida, sino que se centra en establecer fuertes protecciones para el denunciante que sufra represalias por haber efectuado la revelación.⁴⁸³ En principio, *cualquier revelación* es protegida, independientemente de quién la efectúe y ante quién se presente la inquietud. La ley no se ocupa mayormente de establecer vías o procedimientos de revelación; el acento no está puesto en la comunicación de la información revelada (aún cuando sí establezca la obligatoriedad y la responsabilidad de ciertas personas u órganos de recibir y tratar la información). Luego, conforme a la estructura de la ley, el carácter de protegida de la revelación sólo tendrá relevancia práctica una vez que el denunciante ya ha sufrido las represalias. El centro de la regulación de las leyes estadounidenses está en la forma de solucionar el conflicto entre el denunciante que reclama haber sido sujeto a represalias a causa de haber efectuado una revelación protegida, versus la persona que ha tomado tales represalias (que no necesariamente es la persona que ha incurrido en la conducta que ha sido objeto de la revelación). Las leyes tienden a equilibrar la contienda, facilitando la carga de la prueba al denunciante y trasladándola al demandado. En caso de vencer, el denunciante demandante tiene derecho a las reparaciones e indemnizaciones que la ley establezca. Las autoridades cuentan con facultades para investigar y sancionar las conductas que constituyan represalias; pero el asunto de la

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 4

prevención o corrección de los actos que fueron objeto de la revelación de información queda en gran medida fuera del ámbito de lo regulado por la ley de protección a denunciantes.

En una tercera aproximación, existen sistemas estructurados principalmente en torno a la *eliminación de las conductas inapropiadas*. En estos casos típicamente se trata de un sistema de protección a denunciantes que forma parte de alguna regulación. Por ejemplo, en Corea el sistema de protección a denunciantes se enfoca en la erradicación de la corrupción en general, sin abundar en requerimientos sustantivos o procedimentales para las revelaciones o para la aplicación de protecciones, y el *whistleblowing* es tratado como uno más de los varios mecanismos incluidos en dicho régimen para combatir estas conductas.⁴⁸⁴

En la literatura especializada sobre *whistleblowing* se ha postulado que las leyes de protección a denunciantes deberían incentivar el enfoque en la información revelada, en lugar del enfoque en la persona que efectúa la revelación. En este sentido se ha argumentado que tal orientación tiende, por una parte, a estimular la comunicación de información sobre actividades irregulares o riesgosas y a concentrar los esfuerzos en la corrección de las mismas; y por otra parte, tiende a evitar las represalias en contra del denunciante, ya que elimina, o al menos reduce, la probabilidad de que la revelación de información quede desvirtuada por las personas acusadas o denunciadas, mediante el intento de desacreditar al propio denunciante, a través de cuestionamientos en torno a su persona, su conducta o sus motivaciones.⁴⁸⁵

En concreto, e independientemente del modelo al cual se ajuste una ley en particular, para lograr que las disposiciones se enfoquen hacia la revelación de

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 4

⁴⁸⁵ Vaughn, Robert; Devine, Thomas y Henderson, Keith, *Whistleblower Statute Prepared for the Organization of American States and the Global Revolution Protecting Whistleblowers*. George Washington University, National Law Center, 2003.

información en lugar de hacia la persona del denunciante, se ha postulado que la ley sobre *whistleblowing* debería contemplar:

La desestimación de las cuestiones de motivo del denunciante para la protección de las revelaciones;

En relación con lo anterior, la disposición expresa de la protección de cualquier revelación, sin restricción de tiempo, lugar, forma, motivo o contexto;⁴⁸⁶

Imponer a la entidad correspondiente la obligación de realizar una investigación sobre la información revelada, en todos los casos en que exista al menos una probabilidad sustancial de que las alegaciones sean correctas, sin importar la persona que efectuó la revelación;⁴⁸⁷

El establecimiento de una fuerte carga de la prueba para la persona acusada o denunciada, con respecto a la información que ha sido revelada, o bien, sobre su propia conducta si se han alegado represalias por parte del denunciante.⁴⁸⁸

5.3. Ámbito de aplicación de las leyes

Uno de los principios en que la doctrina ha puesto mayor énfasis es la cobertura amplia de las leyes de *whistleblowing*, esto es, que protejan en general a todas las personas, principalmente en dos sentidos: por una parte, tanto a los denunciantes del sector público como a los del sector privado; y por otra parte, a cualquier persona que efectúe alguna revelación protegida por la ley, independientemente de su situación de

⁴⁸⁶ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 2 letra (d); cursivas agregadas.

⁴⁸⁷ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

⁴⁸⁸ *Íbid.*

empleo o de su vinculación con la organización o persona a la que concierne la conducta denunciada.

En cuanto a la cobertura tanto para el sector público como para el sector privado, actualmente sólo una escasa minoría de las leyes de *whistleblowing* satisfacen tal principio. La legislación del Reino Unido ha sido destacada por tal cobertura dual, así como la legislación sudafricana, modelada en base a aquélla. Ambas no hacen distinción en cuanto al sector en el cual se desempeña el trabajador denunciante, contribuyendo a disminuir la posibilidad de tratamiento desigual entre trabajadores del sector público o privado.⁴⁸⁹

Estas dos leyes, sin embargo, presentan otra limitación que tiende a afectar el alcance de su cobertura: ambas se refieren a la relación entre trabajador y empleador y restringen la posibilidad de denuncia al ámbito laboral. La ley del Reino Unido en cierta medida salva este obstáculo mediante una definición muy amplia del término “empleado”, cubriendo prácticamente a cualquier persona en alguna situación de empleo.

Las legislaciones australianas, por el contrario, se enfocan fuertemente hacia las denuncias concernientes al sector público, dejando al sector privado en gran medida sin regulación equivalente, pero precisamente por el propósito tras su establecimiento de prevenir y detener las conductas corruptas al interior de las instituciones de gobierno, varias de ellas (el Territorio de la Capital Australiana, Australia Meridional, Australia Occidental y Victoria) no establecen limitación alguna con respecto a quién puede ser

⁴⁸⁹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 16, y Banisar, David, *Whistleblowing International Standards and Trends*. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatando las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006, pp. 39. La legislación de Nueva Zelanda también satisface este criterio.

denunciante, siendo indiferente para estos efectos si quien efectúa la revelación forma parte o no del órgano de gobierno afectado.

No obstante lo anterior, tanto en la doctrina como en la legislación positiva se han reconocido ciertas excepciones en relación con la función que desempeña la persona que efectúa la denuncia. La Ley Modelo de Protección a Denunciantes, con respecto a empleados del poder legislativo, del poder judicial y a funcionarios de elaboración de políticas confidenciales del ejecutivo, limita la posibilidad de obtener reparación y medidas correctivas sólo a vías internas.⁴⁹⁰ En las leyes de *whistleblowing* en el derecho comparado, los órganos de inteligencia frecuentemente están excluidos aunque la ley sea aplicable a la generalidad de los órganos públicos.⁴⁹¹ Conforme a la *Whistleblower Protection Act*, quedan excluidas las personas en posiciones exceptuadas por su carácter confidencial, de determinación, elaboración o defensa de políticas, y todas las posiciones que el Presidente de Estados Unidos determine como exentas fundado en que ello sea necesario para condiciones de buena administración. La norma de protección a denunciantes la *Public Service Act* de Australia por disposición expresa no resulta aplicable a las personas que se desempeñan en el Servicio de Inteligencia. Además, en algunas legislaciones estatales australianas, como en Victoria y Tasmania, se excluye de la aplicación a los jueces y otros funcionarios judiciales.

⁴⁹⁰ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), nota explicativa N° 4.

⁴⁹¹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 16. Por otra parte algunos autores igualmente promueven la aplicabilidad de las protecciones a denunciantes de las fuerzas armadas o servicios de inteligencia, o en situaciones de seguridad nacional, frecuentemente exceptuados; por ejemplo, Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 105; De Maria, William, *Common Law – Common Mistakes. Paper presented to the International Whistleblowers Conference, University of Indiana*, 2002, pp. 12 y 20-21.

5.4. Información objeto de la revelación. Conductas denunciables

En las leyes sobre protección a denunciantes, sólo las revelaciones sobre ciertas categorías de información, o que conciernen a determinados tipos de hechos o conductas, dan lugar a la aplicación de los mecanismos que la ley contemple para la protección de la revelación y/o de la persona que la efectúa. Las leyes de *whistleblowing* no protegen indeterminadamente las revelaciones sobre cualquier tipo de información; a la inversa, no cualquier información revelada por un denunciante dará lugar a la aplicación de las protecciones.

Las construcciones sobre los hechos y conductas que deberían ser objeto de las revelaciones de información protegidas, en principio, se definen de acuerdo al ámbito de aplicación de la misma ley. Por ejemplo, las leyes australianas generalmente rigen al ámbito del sector público, y las categorías de información que pueden ser objeto de la revelación se orientan pronunciadamente hacia las conductas en el ejercicio de las funciones públicas y de la administración pública en general. Así, estas leyes suelen ocupar términos tales como “mala administración” o “desperdicio de fondos públicos”, para definir específicamente las conductas que pueden ser objeto de las revelaciones que la ley pretende incentivar y proteger.

Sin embargo, al menos las leyes más comprehensivas de *whistleblowing* - incluyendo las propias leyes australianas-, suelen no ceñirse estrictamente a los objetivos primarios para los cuales originalmente fueron creadas e incluyen dentro de sus propósitos otras categorías de información que apuntan a la protección de diversos intereses más amplios, tales como riesgos a la salud o seguridad públicas, daño al medio ambiente, conductas corruptas, entre otros.

Otro ejemplo de legislación con alcance amplio en cuanto a las conductas denunciables es la *Sarbanes-Oxley Act*, cuyas disposiciones de protección a denunciantes tienen como propósito principal la detección de conductas de fraude

corporativo; sin embargo, al incluir cualquier posible infracción a las normativas de mercado de valores y toda conducta que pudiera constituir fraude en contra de los accionistas, permite las revelaciones sobre infracciones a normas de salud y seguridad, daño al medio ambiente, fraude a los consumidores, infracción a leyes anti-monopolio, entre muchas otras.

Una parte de las leyes de *whistleblowing* en el derecho comparado, particularmente aquellas que se enfocan hacia la revelación de información, establecen adicionalmente que la información objeto de las revelaciones protegidas debe ser de *interés público*. La expresión *interés público* suele no tener una definición estricta en las normas sobre revelaciones, pero en algunas leyes se regulan formas para determinar si la revelación reviste o no tal carácter. Por ejemplo, en los estados australianos de Tasmania y Victoria, una vez que el órgano público o el ombudsman recibe la revelación, debe efectuarse una determinación previa sobre si la revelación es o no de interés público. En caso de que la decisión sea negativa, puede ser reclamada o revisada a solicitud del denunciante, y si eventualmente se la decisión final sí estima la revelación como de interés público, existe el deber del órgano respectivo de investigar el asunto.

5.5. Actividades protegidas distintas a la revelación de información

En algunos sistemas de *whistleblowing*, no sólo se protege la revelación de información propiamente tal, sino que protegen también otros actos o conductas de la persona, o su participación en ellos, que tiendan a la detección y/o a la investigación de las conductas que la ley tiene por objeto prevenir. La Ley Modelo de Protección a Denunciantes, en consistencia con ello, señala que “por *actividad protegida* se entiende la consistente en la revelación lícita de información que ponga en evidencia actos de corrupción antes de que haya prescrito la responsabilidad por la conducta ilícita; el rehusarse a participar en actividades que a juicio de la persona contribuyan a la

corrupción; toda otra acción u omisión encaminada a ayudar a alcanzar los fines de la Convención, o el ejercicio de derechos previstos en la presente Ley.”⁴⁹² Además de ello, la Ley Modelo explícitamente extiende la protección *a las personas que se rehúsan a infringir la ley*, equiparando esta forma de desobediencia o disenso, a la revelación, como forma de respuesta a la conducta inapropiada.⁴⁹³

La Ley Modelo en gran medida sigue en este punto a las leyes de Estados Unidos, que se enfocan en la persona del denunciante y en el aspecto de las represalias, por lo que se preocupan de asegurar que la persona quedará protegida ante una variedad mayor de situaciones en que, como resultado de la revelación de una conducta irregular o ilícita, otras personas pudieran tener interés en tomar represalias en su contra. Esta forma de protección de actividades que no necesariamente son revelaciones de información, pero que sí constituyen una forma de disenso o rechazo de las actividades ilícitas, se relaciona con una visión amplia y fortalecida de la libertad de expresión.

En la *Sarbanes-Oxley Act*, la legislación claramente muestra el interés en que toda actividad de la persona que pudiera llevar a detectar, detener o impedir las conductas de fraude al interior de una empresa queden protegidas. Ello en alguna medida constituye la respuesta a los casos de conmoción pública que gatillaron la creación de esta ley. En el caso específico de la multinacional Enron, Sherron Watkins, la empleada que ha sido señalada como la *whistleblower* que denunció el fraude, en realidad nunca efectuó una revelación de información ante alguna entidad externa con la finalidad de que se investigaran y sancionaran las conductas, sino que solamente presentó una inquietud ante su propio empleador. Desde el punto de vista conceptual, bajo muchas definiciones del término *whistleblowing* aceptadas en doctrina, Sherron Watkins no fue una *whistleblower*, sea porque no efectuó una revelación en un foro público, o porque no fue

⁴⁹² Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 2 letra (c).

⁴⁹³ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), nota explicativa 7; Vaughn et al., *Ob.Cit.* Estos dos principios derivan también del propósito de la Ley Modelo de proteger la libertad de expresión.

por su propia actividad que el fraude de Enron finalmente salió a la luz. De cualquier forma, el Congreso deliberadamente incluyó como actividad protegida en la *Sarbanes-Oxley* cualquier actuación lícita del empleado para proveer información, causar que la información sea proveída, o asistir de alguna otra forma en una investigación relativa a cualquier conducta de la que el empleado crea razonablemente que constituye alguna de las infracciones señaladas en la misma ley. La información o asistencia puede ser entregada –entre otras- a alguna persona con autoridad de supervisión sobre el empleado o a alguna persona que trabaje para el empleador y que tenga autoridad para investigar, descubrir y terminar la mala conducta. Así, la actitud tomada por Sherron Watkins, esto es, la sola comunicación de la inquietud sobre irregularidades ante el empleador, hipotéticamente hubiera constituido actividad protegida de haber estado vigente la ley al momento de la acción. A mayor abundamiento, la denominada “cláusula de participación” de la *Sarbanes-Oxley Act* considera como actividad protegida la participación en múltiples formas en procedimientos relativos a infracciones de las señaladas en la misma ley (por ejemplo, interponer o causar la interposición de la acción, o declarar como testigo), con lo que claramente se demuestra la intención de la ley de proteger diversas actividades distintas a efectuar una revelación de información, que pudieran llevar a la detección e investigación del fraude que la ley apunta a prevenir.

5.6. Protección de revelaciones internas y externas

Las leyes de *whistleblowing* resuelven de diferente manera ante quién se efectúa la revelación, y cuál es el alcance de la revelación protegida: si resultan protegidas las revelaciones efectuadas dentro de la misma organización en que se origina la conducta inapropiada, o las que se efectúan ante alguna entidad externa, o ambas.

La legislación del Reino Unido, y generalmente los regímenes de denuncias del Commonwealth, enfatizan la revelación interna como primera instancia, y típicamente los requisitos sustanciales de las revelaciones se van haciendo más complejos a medida

que se acude a entidades más externas a la propia organización. En la mayoría de estos regímenes, previo a poder efectuar la revelación ante una entidad externa, la persona debe haber agotado los procedimientos internos, o demostrar que la revelación interna no ha sido tratada apropiadamente. En cambio, en otros regímenes, como en el caso de Estados Unidos, la regla general es la revelación externa, estableciéndose una entidad externa caracterizada como el órgano primario responsable de recibir las revelaciones, como lo es la *Office of Special Counsel* para efectos de las denuncias conforme a la *Whistleblower Protection Act*.⁴⁹⁴

En la doctrina ha resultado debatible tanto la inclinación hacia las revelaciones internas como vía principal, como la exclusión de las mismas a favor de las revelaciones externas. En el Reino Unido y en Sudáfrica, se ha sostenido, por una parte, que el esquema que favorece las revelaciones internas tiende a proteger tanto al denunciante como al denunciado de las consecuencias indeseables de llevar el conflicto a instancias externas y más públicas, y ambas legislaciones se apoyan firmemente en el principio de que las inquietudes son mejor tratadas y resueltas al interior de la organización que fuera de ella. Sin embargo, parte de la doctrina observa que el establecer exigencias mayores para las revelaciones externas en comparación con las internas, se traduce en una fuerte limitación de los derechos de la persona que efectúa la revelación; en el Reino Unido, los requisitos para que la revelación quede protegida si se acude, por ejemplo, ante los medios de comunicación, son de tan alta exigencia que se han mirado más como una barrera a las revelaciones que como una posibilidad para el empleado denunciante.

La doctrina más reciente ha tendido a promover que en las legislaciones se protejan por igual las revelaciones internas y externas; en consecuencia con ello, la Ley Modelo de Protección a Denunciantes señala que se protege “cualquier revelación”, entendiéndose por “cualquier”, “sin restricción de tiempo, lugar, forma, motivo o contexto, formulada ante cualquier persona por una persona, incluida la revelación de

⁴⁹⁴ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 17-18

datos efectuada en el contexto del cumplimiento de los deberes propios del empleo de una persona.”⁴⁹⁵ Con esta definición se enfatiza que la protección se aplica por igual a todas las revelaciones, independientemente del destinatario. La Ley Modelo no requiere una revelación interna previa a la revelación ante cualquiera otra persona o entidad; se ha sostenido que tal requerimiento podría crear dilaciones, aumentar los riesgos de represalias, desincentivar a los denunciantes y permitir el encubrimiento por parte de organizaciones que actúen de mala fe.⁴⁹⁶

5.7. Elementos de la revelación

En las distintas leyes de *whistleblowing*, se establecen ciertos estándares que debe satisfacer la revelación misma, esto es, el acto de comunicar la información, para que se estime como protegida. Por una parte, las leyes pueden establecer elementos sustantivos para la revelación, que se relacionan con el fondo de la información revelada; así, estos elementos pueden abordar cuestiones como la certeza del denunciante sobre la información revelada, la intención tras el acto de efectuar la revelación, y el estado mental del denunciante al momento de la misma. Por otra parte, se regulan elementos procedimentales, que dicen relación con requisitos que debe satisfacer la revelación dentro del procedimiento en que se determine si la revelación es o no protegida, sea en el procedimiento para efectuar la revelación que establezca la ley, o en aquel en que se determine la existencia de represalias y la aplicación de protecciones al denunciante. La doctrina en general postula que estos estándares, tanto sustantivos como procedimentales, deberían ser de baja exigencia para el denunciante, de modo de incentivar las denuncias y asegurar la accesibilidad a la protección.

⁴⁹⁵ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 2 letra (d); Vaughn et al., *Ob.Cit.*

⁴⁹⁶ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

5.7.1. Elementos sustantivos

Las leyes de *whistleblowing* generalmente establecen como estándar para que la revelación quede protegida, la *creencia razonable* del denunciante con respecto a la probabilidad de la ocurrencia del hecho denunciado o la veracidad de la información revelada. A modo ilustrativo, este estándar es aplicado en distintas legislaciones de diversa forma:

- Whistleblower Protection Act (Estados Unidos): la ley no define lo que debe entenderse como creencia razonable, sin embargo, la jurisprudencia a veces ha establecido estándares adicionales, como subvertir la presunción de regularidad del gobierno
- Sarbanes-Oxley Act: ocupa la expresión “conducta de la que el empleado razonablemente crea...” que constituye infracción a la ley o las regulaciones; conforme a la doctrina y la jurisprudencia, el estándar es “objetivo”, pues se evalúa si es razonable o no que el individuo haya tenido la creencia, y no su creencia subjetiva.
- Public Interest Disclosure Act (Reino Unido): para cualquier revelación protegida, se establece que el trabajador debe tener la creencia razonable de que la revelación de información tienda a demostrar el hecho denunciado (43B(1) ERA). Para determinar la razonabilidad de la revelación efectuada ante entidades externas, el tribunal eventualmente deberá tener en consideración la identidad del receptor de la información, la seriedad de la inquietud, la recurrencia o persistencia de la mala práctica, la posible infracción a deberes de confidencialidad, las medidas que se hayan tomado si ha habido revelación previa, y la observancia de los procedimientos de revelación interna (43F(3) ERA). Sólo se evalúa si el trabajador tiene la creencia y ello resulta razonable; no es relevante para la revelación protegida si el trabajador finalmente tenía una creencia errada.

- Legislaciones de los estados australianos: en todas se establece la creencia de la persona que efectúa la revelación, sobre fundamentos razonables, con respecto a la ocurrencia o probabilidad de los hechos revelados.
- Protected Disclosures Act (Sudáfrica): el elemento común para todas las revelaciones protegidas es la creencia razonable de la persona, de que la información revelada demuestre o tienda a demostrar la existencia, real o probable, de una forma de mala conducta.

Un segundo elemento relativo a la revelación de información misma frecuentemente exigido en las legislaciones sobre protección a denunciantes es la *buena fe* del denunciante, o algún otro requerimiento relativo a la motivación de la denuncia. La mayor parte de la doctrina actualmente desestima las cuestiones de motivo del denunciante para efectos de la validez de la denuncia y la aplicación de las protecciones. En consecuencia con ello, las legislaciones de Estados Unidos, siguiendo el esquema de la *Whistleblower Protection Act*, no establecen requerimiento alguno con respecto a la intención tras el acto de efectuar la revelación. En las leyes estatales australianas, salvo Queensland, también se omite este tipo de exigencia. Sin embargo, el requisito de la buena fe se ha mantenido en otras legislaciones, incluso algunas consideradas dentro de las más avanzadas. En el Reino Unido, la buena fe es un requisito para cualquier revelación protegida; la jurisprudencia ha establecido que no hay buena fe en presencia de algún otro motivo indeseable tras la revelación (por ejemplo, utilizar la revelación como chantaje, o como forma de ejercer presión para otros fines). En Sudáfrica, la buena fe también constituye una exigencia para quien efectúa la revelación, salvo si lo ha hecho en el curso de obtener asesoría legal.

La Ley Modelo de Protección a Denunciantes trata de compatibilizar un estándar de baja exigencia para las revelaciones al tiempo de necesariamente tener que contemplar la buena fe del denunciante. El Artículo III.8 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece expresamente que las denuncias de corrupción deben ser efectuadas de buena fe. Conforme a la Ley Modelo, creada para la

implementación de tal disposición, la información debe ser “suficientemente creíble, pertinente y sustancial como para ser admitida en la documentación de investigaciones, actividades de aplicación coercitiva de la ley o juicios contra la corrupción.”⁴⁹⁷ Este estándar es explicado como una forma de medir la buena fe; si la información revelada es creíble, o es relevante para una investigación, ello solo ya es suficiente para satisfacer el requerimiento de la Convención de que la denuncia sea efectuada “de buena fe”.⁴⁹⁸

5.7.2. Elementos procedimentales. Carga de la prueba

Los sistemas de *whistleblowing* pueden seguir esquemas diferentes entre sí, y conforme a ello, los requisitos procedimentales que deben cumplirse para que la revelación quede protegida y/o para que se apliquen las protecciones al denunciante se regulan de distinta forma de acuerdo al esquema que siga la ley respectiva.

En las leyes que se enfocan principalmente hacia la protección de la persona del denunciante, como la *Whistleblower Protection Act* de Estados Unidos, así como la generalidad de las leyes de protección a denunciantes de dicho país, prácticamente no se regulan procedimientos propiamente tales para efectuar las revelaciones, aunque sí pueden establecerse exigencias mínimas para los procedimientos internos que deben establecer las organizaciones, como en la *Sarbanes-Oxley Act*. Los aspectos procedimentales que se regulan más extensamente en estas leyes son aquellos que deben cumplirse en el proceso en que el denunciante alega las represalias en su contra por haber efectuado la revelación, en el cual el actor persigue reparación por las acciones adversas tomadas en su contra. En este esquema, el aspecto fundamental que regula la ley es la distribución de la carga de la prueba entre el denunciante, que debe probar la existencia de la revelación o actividad protegida, las represalias y el nexo causal entre

⁴⁹⁷ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 2 letra (f) y nota explicativa N° 9

⁴⁹⁸ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

ambas, y la persona denunciada o demandado, que puede defenderse, según sea el caso, probando que no hubo revelación, que no hubo represalias o que no existe nexo causal entre la revelación y las acciones adversas sufridas por el denunciante. Para facilitar e incentivar las denuncias, y para equilibrar la contienda entre partes en desigualdad de condiciones (dado que en gran medida estas leyes se aplican, al menos en principio, al contexto de la relación entre trabajador y empleador), las leyes estadounidenses establecen que el denunciante inicialmente debe probar la conexión entre la revelación o actividad protegida y las represalias a través de la regla de la *preponderancia de la evidencia*, que constituye el estándar de prueba general y de menor exigencia en materia civil. Si el denunciante puede probar que la revelación ha sido un *factor contributivo* para las represalias –esto es, un elemento coadyuvante, no necesariamente la causa principal de las represalias-, se genera un caso *prima facie* a favor del denunciante, y de esta forma, la carga de la prueba pasa a recaer sobre la parte que ha sido acusada de las represalias, la que debe demostrar que igualmente habría adoptado la misma acción adversa en contra del denunciante, aún en ausencia de la revelación protegida, mediante *evidencia clara y convincente*, esto es, un estándar de prueba más elevado y excepcional en materia civil.

En cambio, en las legislaciones enfocadas principalmente hacia la protección de la revelación, se regula más extensamente sobre los requisitos y condiciones procedimentales para efectuar la revelación, los que dicen relación con la persona u órgano ante quién se efectúa la revelación, los conductos que debe seguir el denunciante, la forma y tiempo en que se efectúa la revelación, entre otros. Estos requisitos se regulan como elementos que debe satisfacer la revelación misma para quedar como protegida, y no solamente como elementos que deben considerarse al momento de determinar la existencia de represalias o la aplicación de las protecciones al denunciante. En este esquema, la carga de la prueba que recae sobre el denunciante consiste en demostrar que la revelación satisface los requisitos legales de las revelaciones protegidas. Por ejemplo, en la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, para que la revelación se estime protegida debe satisfacer varios requisitos procedimentales, los que implican un estándar

de prueba que se va haciendo más elevado en la medida de que la revelación se va alejando de la organización a la que pertenece el denunciante. Las revelaciones internas sólo tienen una exigencia mínima (demostrar la creencia razonable), la que se eleva si la revelación se efectúa ante una entidad regulatoria externa (demostrar que las alegaciones son sustancialmente ciertas) y llega a un nivel máximo de exigencia si se efectúa ante otras entidades externas o personas no prescritas en la ley.

5.8. Entidad para la aplicación y cumplimiento de la ley

En la doctrina, se ha estimado dentro del contenido esencial de las leyes de *whistleblowing* la designación o creación de alguna entidad encargada de la implementación, aplicación y fiscalización del cumplimiento de las normas de protección a denunciantes. Así, la Ley Modelo de Protección a Denunciantes a este respecto entrega las funciones de aplicación y cumplimiento de la ley a un Ombudsman, aunque contemplando la posibilidad de que otro órgano similar, preexistente o creado especialmente para ello, cumpla estas funciones. La Ley Modelo entrega a este Ombudsman autoridad considerable, incluyendo poderes de investigación, la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante los tribunales y la asistencia del ejecutivo, y recomendar la resolución de reclamos de denunciantes. La ley dirige considerable atención a la posición de este Ombudsman, incluyendo la independencia de éste y de su personal; sus poderes, incluyendo la facultad de otorgar reparaciones temporales, y la relación del Ombudsman con los tribunales y otros órganos de cumplimiento de la ley.⁴⁹⁹

La Ley Modelo presupone que la estructura de la ley debe contemplar la existencia del ombudsman o de alguna autoridad similar, como entidad que cumpla las funciones tendientes a la protección de las revelaciones y los denunciantes en forma centralizada.

⁴⁹⁹ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

Sin embargo, aunque la mayoría de las leyes comprensivas de *whistleblowing* contemplan la existencia de alguna entidad relacionada con la aplicación de sus normas, la competencia y facultades de estas entidades puede variar considerablemente dependiendo del esquema que siga la legislación en particular.

Las legislaciones en que se exige o se incentiva la revelación interna como primera y principal vía de revelación, en particular los países del Commonwealth, lógicamente presentan la particularidad de que los órganos señalados en las propias leyes suelen no ser los principales responsables de recibir las revelaciones. En estos países, generalmente se trata de una entidad preexistente, con otras funciones previas asignadas por el estatuto que la crea y a la que se la han otorgado responsabilidades adicionales por la legislación de *whistleblowing*. Las funciones de estas entidades pueden incluir la fiscalización del servicio público en general, recibir reclamos de otra índole o la auditoría de los sistemas del gobierno. Por ejemplo, en el Reino Unido la *Office of the Civil Service Commissioners*, y en Australia (Commonwealth), el *Public Service Commissioner* y el *Merit Protection Commissioner*, tienen la responsabilidad de tratar las revelaciones en el sector público; sin embargo, tienen una función de fiscalización más amplia del empleo en el servicio público en general.⁵⁰⁰

En el Reino Unido, fuera de las revelaciones en el sector público, no existe entidad u órgano alguno encargado especialmente de la aplicación de las normas de la *Public Interest Disclosure Act*. La recepción de las revelaciones, su tratamiento e investigación, y el establecimiento de procedimientos para ello queda entregado a cada organización. A mayor abundamiento, las orientaciones que ha emitido el *Committee on Standards in Public Life* para el establecimiento de procedimientos de revelación no tienen fuerza obligatoria alguna para las organizaciones. De esta forma, la ley confía en la fuerza de sus propias disposiciones en cuanto al aspecto de la revelación. Los procedimientos a que dan lugar las demandas por represalias son conocidas por los Tribunales de Empleo.

⁵⁰⁰ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 5-6

En legislaciones estatales australianas, la entidad que tiene la responsabilidad de recibir y tratar las denuncias generalmente varía en cada caso según cuál sea el órgano competente para tratar con la materia sobre la que trata la información revelada. Sin embargo, en tres de las legislaciones australianas la ley entrega a una autoridad funciones de monitoreo y promoción de la legislación –incluyendo el establecimiento de estándares de procedimientos que deben seguir los órganos públicos- a autoridades independientes, el ombudsman en Victoria y Tasmania y el Comisionado para los Estándares del Sector Público en Australia Occidental. Estos órganos cuentan con recursos y facultades para investigar las revelaciones y, en su caso, remitir las investigaciones a otras autoridades. En Victoria y Tasmania la ley entrega al ombudsman atribuciones para intervenir en las investigaciones e incluso apoderarse de ellas; pueden emitir recomendaciones sobre las investigaciones y decisiones sobre las compensaciones que deban otorgarse en casos individuales. En cuanto a las demandas de compensación o reparación, las legislaciones australianas contemplan la vía de acciones judiciales.

En las legislaciones en que no se establece la revelación interna como primera y principal vía para efectuar las denuncias, la ley crea o designa a una entidad especializada y le entrega como mandato principal el manejo de las revelaciones y la protección contra represalias. Conforme a la *Whistleblower Protection Act*, en los Estados Unidos la *Office of Special Counsel* y la *Merit Systems Protection Board* cumplen una función dual de investigación y de decisión, respectivamente, y se especializan en las denuncias y en proteger a individuos de las represalias, en el sector público. Esta ley está estructurada de modo que las entidades mencionadas son las principales receptoras de las primeras revelaciones.⁵⁰¹ Dado el enfoque de la legislación de Estados Unidos, la principal función de los órganos es la prevención, detección y sanción de las represalias; con todo, estos órganos no tienen competencia exclusiva

⁵⁰¹ Public Service Integrity Office (Canada), *Ob.Cit.*, pp. 5-6

sobre la materia, y el denunciante tiene la posibilidad de reclamar de las decisiones ante las Cortes.

5.9. Protecciones a los denunciantes

5.9.1. Prohibición general y definición de “represalias”

Independientemente de su enfoque, las leyes de *whistleblowing* tienen como propósito principal evitar las represalias en contra de los denunciantes. En consecuencia con ello, en algunas de las legislaciones, como punto de partida para la protección de los denunciantes, se establece una prohibición general de tomar represalias en contra de alguna persona a causa de haber efectuado una revelación de información. En la *Sarbanes-Oxley Act*, la primera disposición de la ley prohíbe a las empresas (empleadores) tomar represalias en contra del empleado, a causa de que éste efectúe la revelación de información u otra actividad protegida; la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, contiene también una protección afirmativa contra represalias, estableciendo que el trabajador tiene derecho a no ser sujeto a detrimento por parte del empleador, fundado en el hecho de la revelación protegida.

Las leyes de protección a denunciantes también contienen distintas definiciones de lo que se entiende por “represalias”. La forma en que cada ley aborde este asunto suele depender de la perspectiva de la protección a denunciantes que haya influido principalmente en la creación de la ley específica y del ámbito de aplicación de la misma. Por ejemplo, en Sudáfrica la ley contempla una enumeración de conductas que constituyen “detrimento ocupacional”, en relación con el ambiente de trabajo de un empleado (sea del sector público o privado) y la *Whistleblower Protection Act* de Estados Unidos regula sobre “prácticas de personal prohibidas”, las que son siempre acciones de personal y por lo tanto, siempre relacionadas con la situación de trabajo del

empleado público afectado. En Australia, en cambio, las represalias incluyen también lesiones físicas y daños patrimoniales no necesariamente relacionados con lo laboral.

Las enunciaciones de las conductas que se consideran represalias en general son, en apariencia, taxativas, pero suelen contener categorías lo suficientemente genéricas como para incluir en ellas una variedad amplísima de conductas adversas al denunciante. Así, en las legislaciones australianas las categorías de acciones de detrimento en general contemplan términos como “discriminación” o “tratamiento laboral desventajoso”, sin mayor precisión en la ley; en Sudáfrica, la ley contiene una enumeración de conductas que constituyen “detrimento ocupacional” en la sección 1(vi), pero la letra i) abre el espectro de posibilidades de represalia al incluir “ser afectado de cualquier otra forma adversamente con respecto al empleo, profesión o posición, incluyendo las oportunidades de trabajo y la seguridad laboral.” En la *Sarbanes-Oxley Act*, se debe distinguir entre las represalias como delito (emprender acción dañosa en contra de la persona, a sabiendas y con la intención de represalia, que afecten el empleo o el sustento, a causa de la entrega de información relativa a la comisión de un delito federal) y las represalias como ilícito civil (despedir, degradar, suspender, amenazar, hostigar, o discriminar de cualquier otra forma en contra del empleado en los términos y condiciones de empleo), pero en ambos casos la variedad de conductas que pudieran eventualmente ser consideradas como represalias, o dentro del término genérico de “discriminación”, es sumamente amplia.

En algunos casos las leyes no contemplan categorías precisas de represalias, pero la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los conceptos. En el Reino Unido, el alcance del término “detrimento” ha sido desarrollado mayormente por la jurisprudencia, abarcando represalias laborales de muchas formas, pero excluyendo cambios no sustanciales en las condiciones de empleo y situaciones de relaciones personales ajenas a lo jurídico. En el caso de la *Whistleblower Protection Act* de Estados Unidos, la categoría genérica de “cambio significativo” ha sido desarrollada e interpretada como la inconsistencia entre las condiciones de trabajo y la calificación o rango del trabajador.

En doctrina se ha postulado como principio que un sistema de protección a denunciantes debería contener una definición amplia de lo que se entiende por “represalias”. Desde un punto de vista laboral, debería cubrir todos los tipos de sanciones laborales, hostigamiento, pérdida de estatus o de beneficios, y otros detrimentos.⁵⁰² La Ley Modelo, que no se ciñe a las situaciones en el contexto de la relación de empleo, articula la prohibición de las represalias en forma más comprehensiva, bajo la denominación de “discriminación ilícita” (Artículo 5), término amplio que abarca cualquier forma de perjuicio sufrida por el denunciante que haya efectuado una revelación protegida.⁵⁰³ Conforme a dicha disposición de la Ley Modelo, “constituirá violación de la presente Ley todo acto de discriminación contra cualquier persona por el hecho de que ést[a] realice o se crea que está realizando o a punto de realizar una denuncia lícita que ponga en evidencia actos de corrupción, se rehúse a participar en actos de corrupción o ayude de otro modo a alcanzar los propósitos de la Convención, o por el hecho de que la persona esté vinculada o se crea que está vinculada con un testigo protegido.”⁵⁰⁴ De esta forma, la Ley Modelo establece como ilegal la discriminación (término general que abarca todas las formas de represalia) si está suficientemente relacionada con la conducta protegida (la revelación). Esta fórmula de la Ley Modelo obedece a que la experiencia con las leyes de *whistleblowing* demuestra que los intentos de articular acciones específicas prohibidas como represalia frecuentemente fallan al no incluir muchas acciones relevantes, generando litigación considerable al respecto.⁵⁰⁵

⁵⁰² Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 105

⁵⁰³ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

⁵⁰⁴ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 5.

⁵⁰⁵ Vaughn et al., *Ob.Cit.*

5.9.2. Protecciones contra barreras legales a las revelaciones

Las leyes de *whistleblowing* contienen algunos elementos específicos tendientes a proteger a las revelaciones de barreras legales que impiden la divulgación de cierta información. Estas disposiciones vinculan a la protección a denunciantes en forma directa y concreta con la libertad de expresión. Como manifestación de este principio, la Ley Modelo de Protección a Denunciantes contiene una disposición que prohíbe la *restricción previa ilícita*. Conforme a ella, serían ilícitas la dictación de cualquier orden, incluyendo las resoluciones judiciales, y las órdenes de aplicación o ejecución coercitiva de cualquier acuerdo, norma o política de no divulgación, que prohíba, discrimine o interfiera de otro modo con el ejercicio de la actividad protegida (la revelación o los actos que se equiparan a ella).⁵⁰⁶

Las legislaciones positivas no contemplan protecciones legales tan comprehensivas para las revelaciones, pero algunas sí contienen disposiciones que en cierta forma siguen el mismo principio. La *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido establece expresamente la nulidad de las denominadas “cláusulas mordaza”, esto es, cualquier acuerdo de confidencialidad que tienda a impedir efectuar una revelación protegida.⁵⁰⁷

Las leyes de *whistleblowing* en el derecho comparado suelen resolver el asunto de la pugna entre la libertad de expresión del denunciante y las normas o mecanismos legales que permitan impedir la divulgación de la información que es objeto de la revelación, mediante el establecimiento de diversas excepciones o inmunidades en beneficio del denunciante. En las legislaciones australianas, los denunciantes quedan exentos de responsabilidad penal por infracción a disposiciones legales de secreto, y de responsabilidad civil, por infracción a obligaciones contractuales de confidencialidad o

⁵⁰⁶ Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), Artículo 6.

⁵⁰⁷ Public Interest Disclosures Act (Reino Unido), sección 43J ERA. De igual forma, en el Reino Unido la Ley de Secretos Oficiales (Official Secrets Act) prevalece sobre la PIDA y constituye una barrera legal a las revelaciones.

de otra índole, o por difamación. Asimismo, se contempla la protección de sanciones disciplinarias o laborales por haber efectuado la revelación.

Teniendo en consideración el objetivo de las leyes de *whistleblowing* de incentivar las revelaciones, a través de la eliminación de la amenaza de consecuencias adversas al denunciante, en la doctrina también se ha promovido la despenalización de las revelaciones que no cumplan con los requisitos de las revelaciones protegidas, o que finalmente no resulten verdaderas, sin perjuicio de las sanciones en casos de falsedad deliberada o mala fe.⁵⁰⁸

5.9.3. Reparaciones y compensaciones para el denunciante

En la doctrina se ha postulado que las leyes de *whistleblowing* deben contemplar la reparación o compensación para el denunciante que ha sufrido represalias en forma amplia y bajo el principio de *dejar a la persona en la misma situación previa a la que se encontraría de no haber efectuado la revelación o de no haber sufrido las represalias*.⁵⁰⁹ En consecuencia, la compensación debería cubrir todas las pérdidas sufridas por el denunciante, sin límite preestablecido, e incluyendo el daño moral.⁵¹⁰

En la legislación del Reino Unido la compensación o reparación de los perjuicios sufridos por la persona que efectúa la revelación constituye la principal protección contra represalias; en efecto, esta ley no contempla otras medidas específicas de protección. La indemnización comprende todos los daños que haya sufrido

⁵⁰⁸ Banisar, *Ob. Cit.*, pp. 108. En la opinión de este autor, en tales casos de falsedad deliberada, la aplicación de sanciones no penales, como la pérdida del empleo (remoción, destitución, despido), debería ser suficiente.

⁵⁰⁹ Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 106-107; Ley Modelo de Protección a Denunciantes (OEA), nota explicativa 27; se señala que la piedra angular de la Ley Modelo, es que quienes ejercen el derecho de libertad de expresión no se encuentren por ello en una situación peor que antes de ejercerlo.

⁵¹⁰ Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 106-107

personalmente el trabajador; la ley no establece un monto máximo de indemnización, y señala que debe considerarse las expensas en que haya incurrido el demandante y la pérdida de beneficios. La *Protected Disclosures Act* de Sudáfrica sigue el modelo de la legislación británica, y también establece la vía judicial para obtener la reparación; además, incluye la posibilidad de transferencia del empleado, a solicitud de éste. La reubicación del denunciante en otra posición de empleo (de igual jerarquía, al menos), se contempla también en las leyes del Territorio de la Capital Australiana y del estado de Queensland.

La *Sarbanes-Oxley Act* recoge expresamente el principio de la indemnización total, de modo que la reparación ascienda a lo necesario para dejar al empleado indemne. La reparación incluye, por lo tanto, el restablecimiento en el empleo, los pagos de remuneraciones atrasados, y la compensación de cualquier daño originado por la discriminación, incluyendo los costos de litigación y honorarios de abogados y peritos. En la *Whistleblower Protection Act*, las reparaciones también consisten en dejar al individuo, en la forma más cercana posible, en la misma situación de no haber ocurrido la práctica de personal prohibida, la indemnización de los pagos atrasados y beneficios relacionados, de los costos médicos, en su caso, las expensas de viajes, y cualesquiera otros cargos razonables y previsibles, más la indemnización de honorarios y costos de litigación.

En la experiencia comparada, suelen considerarse los siguientes medios de reparación al denunciante:

- Medidas correctivas para detener las discriminaciones o represalias o para revertir sus efectos;
- Indemnización por daños;
- Restablecimiento de la situación laboral, si procede;
- Pago de remuneraciones y beneficios que se hubieran dejado de percibir;

- Medidas cautelares o provisionales para mantener la situación del denunciante mientras esté pendiente la resolución del asunto;
- Posibilidad de reubicación, protección para la seguridad personal, asistencia para obtener nuevo empleo, entre otras;
- Pago de honorarios de abogados y costos de litigación.

En la doctrina se ha propuesto también, en base a experiencias como la de los casos *qui tam* conforme a la *False Claims Act* de Estados Unidos, que los denunciantes deberían obtener recompensas monetarias por efectuar revelaciones que resulten en recuperaciones de fondos o descubrimientos de malas conductas importantes. Parte de la doctrina defiende en forma muy vehemente el pago de recompensas monetarias a los denunciantes sobre la base de un porcentaje de los montos recuperados, y señalan que la *False Claims Act*, que permite tales recompensas, es la ley más poderosa de protección a denunciantes en los Estados Unidos, ya que otorga una legitimidad al denunciante –que debe demandar por su cuenta- y le permite cubrir los costos de litigación, así como los daños que pudiera sufrir.⁵¹¹ Esta postura también cuenta con detractores que se manifiestan totalmente en contra del pago de recompensas a los denunciantes: “incitar a los denunciantes a través de recompensas monetarias parece moralmente repugnante y corre el riesgo de atraer información maliciosamente fundada o evidencia sesgada de sospechosa credibilidad. Sería mejor tratar de contrarrestar la cultura anti-soplónaje enraizada en muchas organizaciones y ofrecer protección a denunciantes que voluntariamente den información en casos de malas prácticas corporativas, corrupción de gobierno o conspiraciones criminales.”⁵¹² Muchos expertos de *whistleblowing* son suspicaces con respecto a tales disposiciones, y las ven como desviaciones de los

⁵¹¹ Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 107; y especialmente, Sawyer, Kim, *The Test Called Whistleblowing. Paper Delivered to the National Conference of Whistleblowers Australia*, 2005, pp. 9-11

⁵¹² *Protect, Not Pay, Whistleblowers*, en editorial del diario *The Age*. Este artículo apareció en respuesta a una columna de Kim Sawyer publicada algunos días antes (enero de 2004) en el mismo periódico, en que defendía el pago de recompensas a los denunciantes. Citado en Sawyer, *Ob.Cit.*, pp. 9.

principios de interés público de la legislación. Sin embargo, algunos admiten que hay un aspecto positivo ya que es una de las pocas oportunidades en que los denunciantes no son considerados como víctimas.⁵¹³

5.9.4. Confidencialidad

En doctrina se ha puesto énfasis en que las leyes de protección a denunciantes deberían contemplar formas de proteger la identidad de la persona que efectúa la revelación, como forma de prevenir las represalias y, por tanto, como un posible incentivo a la revelaciones.

En algunas legislaciones no se regula sobre la confidencialidad de la identidad del denunciante, y la publicidad o reserva de la misma queda entregada a las políticas de la entidad encargada de la aplicación de la ley. Por ejemplo, en Sudáfrica la *Protected Disclosures Act* no regula en absoluto la materia, sin embargo, el Public Protector sigue la política de mantener la confidencialidad.

En la WPA, en la investigación de las prácticas de personal prohibidas, también la identidad del empleado reclamante no puede ser revelada sin su consentimiento, a menos que su revelación sea necesaria para evitar un peligro inminente a la salud o la seguridad, o una inminente infracción penal.

Otras leyes van más lejos, y establecen normas para la protección de la reserva de la información concerniente a la revelación en general, no sólo la identidad del denunciante. En Queensland, Australia Occidental, Victoria, el Territorio de la Capital Australiana y en Tasmania, constituye delito revelar información que sea objeto o que sea recibida como resultado de una revelación protegida, salvo las excepciones

⁵¹³ Banisar, *Ob.Cit.*, pp. 80

contempladas en las mismas leyes, que dicen relación con la posibilidad de fiscalización efectiva.

CAPÍTULO VI: LA PROTECCIÓN A DENUNCIANTES DE IRREGULARIDADES Y FALTAS A LA PROBIDAD EN CHILE: ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.205

6.1. Aspectos generales

6.1.1. Síntesis de las disposiciones de protección a denunciantes introducidas por la Ley N° 20.205; propósitos y enfoque

La Ley N° 20.205, que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad, vigente desde el 24 de julio de 2007, es la primera ley chilena especialmente creada para regular, fomentar y proteger las denuncias de hechos irregulares y faltas a la probidad, distintas de hechos constitutivos de delito. Sin embargo, no es por sí sola un cuerpo normativo independiente, sino que introduce normas al Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834), al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley N° 18.883) y a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), que establecen, en términos generales, el deber de los funcionarios públicos de denunciar los hechos de tales características de que tuvieren conocimiento, las protecciones que se otorgan al denunciante por efectuarlas y las sanciones a las denuncias infundadas y falsas o efectuadas con el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

Estas disposiciones rigen exclusivamente a funcionarios públicos, y específicamente a aquellos regidos por el Estatuto Administrativo y el Estatuto

Administrativo para Funcionarios Municipales. Las conductas que pueden ser objeto de las denuncias –y con respecto a las cuales los funcionarios tienen la obligación de denunciar- son los hechos irregulares y las faltas al principio de probidad administrativa. Las disposiciones de protección a denunciantes tienen como objetivo la detección, prevención y sanción de hechos relacionados con corrupción o mal ejercicio de las funciones públicas, aunque tal objetivo no se señala expresamente en la ley, pero resulta claro del análisis del contexto de la creación de la Ley N° 20.205, y de la historia fidedigna de su establecimiento.

Esta ley introdujo protecciones para las represalias que pudieran afectar la situación laboral del funcionario denunciante, específicamente mediante el establecimiento de los siguientes derechos, que le benefician por haber efectuado la denuncia:

- No ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión o destitución
- No ser objeto de traslado de localidad o de función
- No ser objeto de calificación por parte del superior jerárquico

El denunciante goza de estos derechos por el solo hecho de realizar la denuncia ante la autoridad competente, y se mantienen vigentes por el plazo que establece la ley, que se cuenta a partir del momento en que la denuncia es presentada, y dura hasta 90 días después de terminada la investigación sumaria o sumario administrativo que se inicie con motivo de la denuncia. El denunciante también cuenta con el derecho a que, previa solicitud, se mantenga reserva o secreto sobre su identidad y sobre la información relativa a la denuncia efectuada.

La legislación chilena sobre protección a denunciantes pone especial énfasis en sancionar las denuncias infundadas y falsas o efectuadas con el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado. Los funcionarios que realizaren este tipo de denuncias quedan sujetos a la sanción de destitución del cargo y esta misma conducta queda expresamente

señalada dentro de aquellas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, en el artículo 62 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

La Ley N° 20.205 ha constituido un avance para Chile en materia de *whistleblowing*, pues introduce normas de protección a denunciantes antes no contempladas, distintas de aquellas ya existentes previamente, relativas a la denuncia penal y de las de protección a víctimas y testigos, y circunscritas exclusivamente al ámbito procesal penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la normativa chilena de protección a denunciantes resulta ser muy restringida en comparación con las leyes avanzadas sobre la materia en el derecho comparado. Además de no constituir un cuerpo legal independiente ni una regulación sistemática, en términos comparativos, la Ley N° 20.205 introdujo protecciones relativamente estrechas, ya que no incluye formas de reparación o compensación al denunciante por las represalias sufridas, ni otras protecciones no relacionadas con el resguardo de su situación laboral. Tampoco establece procedimientos especiales para efectuar las denuncias ni para investigar sobre las represalias, ni designa a alguna entidad especial a cargo de promover, fiscalizar o aplicar estas normas. Estas disposiciones tienen asimismo un alcance limitado, tanto en cuanto a las personas a las que se aplican, como con respecto al espectro de conductas que pueden ser objeto de las denuncias. En relación con ello, en contraste con muchas de las regulaciones sobre *whistleblowing* más avanzadas, la ley chilena no protege a la persona que da la alerta sobre algún hecho potencialmente riesgoso o dañino, ni apunta a la revelación de información de interés público, sino que se enfoca derechamente a las *denuncias* sobre hechos irregulares o que contravienen el principio de probidad administrativa.

6.1.2. Contexto de la creación de la ley

Con anterioridad al establecimiento de la Ley N° 20.205, ya se encontraban vigentes en Chile algunas normas tendientes a la regulación de denuncias sobre conductas ilícitas en el desempeño de la función pública.

La obligación de denuncia penal aplicable a los funcionarios públicos, ya se encontraba consagrada en los artículos 61 letra k) del Estatuto Administrativo y 58 letra k) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en los que se establecía la obligación de los funcionarios sujetos a dichos estatutos de comunicar los delitos de que tomaran conocimiento. Por su parte, el Artículo 175 letra b) del Código Procesal Penal establece la obligación de los fiscales y demás empleados públicos, de denunciar los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y especialmente, en su caso, aquellos que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos. El Código Procesal Penal no contempla normas especiales de protección a los denunciadores, pero en su artículo 109 letra a) establece normas para la protección de la víctima y su familia,⁵¹⁴ y en el artículo 308, normas aplicables a la protección de los testigos.⁵¹⁵ En adición a lo anterior, el Código Penal, contiene algunas normas que benefician a quienes han tenido participación punible, pero han efectuado alguna denuncia útil para efectos de la aplicación de la ley penal.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Conforme al Artículo 109 letra a) del Código Procesal Penal, la víctima tiene derecho a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

⁵¹⁵ Conforme al Artículo 308 del Código Procesal Penal, el tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario. De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

⁵¹⁶ El artículo 8° del Código Penal, en su inciso cuarto, prescribe que “exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias.” Asimismo, dentro de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal enumeradas en

En los mismos artículos del Estatuto Administrativo y del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales citados en el párrafo anterior, también se establecía la obligación de los funcionarios de comunicar a la autoridad competente, los hechos de carácter irregular de que tomaran conocimiento. Sin embargo, en el Mensaje del Ejecutivo que acompañó al proyecto de ley, se hizo notar que existía un vacío en cuanto a la protección del denunciante de irregularidades (no de delitos), dentro de la propia Administración Pública y la ausencia de un sistema que le diera suficiente garantía; tampoco existían sanciones para el denunciante irresponsable o que no respetara los conductos regulares.⁵¹⁷

Las disposiciones sobre protección a denunciantes introducidas por la Ley N° 20.205 tienden al resguardo del principio de probidad administrativa; la regulación sobre este principio fue introducida a través de la Ley N° 19.653, de 1999 (Ley de Probidad Administrativa), que estableció en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, diversos deberes de conducta para los funcionarios de la Administración del Estado, como asimismo las normas sobre responsabilidad administrativa y las sanciones aplicables para las infracciones a estos estándares de conducta. De este modo, las disposiciones de protección a denunciantes de la Ley N° 20.205 complementan y forman parte de una regulación más amplia tendiente a regular las conductas de los funcionarios en el sector público.

Hacia fines del año 2006, diversos hechos señalados como corrupción al interior de la Administración Pública, generaron alarma en la opinión pública y la preocupación en el gobierno de tomar medidas para evitar la ocurrencia de tales hechos. La entonces

el artículo 11 del Código Penal, la circunstancia 8ª expresa: “si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.”

⁵¹⁷ Mensaje de S.E. La Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad, 6 de diciembre de 2006. En Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.205. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad*. 24 de julio, 2007, pp. 6-7.

Presidenta de la República convocó a un grupo de trabajo conformado por expertos, con el fin de que elaboraran propuestas al respecto. Esta Comisión emitió un Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública, el que contenía diversas recomendaciones, entre las cuales se encontraba el establecimiento de un sistema efectivo de protección al denunciante de buena fe, de la siguiente manera.⁵¹⁸

“Eleva la probabilidad de ser denunciado reduce la disposición a incurrir en un delito o ilícito administrativo. Ello requiere proteger adecuadamente a quienes los denuncien de buena fe y por los canales regulares.”

“Quienes están en mejor posición de conocer de actos de corrupción que involucren a funcionarios son los particulares afectados, los co-partícipes en el ilícito o en los planes para cometerlo y los funcionarios públicos que conozcan de ellos en razón de sus funciones. Todos ellos, sin embargo, pueden inhibirse de denunciar por temor a represalias. Por otro lado, las normas de tratados anticorrupción de que Chile es parte estipulan la obligación de proveer protección a los denunciantes. Si bien las normas penales y procesales vigentes reconocen como atenuante la denuncia útil para sancionar un delito por quien tuviera participación punible en su comisión y permiten una adecuada protección a testigos, este beneficio no alcanza a quienes no tienen responsabilidad penal y, por ende, solo resuelve parcialmente el problema.”

“En consecuencia, resulta necesario establecer medidas de protección, para las personas particulares o funcionarios públicos que de buena fe y del modo que la ley señale, denuncien que se cometió, o existe una alta probabilidad de que vayan a cometerse, actos que constituyan un delito u otro incumplimiento de un deber legal relativo a la probidad pública, o bien denuncien que se ocultó o pretende ocultarse información relacionada con tales actos.”

⁵¹⁸ Barros Bourie, Enrique; Carmona Santander, Carlos; Ferreiro Yazogo, Alejandro; Harasic Yaksic, Davor; Recart Herrera, María Olivia; Valdés Prieto, Salvador y Zalaquett Daher, José, *Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República*. Santiago, Chile, noviembre de 2006, pp. 17-18

“Se propone que la ley regule:

- a. Quiénes pueden impetrar protección, cómo y ante quién deben formular la denuncia para que en principio sean aplicables las medidas de protección.*
- b. Las medidas específicas de protección que podrán arbitrarse a favor del denunciante.*
- c. La autoridad que puede disponer las medidas de protección y verificar su cumplimiento, así como los procedimientos del caso.*
- d. Las situaciones de riesgo o represalia que, de existir temor fundado que puedan ocurrir en contra del denunciante, justificarían la aplicación de una o más de las medidas de protección.”*

El Ejecutivo acogió en gran medida las recomendaciones efectuadas en el Informe de la Comisión de Expertos, y creó una Agenda de Modernización, Transparencia y Calidad de la Política, consistente en la creación de diversos proyectos de ley e introducciones de mejoras a proyectos ya en trámite, todas tendientes en distintas formas a la prevención de la corrupción. Dentro del primer grupo de iniciativas del Ejecutivo enviadas al Congreso se encontraba aquella destinada a proteger al denunciante de hechos irregulares y faltas al principio de probidad. Este proyecto de ley, sin embargo, no fue la primera propuesta legislativa sobre la materia, y el mismo Mensaje del Ejecutivo hace referencia y acoge en parte diversas mociones elaboradas con anterioridad, que no habían progresado en la tramitación parlamentaria.⁵¹⁹

⁵¹⁹ Moción que establece normas de investigación y persecución de actos de corrupción (Boletín N° 2565-07); Moción que establece sistema de protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción (Boletín N° 2653-07); Moción que obliga a los funcionarios públicos a denunciar conductas delictivas y faltas a la probidad administrativa (Boletín N° 3565-07); Moción que modifica la ley N° 18.834, que contiene el Estatuto Administrativo, con el objeto de precisar obligación que indica e incorporar un nuevo derecho de los funcionarios públicos (Boletín N° 4642-06).

Un aspecto de la normativa debatido varias veces dentro de la discusión parlamentaria del proyecto de ley, fue el alcance de su aplicación en cuanto a las personas, objetándose, por parte de los parlamentarios, la exclusión de las normas de protección, de empleados no regidos por el Estatuto Administrativo o por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, e incluso del sector privado en general. Pese a manifestarse reiteradamente esta aprensión en el debate parlamentario, en el texto definitivo de la ley no fue plasmada, y prevaleció la postura del Ejecutivo en cuanto a que la protección a tales personas debía ser objeto de otras iniciativas legislativas.

6.1.3. Entidades a cargo de la aplicación de la ley

La Ley N° 20.205 no creó ni designó a alguna entidad que se encargara especialmente, en forma centralizada, de la fiscalización, aplicación y/o promoción de las normas de protección a denunciantes. Asimismo, tampoco estableció procedimientos especiales de denuncia ni la obligación de que los órganos públicos los establecieran. En las disposiciones correspondientes del Estatuto Administrativo y del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, sólo se señala que la denuncia debe efectuarse ante “la autoridad competente” y “al alcalde”, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, le ha correspondido a la Contraloría General de la República, en su función de ente fiscalizador de la Administración del Estado, pronunciarse en diversos dictámenes sobre las normas de protección a denunciantes incorporadas al Estatuto Administrativo y al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. A través de la jurisprudencia administrativa generada por las decisiones de la Contraloría General, se han aclarado y resuelto algunos problemas suscitados a partir de la aplicación de las disposiciones de protección a denunciantes, como por ejemplo, su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, la posibilidad de invocar la protección si el funcionario ya está siendo objeto de un sumario administrativo y las consecuencias negativas de invocar el derecho a no ser precalificado, como perder el

derecho al pago de una asignación por no haber sido calificado en el período correspondiente. Sin embargo, la Contraloría General –actuando dentro de sus facultades y por lo tanto, aplicando en forma estricta la ley- a través de sus dictámenes ha reafirmado el carácter restrictivo de las disposiciones de protección, en especial en cuanto a limitar la aplicación de estas normas exclusivamente a quienes detentan la calidad de funcionarios sujetos a los mencionados estatutos, y rechazando absolutamente cualquier posibilidad de que se apliquen las protecciones en el caso de que no concurren cabalmente los requisitos y condiciones impuestos por la ley.

6.2. Ámbito de aplicación

Las disposiciones que regulan la obligación de los funcionarios públicos de efectuar las denuncias, la forma en que deben realizarse y las protecciones que se otorgan a los denunciados se aplican a todos los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo o el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Ello significa que se aplican, en concreto, a las siguientes personas:

- Personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa; con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.575, esto es, sus normas no se aplican a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley.⁵²⁰
- Funcionarios municipales, de planta o a contrata, y a los alcaldes.⁵²¹

⁵²⁰ Artículo 1° del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834)

⁵²¹ Artículo 1° del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley N° 18.883)

La limitación de la aplicación de las normas de obligación de denuncia y protección a denunciantes sólo a funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales fue objeto de inquietudes y críticas durante la discusión parlamentaria del proyecto de ley. En diversas etapas de la tramitación del proyecto se manifestó por parte de distintos parlamentarios, el interés de incluir dentro de los individuos protegidos a personas que desempeñan funciones públicas, pero que no son funcionarios regidos por los mencionados estatutos. En especial, se planteó la preocupación por la exclusión de empleados de empresas estatales (Codelco, Enami, Televisión Nacional, etc.), de instituciones de Defensa Nacional, de la Contraloría General de la República y del Banco Central, entre otros. También se expresó la inquietud por la no aplicación de las protecciones a trabajadores que se desempeñan en órganos públicos, pero sujetos al régimen común del Código del Trabajo o contratados a honorarios.⁵²² A mayor abundamiento, hubo parlamentarios que expresaron su interés de que la iniciativa se extendiera al sector privado en general.⁵²³

El Ejecutivo, durante la tramitación del proyecto, mantuvo la postura de que la protección a denunciantes fuera de los ámbitos del Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, aunque loable como propuesta, debía ser abordada mediante otro proyecto de ley, en particular mediante uno que modificara el Código del Trabajo.⁵²⁴ La idea de extender el ámbito de aplicación de las normas de

⁵²² Informe de la Comisión de Gobierno de la Cámara de Diputados, de 21 de diciembre de 2006, cuenta en Sesión 112, Legislatura 354. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 16-17; Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 354, Sesión 113, de 3 de enero de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 30-32, 38, 48 y 51; Discusión en Sala, Senado, Legislatura 354, Sesión 90, de 7 de marzo de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 76-79 y 86.

⁵²³ Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 354, Sesión 113, de 3 de enero de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 35, 39-41; Discusión en Sala, Senado, Legislatura 354, Sesión 90, de 7 de marzo de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 78.

⁵²⁴ Informe de la Comisión de Gobierno de la Cámara de Diputados, de 21 de diciembre de 2006, cuenta en Sesión 112, Legislatura 354. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 16-17; Discusión en Sala, Senado, Legislatura 354, Sesión 90, de 7 de marzo de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 82-83.

protección a denunciantes, en definitiva, no prosperó; por lo tanto, la aplicación restringida de las normas introducidas, sólo a los funcionarios sujetos a los estatutos mencionados, quedó plasmada en el texto final de la ley.

Esta postura refleja una visión estrecha de los sistemas de protección a denunciantes, que mira este tipo de regulaciones solamente como normas de conducta laboral de los funcionarios públicos, y que únicamente tienen como objetivo la detección de hechos irregulares o contrarios a la probidad administrativa. La postura del Ejecutivo durante la tramitación del proyecto de ley, que finalmente prevaleció en el texto definitivo, implica que la introducción de normas de protección a denunciantes a favor de un determinado grupo de personas (un determinado tipo de funcionarios), necesariamente implica la introducción de ellas a través de la reforma de cada estatuto laboral, y por ende, en forma fraccionada, no siendo posible, desde este punto de vista, introducir normas de alcance más general que se apliquen a la generalidad de los funcionarios de los órganos de gobierno, independientemente de la rama del Estado o del organismo en que desempeñen sus funciones, y sin importar la forma de su contratación. La protección a denunciantes no regulada en forma más integral, puede traer como consecuencia la disparidad en la aplicación de las protecciones, lo que se acentúa por la inexistencia de un órgano que controle estas normas en forma centralizada o, en defecto de tal órgano, por la falta de estándares de aplicación de las protecciones, que sirvan de orientación a los órganos de la Administración Pública. En ausencia de regulaciones que contemplen protecciones equivalentes para empleados no regidos por el Estatuto Administrativo o el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, es factible sostener que las normas chilenas de protección a denunciantes generan desigualdad, e incluso discriminación, que perjudica a los empleados excluidos de la protección.

En virtud del carácter restrictivo de la aplicación de normas de derecho público, la Contraloría General de la República en diversos dictámenes ha reafirmado la opción del legislador de aplicar las protecciones a denunciantes en forma estricta y exclusiva a los

funcionarios regidos por los estatutos correspondientes, declarando reiteradamente la inaplicabilidad de las protecciones a personas en situación similar o análoga a aquella del funcionario público denunciante que sí está cubierto por la normativa, y que en el derecho comparado suelen estar igualmente protegidos por la ley, incluso en forma expresa. Así, la Contraloría General de la República ha señalado que las protecciones no se aplican a personas contratadas a honorarios en los servicios públicos⁵²⁵, o afectas a las normas del Código del Trabajo⁵²⁶, a ex funcionarios (personas que al momento de la denuncia ya no tienen el carácter de funcionario público)⁵²⁷, a empleos de exclusiva confianza⁵²⁸, y a Carabineros de Chile.⁵²⁹

⁵²⁵ La Contraloría General de la República estableció su criterio de aplicación restrictiva de las protecciones, conforme a la ley, a propósito de la situación de los empleados denunciante contratados a honorarios, en el Dictamen N° 59.230, de 28 de diciembre de 2007. La Contraloría considera: "(...) los beneficios que se contemplan en la citada ley N° 20.205 fueron establecidos en favor de los servidores públicos cuya función es regulada por [el Estatuto Administrativo], tal como se deduce de la referencia que hace a ellos dicho cuerpo legal. Por lo demás, ello queda de manifiesto al consultar la historia fidedigna del establecimiento de la anotada ley N° 20.205 (...) Preciso lo anterior, es dable señalar que de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 11 de la ley N° 18.834, las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de dicho cuerpo legal (...) En relación con la indicada disposición legal, la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, ha señalado (...), que las personas que prestan servicios a la Administración sobre la base de honorarios, no poseen la calidad de funcionarios y tienen como única norma reguladora de sus relaciones con ella el propio convenio, careciendo de los derechos de que gozan los empleados públicos." La Contraloría General se pronunció en el mismo sentido, en el Dictamen N° 2.466, de 18 de enero de 2008.

⁵²⁶ Dictámenes N° 30.758, de 3 de julio de 2008, y N° 40.212, de 28 de julio de 2009, de la Contraloría General de la República.

⁵²⁷ Dictamen N° 50.423, de 28 de octubre de 2008 de la Contraloría General de la República. En este Dictamen se expresó: "(...) Considerando que, atendida la declaración de vacancia de su cargo, la denunciante no posee actualmente la calidad de empleada municipal, no se encuentra protegida por las disposiciones estatutarias introducidas por la referida ley N° 20.205."

⁵²⁸ Dictamen N° 24.355, de 12 de mayo de 2009, de la Contraloría General de la República.

⁵²⁹ Dictámenes N° 58.422, de 10 de diciembre de 2008 y N° 64.439, de 18 de noviembre de 2009, de la Contraloría General de la República.

6.3. Conductas denunciabiles

Las conductas que pueden ser objeto de las denuncias, son *las irregularidades y las faltas al principio de probidad administrativa*.

La Ley N° 20.205 introdujo las normas centrales que rigen estas denuncias, en los artículos 61 del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834) y 58 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley N° 18.883).

Conforme al Art. 61 letra k) del Estatuto Administrativo, ***“Serán obligaciones de cada funcionario: k) Denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquellos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la ley N° 18.575.”***

Por su parte, conforme al Art. 58 letra k) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, ***“Serán obligaciones de cada funcionario: k) Denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía si no hubiere fiscalía en la comuna en que tiene su sede la municipalidad, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y al alcalde los hechos de carácter irregular o las faltas al principio de probidad de que tome conocimiento.”***

6.3.1. Irregularidades y faltas al principio de probidad administrativa

El principio de la probidad administrativa, conforme al inciso 2° del artículo 52 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, *“consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo,*

con preeminencia del interés general sobre el particular.”⁵³⁰ Las personas sujetas al principio de probidad administrativa son todas las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado, sean de planta o a contrata (Art. 52 de la ley 18.575). A su vez, tanto en el Estatuto Administrativo como en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, se establece expresamente como obligación de los funcionarios sujetos a estos estatutos, el observar estrictamente este principio.⁵³¹

En cuanto a la preeminencia del interés general sobre el particular que importa el principio de probidad administrativa, el artículo 53 de la Ley 18.575 expresa: “*El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.*”

De esta forma, la ley chilena presenta la peculiaridad de que los hechos denunciados son los que constituyen infracciones a deberes positivos de conducta de los funcionarios, en forma similar a la regulación nacional de Australia contenida en la *Public Service Act* de 1999, no contemplándose, por el contrario, listas o categorías de información sobre las cuales se puede efectuar una revelación protegida, las que en el derecho comparado suelen referirse a conductas específicas que se pretende prevenir

⁵³⁰ En el Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834, el Art. 61 letra g) el mismo principio se expresa de la siguiente forma: “(...) *implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado.*”

⁵³¹ Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834, Art. 61 letra g) y Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Ley N° 18.883, Art. 58 letra g).

(por ejemplo, mala administración de fondos públicos, conductas de fraude, riesgo serio a la seguridad o salud públicas, etc.).

La ley chilena tampoco contempla una definición precisa que provea elementos para determinar cuándo se ha cometido una irregularidad o una falta a la probidad administrativa, Sin embargo, puede advertirse –en términos generales- qué tipo de conductas ha querido prevenir el legislador, de la lectura del artículo 62 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, el que contempla una enumeración de conductas que “*contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa*”, las que, a grandes rasgos, incluyen el uso de información privilegiada, el abuso de funciones para obtener algún provecho, el uso indebido de bienes públicos, el soborno, y los conflictos de intereses.⁵³²

⁵³² “*Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:*

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;*
2. *Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;*
3. *Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;*
4. *Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;*
5. *Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.*

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y los protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;

6. *Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.*

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que los afecta;

7. *Omitir o eludir la propuesta pública en los casos en que la ley lo disponga;*

En caso alguno debe entenderse que las normas de protección a denunciantes introducidas por la Ley N° 20.205 se restringen sólo a las conductas enumeradas en el artículo 62 de la Ley 18.575; por el contrario, de acuerdo al tenor literal de la ley, para que el denunciante tenga derecho a las protecciones introducidas, basta con que los hechos expuestos en la denuncia consistan en alguna irregularidad o en una falta a la probidad administrativa, sin necesidad de que deba configurarse específicamente alguna conducta de aquellas señaladas en la ley que *contravienen especialmente el principio de probidad administrativa*.

La falta de precisión con respecto a las conductas que pueden ser objeto de las denuncias fue uno de los aspectos criticados en el voto disidente de la Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de la Ley N° 20.205. En esta disidencia se sostiene que las disposiciones de protección a denunciantes vendrían a establecer un equivalente administrativo de la categoría de “ley penal en blanco”⁵³³ y que algunas de las conductas del artículo 62 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (que “contravienen especialmente el principio de probidad administrativa”) sólo pueden determinarse mediante una

-
8. *Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración, y*
 9. *Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.*

⁵³³ “La calificación de “irregular”, cuyo carácter tendría un hecho constitutivo de conducta denunciante y, por lo tanto, sujeta a sanción, o sea punible, cae de lleno en la versión administrativa de la categoría de ley penal en blanco (...). Aún más, la expresión ley penal en blanco “abierto”, destinada a aquella conducta cuyo carácter punible está entregado al criterio del juez, es excedida por la calificación que tratamos en autos, pues el carácter punible, esto es “irregular”, de la conducta está entregado al criterio de la “autoridad competente” (...) y del “alcalde” (...). Esta secuencia delatora (...) no sólo atenta contra la convivencia dentro de cualquiera comunidad humana en una sociedad democrática, sino que contraviene palmariamente la reserva legal establecida en el inciso octavo del N° 3 del art. 19 CPR, extensivo al derecho administrativo sancionador, pues su vigencia significa que todo servidor público chileno queda expuesto a ser denunciado y sancionado por una conducta ilegalmente calificada como punible.” Tribunal Constitucional, Sentencia rol N° 799-07, de 27 de junio de 2007 (voto de minoría). En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 140.

evaluación subjetiva o sin sustento jurídico, lo que de acuerdo al voto disidente es inadmisibles en un Estado de Derecho.⁵³⁴

Por otra parte, si bien los conceptos de “irregularidades” y “faltas al principio de probidad administrativa” parecieran dar cabida a un sinnúmero de posibles conductas denunciadas, es preciso aclarar que no cualquier hecho o actividad que afecte al funcionario denunciante constituye fundamento para una denuncia que dé lugar a la aplicación de las protecciones contempladas la ley. Por el contrario, es irrelevante para estos efectos si el hecho que se denuncia afecta o no al denunciante, y por ejemplo, la Contraloría General de la República ha señalado, en tal sentido, que el ordenar sistemáticamente investigaciones sumarias en contra del funcionario –aún cuando en la apreciación del afectado carezcan de fundamento-, en ausencia de otros indicios, no significa que estos procedimientos disciplinarios se hayan efectuado como acciones de hostigamiento o persecución laboral en su contra, además de no constituir irregularidad o falta al principio de probidad en forma alguna.⁵³⁵

En el proyecto de ley original, se entendía que las irregularidades o faltas al principio de probidad denunciadas debían llegar a conocimiento del denunciante *en el ejercicio de su cargo*; en la tramitación parlamentaria se eliminó tal expresión, por lo

⁵³⁴ “La evidencia de lo anteriormente descrito se demuestra con el N° 8 del art. 62, cuya contravención acarrearía el calificativo de “hecho de carácter irregular” denunciante en la especie: “contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la administración”. Contravenir los deberes de eficiencia y eficacia constituye una apreciación de suyo subjetiva o vinculada a criterios de mérito técnico, sin sustento ni consecuencias jurídicas posibles, sin perjuicio que, además, en la práctica ambos principios se ven a menudo enfrentados excluyentemente (...). Vale preguntarse, entonces, cómo podría admitirse en un Estado de Derecho que la valoración de tales principios sirva de base para calificar de “irregular” un hecho y, con ello, configurar una conducta merecedora de una denuncia en contra de un funcionario por contravenir la ley.” Tribunal Constitucional, Sentencia rol N° 799-07, de 27 de junio de 2007 (voto de minoría). En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 140.

⁵³⁵ Dictamen N° 57.352, de 19 de octubre de 2009 de la Contraloría General de la República.

que conforme al texto final de la ley, es irrelevante si el funcionario tomó conocimiento de los hechos que denuncia en el desempeño de sus funciones o de alguna otra forma.

6.3.2. Aplicación de las protecciones a denunciantes a hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley N° 20.205

La Ley N° 20.205 no estableció la aplicación retroactiva de las disposiciones que introdujo ni contiene disposición alguna que se refiera a la aplicación de sus normas en el tiempo. En consecuencia, las disposiciones de protección a denunciantes no resultan aplicables a denuncias efectuadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.205 (24 de julio de 2007); la Contraloría General de la República ha afirmado que estas disposiciones no tienen efecto retroactivo.⁵³⁶

Con respecto a si estas normas son o no aplicables a denuncias efectuadas durante la vigencia de la Ley N° 20.205, pero que se refieran a *hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia*, se puede advertir una discrepancia entre la postura que manifestó el Ejecutivo durante la tramitación del proyecto de ley, y la forma en que la jurisprudencia administrativa ha resuelto este asunto. En la tramitación parlamentaria del proyecto, el Ejecutivo quiso dejar constancia, para la historia fidedigna de la ley, de lo siguiente: “El proyecto regirá a futuro, como toda ley. Por tanto, debiera referirse no sólo a denuncias que se hagan de ahora en adelante, sino también a los hechos que den origen a tales denuncias. Porque la ley al no tener efecto retroactivo, no sólo cubre el

⁵³⁶ La Contraloría General de la República, en Dictamen N° 47.068, de 9 de octubre de 2008, pronunciándose en cuanto a si el recurrente se encontraba eximido de ser precalificado tras haber efectuado la denuncia, señaló: “(...) corresponde anotar que el recurrente no está amparado por los derechos contemplados en la disposición estatutaria invocada, toda vez que la querrela presentada por el servidor invocando la protección del citado artículo 90 A, fue interpuesta con fecha 30 de enero de 2007, y la citada norma en estudio entró en vigencia con posterioridad, esto es, el 24 de julio de 2007, sin que la mencionada ley N° 20.205, contemplara la aplicación retroactiva de aquélla, por lo que no procede que el interesado goce del beneficio que reclama, esto es, a no ser calificado.”

hecho de que no se pudieran amparar en ella denuncias hechas en el pasado, lo que es lógico, sino que tampoco debieran ampararse en esta legislación denuncias que se hagan con posterioridad a su promulgación, pero que se refieran a hechos pasados. Es decir, las denuncias sobre probidad deben referirse a hechos ocurridos con posterioridad a esta etapa de la ley.”⁵³⁷

En cambio, la Contraloría General de la República, ha sostenido que las denuncias sobre hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia –y a la promulgación- de la Ley N° 20.205, sí dan origen a la aplicación de las protecciones a denunciante: “(...) es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia administrativa (...), ha concluido en forma invariable que las normas de Derecho Público (...), rigen “in actum”, debiendo, por consiguiente, aplicarse a todas las situaciones que se presentaren, sin que se extiendan a aquellas que, a la data de su vigencia, estaban consolidadas y que se regularon, en su oportunidad, por la normativa existente a la sazón.” “De este modo, a las denuncias a que se refiere el municipio recurrente, formuladas con posterioridad al 24 de julio de 2007, data de entrada en vigor de las modificaciones a la ley N° 18.883, les son plenamente aplicables tales normas de protección, aunque se refieran a hechos acaecidos con anterioridad a dicha fecha, teniendo en consideración, además, que las aludidas acciones se habrían efectuado con la debida prontitud, tal como exige la obligación de denunciar contemplada en el citado artículo 58, letra k).”⁵³⁸

Sin perjuicio de la constancia dejada por el Ejecutivo para la historia fidedigna de la ley, la forma en que la Contraloría General ha resuelto el problema es la correcta; esto es, son aplicables las normas de protección a denunciante con respecto a denuncias formuladas después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.205, *aunque se refieran a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley*, siempre y

⁵³⁷ Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 355, Sesión 30, de 5 de junio de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 117-118.

⁵³⁸ Dictamen N° 61.457, de 29 de diciembre de 2008, de la Contraloría General de la República.

cuando cumplan con el requisito legal de que la denuncia debe formularse “con la debida prontitud”, contemplado en los mismos artículos 61 letra k) del Estatuto Administrativo y 58 letra k) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Aunque la ley no expresa en qué consiste dicho término, puede entenderse lógicamente que el funcionario debe denunciar tan pronto tenga conocimiento de los hechos, y en cuanto tenga la posibilidad de efectuar la denuncia, dentro de lo razonable. En efecto, sin perjuicio de la posibilidad de que haya prescrito la responsabilidad administrativa del denunciado, la ley sólo exige que la denuncia se efectúe con la debida prontitud, y no caduca ni prescribe el derecho de denunciar ni de obtener las protecciones por el transcurso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos y el momento en que se denuncian. El requisito de efectuar la denuncia con la debida prontitud, como es lógico, sólo puede evaluarse a partir del momento en que el denunciante tomó conocimiento de los hechos, no desde que ocurrieron.

A mayor abundamiento, no existe disposición legal alguna que impida que el denunciante quede protegido por ser los hechos descritos en su denuncia anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.205, ni en el propio texto de esta misma ley, ni en los cuerpos legales que modifica, ni en la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes. Dado que la forma entender las disposiciones de protección a denunciantes queda suficientemente clara de su tenor literal, no cabe remitirse a la historia fidedigna de su establecimiento; para que fuera aplicable el criterio que el Ejecutivo manifestó en la historia de la ley, debería existir otra norma de rango legal que expresamente impidiera las denuncias sobre hechos anteriores a la promulgación de la Ley N° 20.205. Por otra parte, el requisito de que la denuncia deba formularse “con la debida prontitud”, debería ser un resguardo suficiente para evitar la interposición de denuncias sobre hechos de los cuales se ha tenido conocimiento por más tiempo, sin que la denuncia se haya formulado oportunamente.

6.4. La obligación de denunciar y elementos de la denuncia

6.4.1. Denuncia obligatoria de irregularidades y faltas a la probidad

Un aspecto fundamental de las disposiciones chilenas de protección a denunciantes, es que la denuncia de irregularidades y faltas a la probidad constituye una *obligación* de los funcionarios, y no sólo una prerrogativa.

En cuanto a la obligación de denuncia penal, contemplada dentro de las mismas disposiciones legales, su regulación, así como las consecuencias de su omisión, se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal, con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 20.205. La denuncia penal obligatoria debe efectuarse dentro de veinticuatro horas siguientes al momento en que se tomare conocimiento del hecho criminal, y el incumplimiento de tal obligación es sancionada con la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal.⁵³⁹

Por el contrario, la ley chilena no regula especialmente las consecuencias de la omisión por parte de los funcionarios de denunciar las irregularidades o faltas a la probidad administrativa, incurriendo de esta forma en el incumplimiento de su obligación funcionaria. Conforme a las normas sobre responsabilidad administrativa contempladas en el Estatuto Administrativo⁵⁴⁰ y en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales,⁵⁴¹ la infracción a las obligaciones o deberes funcionarios podría generar la aplicación de medidas disciplinarias en contra del empleado, previa investigación sumaria o sumario administrativo.

La denuncia regulada al mismo tiempo como un derecho y un deber del denunciante no es extraña a algunas de las regulaciones más avanzadas sobre

⁵³⁹ Artículos 176 y 177 del Código Procesal Penal

⁵⁴⁰ Artículos 119 a 125 Ley N° 18.834

⁵⁴¹ Artículos 118 a 123 Ley N° 18.883

whistleblowing en el derecho comparado; sin embargo, parte de la doctrina mantiene una visión crítica sobre la protección a denunciantes asociada a una obligación legal de denuncia, especialmente si la omisión de la misma acarrea consecuencias adversas al denunciante. Por ejemplo, el deber de denuncia contemplado en la *Sarbanes-Oxley Act*, que obliga a los abogados de las empresas a denunciar las infracciones de que tomen conocimiento, ha sido criticado con el fundamento de que introduce una situación de conflicto para los abogados, los que tienen al mismo tiempo el deber de mantener la confidencialidad en la relación cliente-abogado, y por otra parte la obligación de denunciar a sus propios clientes si detectaren alguna conducta de las sancionadas por la ley.

En cuanto a la obligación de denuncia introducida por la ley 20.205, ésta fue objeto de crítica en el voto disidente del fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley. En la disidencia se sostiene que la denuncia inter-colegas elevada a deber funcionario se encuentra en un sitio inmerecido y asocia esta actuación a la delación, señalando: “Que el Vocabulario Jurídico de la Asociación Henri Capitant define la delación como “Denuncia que no honra a quien la hace”. Tal es el carácter que la denuncia albergada en la especie adquiere, considerando las anomalías jurídicas expuestas en esta disidencia. La Administración o el Servicio Público deben funcionar sobre la base de la buena fe, la cooperación y el mutuo respeto de los funcionarios, siendo las excepciones aquellas situaciones expresamente establecidas en la ley, como lo ordena la Constitución. La materia de autos sometida a la resolución de esta Magistratura motiva lo contrario.”⁵⁴²

⁵⁴² Tribunal Constitucional, Sentencia rol N° 799-07, de 27 de junio de 2007 (voto de minoría). En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 142.

6.4.2. Requisitos de procedencia de la denuncia

Las disposiciones de protección a denunciantes del Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, a diferencia de varias de las legislaciones en el derecho comparado, no contemplan requisito alguno relacionado con la motivación del denunciante, como exigir que la denuncia sea efectuada de buena fe (sin perjuicio de las sanciones severas para las denuncias falsas y efectuadas de mala fe), e incluso no exigen tampoco un elemento de “creencia razonable” del denunciante con respecto a la ocurrencia del hecho que se denuncia.

Sin embargo, estas disposiciones sí imponen tres elementos que deben cumplirse para que la denuncia pueda estimarse como procedente:

- a. La denuncia debe presentarse ante la autoridad competente
- b. La denuncia debe efectuarse con la debida prontitud
- c. La denuncia debe ser fundada

a. La denuncia debe efectuarse ante la autoridad competente

La denuncia, conforme al Estatuto Administrativo, debe efectuarse ante “la autoridad competente”. En el caso de los funcionarios municipales la denuncia se efectúa ante el alcalde. En el texto original del proyecto de ley contenido en el Mensaje del Ejecutivo, a la expresión “autoridad competente” le seguía la frase “del respectivo órgano público”. Esta frase fue eliminada durante la discusión del proyecto de ley, según consta en la historia fidedigna de su establecimiento, con el fin de que el término “autoridad competente” no se restringiera a la autoridad del servicio en que se desempeña el funcionario, sino que pudiera extenderse a otras del orden administrativo, policial o el Ministerio Público.⁵⁴³

⁵⁴³ *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 95.

El que la denuncia deba efectuarse ante la autoridad competente implica, sin perjuicio de la obligación de denuncia, que el denunciante debe efectuar el acto deliberado de comunicar la información a la autoridad competente, para que eventualmente quede protegido por los derechos que la ley contempla a su favor. A diferencia de otras legislaciones en el derecho comparado, no se protegen las revelaciones de información efectuadas ante cualquier otra persona o entidad que no sea la autoridad competente, y tampoco otras acciones que tengan un efecto análogo o similar al de dar la alerta sobre una irregularidad o una falta a la probidad, como por ejemplo, el rehusarse a cumplir órdenes que impliquen la infracción de normas legales o referirse a la existencia de una conducta denunciante en algún otro procedimiento no originado por la denuncia. A este respecto, la Contraloría General de la República ha señalado que la declaración de un funcionario que comparece como testigo dentro de un sumario administrativo, no constituye denuncia efectuada ante la autoridad competente y por ende, tal testigo no queda amparado por las protecciones que la ley establece a favor de los denunciantes;⁵⁴⁴ ello, sin perjuicio de que la información proveída por el testigo pudiera ser idéntica a aquella contenida en una denuncia que sí dé origen a las protecciones.

b. La denuncia debe efectuarse con la debida prontitud

La ley no define lo que debe entenderse por deber efectuar la denuncia “con la debida prontitud”. Con respecto a esta exigencia legal, conforme a la jurisprudencia

⁵⁴⁴ Dictamen N° 20.471, de 21 de abril de 2009, de la Contraloría General de la República. En este caso, el funcionario, compareciendo en calidad de testigo en un sumario administrativo instruido por la Dirección General de Aeronáutica Civil, efectuó una declaración el día 29 de mayo de 2007, en la que, entre otros puntos, denunció ante el fiscal de ese proceso sumarial el uso irregular de un vehículo fiscal. La Contraloría, pronunciándose sobre la legalidad del traslado del que el mismo funcionario había sido objeto, determinó: “(...) la declaración prestada por el interesado no cumple con las exigencias legales antes anotadas, toda vez, que no fue interpuesta ante la autoridad competente, esto es, la Contraloría General, atendido lo cual, el aludido funcionario no se encuentra amparado por los derechos que estatuye la normativa en estudio y, por ende, la destinación que se dispuso a su respecto no requería contar con su autorización por escrito ni materializarse después de haberse terminado el proceso sumarial que se hubiere incoado a partir de la misma.”

administrativa, no se ha satisfecho tal requisito si el denunciante ha dejado transcurrir algún lapso de tiempo entre el conocimiento de los hechos y el efectuar la denuncia misma.⁵⁴⁵ A contrario sensu, debe entenderse, según este criterio, que el funcionario debe efectuar la denuncia tan pronto los hechos que la fundan lleguen a su conocimiento.

Este es el único requisito que permite determinar si la denuncia ha sido efectuada o no en forma oportuna; la ley no contempla un plazo de caducidad de la denuncia misma; esto es, no exige que la denuncia se efectúe dentro de un plazo determinado a partir de la ocurrencia de los hechos.

c. La denuncia debe ser fundada

Este requisito se contempla expresamente en los artículos 90 B del Estatuto Administrativo y 88 B del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. La Contraloría General de la República ha señalado que el requisito de que la denuncia deba ser fundada “debe entenderse en orden a que es obligatorio apoyar la denuncia con motivos y razones eficaces en cuya virtud los hechos referidos tienen el carácter de irregulares o constituyen faltas a la probidad.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Dictamen N° 5.879, de 6 de febrero de 2009, de la Contraloría General de la República. “(...) a la luz de la documentación analizada, puede advertirse que los recurrentes formularon las denuncias que indican, el día 13 de agosto de 2007, en circunstancias que los hechos en que se fundan habrían acontecido, a lo menos, con anterioridad al 16 de junio del año 2006, según se desprende de la comunicación de fecha 21 de agosto de 2007, dirigida a los recurrentes por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Ñuñoa.” “(...) de los antecedentes tenidos a la vista, aparece que los recurrentes dejaron transcurrir todo el proceso sumarial que les afectaba, hasta que el mismo y su resolución sancionatoria se encontraban en este órgano Fiscalizador para su examen de legalidad, antes de efectuar las referidas denuncias, todo lo cual impide estimar que se haya dado cumplimiento a lo exigido por la norma recién citada, en cuanto a efectuar tales denuncias “con la debida prontitud”, requisito esencial para que proceda el derecho invocado.”

⁵⁴⁶ Dictamen N° 61.457, de 29 de diciembre de 2008, de la Contraloría General de la República.

6.4.3. Requisitos de la presentación de la denuncia

Conforme a los artículos 90 B del Estatuto Administrativo y 88 B del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, la denuncia deberá formularse por escrito, ser firmada por el denunciante o por un tercero a su ruego, si no pudiere firmar, y contener:

- a. Identificación y domicilio del denunciante.
- b. La narración circunstanciada de los hechos.
- c. La individualización de quienes los hubieren presenciado o que tuvieran noticia de ellos, en cuanto le constare al denunciante.
- d. Acompañar los antecedentes y documentos que le sirvan de fundamento, cuando ello sea posible.

Si no se cumplen los requisitos, conforme a los citados artículos, la denuncia se tiene por no presentada. No existen prórrogas de plazo ni excepciones para esta sanción.

6.4.4. Prueba de los hechos denunciados

La ley no impone al denunciante la carga de probar los hechos sobre los cuales efectúa la denuncia, en forma alguna ni por algún medio, ni al tiempo de formularla ni en otro momento posterior. Si a partir de la denuncia se origina una investigación sumaria o sumario administrativo –según se contempla en los artículos respectivos del Estatuto Administrativo y del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales- corresponderá a la autoridad administrativa probar, y en definitiva establecer que ha ocurrido alguna irregularidad o falta al principio de probidad administrativa. Conforme aparece en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.205, la intención del legislador es clara en cuanto a liberar al denunciante de la carga de la prueba, como forma de incentivar las denuncias. Este aspecto se hizo presente en la discusión

parlamentaria a propósito de las sanciones a las denuncias infundadas y falsas o deliberadamente maliciosas; al respecto, se hizo notar que si el denunciante tenía la carga de probar todos sus dichos, a la manera de un fiscal, ello podría disuadir a los funcionarios de efectuar las denuncias, pues correrían el riesgo de ser sancionados con la destitución, por haber efectuado una denuncia sin fundamento.⁵⁴⁷

6.5. Protecciones al denunciante

6.5.1. Protecciones relativas a la situación laboral del denunciante

Las protecciones que la ley contempla a favor del funcionario denunciante, contempladas en los artículos 90 A del Estatuto Administrativo y 88 A del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, consisten en derechos relacionados con no ser afectado en su situación laboral. El denunciante goza de estos derechos por el solo hecho de efectuar válidamente la denuncia,⁵⁴⁸ (los artículos mencionados utilizan la expresión “los funcionarios que ejerzan las acciones”), cumpliendo con los requisitos legales, sin necesidad de solicitud especial del denunciante. Estos derechos son:

- a. No podrán ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución, desde la fecha en que la autoridad competente (o el alcalde, en su caso) tenga por presentada la denuncia y hasta noventa días después de haber terminado la investigación sumaria o sumario, incoados a partir de la citada denuncia.

⁵⁴⁷ Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 355, Sesión 30, de 5 de junio de 2007. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 121-122.

⁵⁴⁸ Dictamen N° 24.355, de 12 de mayo de 2009, de la Contraloría General de la República. “Finalmente, conviene aclarar que los derechos consagrados por el artículo 90 A del Estatuto Administrativo se confieren, sin sujeción a condición alguna, a quienes deduzcan válidamente las referidas denuncias (...)”

- b. No ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito, durante el mismo lapso a que se refiere la letra precedente.
- c. No ser objeto de precalificación anual, si el denunciado fuese su superior jerárquico, durante el mismo lapso a que se refieren las letras anteriores, salvo que expresamente lo solicitare el denunciante. Si no lo hiciera, regirá su última calificación para todos los efectos legales.

a. No ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión o destitución

Con respecto a la protección consistente en que el denunciante no puede ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución, es importante resaltar que la protección se refiere exclusivamente a esas medidas disciplinarias específicas y en caso alguno a situaciones análogas que pudieran significar la no continuación del denunciante en su empleo. Al respecto, la Contraloría General de la República ha señalado expresamente que la ley N° 20.205 no contempla, dentro de los beneficios de protección a los funcionarios que denuncian, la prórroga de una contrata.⁵⁴⁹

Un aspecto desarrollado en la jurisprudencia administrativa relativo a estas medidas de protección es el problema de si estos derechos resultan o no aplicables a funcionarios con respecto a los cuales se encuentra en tramitación una investigación

⁵⁴⁹ Dictamen N° 44.805, de 18 de agosto de 2009, de la Contraloría General de la República. “Este Organismo Fiscalizador, atendiendo una anterior presentación del interesado, en la que planteaba situaciones similares a las que hace valer en esta oportunidad, informó, en suma, que el artículo 90 A, letra a), de la ley N° 18.834 (...), no contempla dentro de los beneficios de protección a los funcionarios que denuncien, la prórroga de una contrata, señalando, además, que compete a la autoridad administrativa la decisión de determinar aquélla y su duración, no correspondiendo que este Ente Contralor pondere las razones que ella tiene en cuenta para la no renovación de la misma.”; “Ahora bien, según consta en los registros de esta Entidad, no es efectivo que se haya puesto término a su contrato por el hecho de haber efectuado una denuncia, como parece entenderlo el reclamante, pues éste terminó por el solo ministerio de la ley, el 31 de diciembre del año pasado, tal como lo establece el artículo 10 de la referida ley N° 18.834.” La Contraloría se pronunció en el mismo sentido, en el Dictamen N° 48.826, de 4 de septiembre de 2009.

sumaria o sumario administrativo al tiempo de efectuar la denuncia. La Contraloría General de la República ha sostenido que el beneficio de no ser objeto de las medidas de suspensión o destitución no puede ser aplicado en este supuesto. Al respecto, la Contraloría General ha razonado lo siguiente: “(...) cabe consignar que si bien la norma no precisa el aspecto cuestionado, de su tenor es posible inferir que la protección que se concede se encuentra establecida en directa relación con la denuncia presentada y con el procedimiento disciplinario a que ésta dé lugar, lo que permite entender que no afecta a sumarios administrativos que se encuentren en tramitación a la fecha de la denuncia de que se trate (...) Un criterio distinto implicaría que dicha norma protectora altere situaciones jurídicas ya configuradas con anterioridad a la denuncia, cual es, una investigación sumaria o sumario administrativo ordenado incoar en una fecha en que el funcionario aún no había efectuado denuncia alguna que hiciera procedente a su respecto el amparo otorgado por dicho beneficio, originándose en este caso un derecho que no dice relación con la denuncia efectuada, fundamento esencial para que tenga lugar este excepcional derecho estatutario.”⁵⁵⁰

La Contraloría General ha fundamentado, además, que el aceptar que se apliquen los derechos de protección a funcionarios que están siendo afectados por una investigación sumaria o sumario administrativo, podría permitir que los funcionarios que vean la posibilidad inminente de ser objeto de las medidas de suspensión o destitución, interpongan denuncias con el solo objeto de dilatar la aplicación de la sanción. “Asimismo, se provocaría la existencia de situaciones que vulneran el bien jurídico que precisamente se pretende proteger con el aludido derecho, esto es, el principio de probidad administrativa, contrariándose la finalidad de la ley, ya que los funcionarios afectados por una inminente medida disciplinaria de suspensión del empleo o de destitución, podrían, por la vía de formular denuncias, dilatar la aplicación de la sanción

⁵⁵⁰ Dictamen N° 61.457, de 29 de diciembre de 2008, de la Contraloría General de la República. La Contraloría se pronunció en el mismo sentido, en el Dictamen N° 5.879, de 6 de febrero de 2009.

que corresponda al mérito del proceso administrativo anterior respectivo, lo que podría, además, conllevar la prescripción de la acción disciplinaria en virtud del artículo 155, inciso segundo, de la ley N° 18.883 (...) Corrobora lo anterior la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.205 (...) en esa tramitación se expresó la necesidad de que la normativa de la especie no fuera utilizada por los funcionarios como una forma de evitar las medidas que a su respecto procedieran y se recurra a la formulación de denuncias para evitar ser objeto de sanciones por el incumplimiento de las tareas funcionarias (Legislatura N° 354, Sesión N° 113, de 3 de enero de 2007, de la Cámara de Diputados) (...) En este contexto, lo anterior conduciría necesariamente a que este derecho se desnaturalice, transformándose en los hechos en una nueva instancia dentro de los procedimientos disciplinarios, que beneficiaría a servidores que se han hecho acreedores por su desempeño a una sanción administrativa grave.”⁵⁵¹

b. No ser trasladado de localidad o de función

El funcionario que ha efectuado válidamente la denuncia, tiene derecho a no ser trasladado de localidad o de la función que desempeñare, salvo que el propio funcionario consienta en ello y tal voluntad conste por escrito. Si durante el plazo en que se mantiene vigente este derecho, el funcionario es efectivamente trasladado, sin que conste su autorización por escrito, tal medida debe ser dejada sin efecto, y la autoridad administrativa que corresponda debe restituir al funcionario a las labores que ejercía con anterioridad.⁵⁵²

De cualquier forma, no por efectuar la denuncia se mantienen completamente inalterables todas las circunstancias del empleo del denunciante, y conforme a la jurisprudencia administrativa, el derecho que la ley le otorga resulta aplicable solamente si la destinación efectivamente constituye un traslado de localidad o un cambio de las

⁵⁵¹ Dictamen N° 61.457, de 29 de diciembre de 2008, de la Contraloría General de la República.

⁵⁵² Así lo ha determinado la Contraloría General de la República, en Dictamen N° 58.731, de 23 de octubre de 2009.

funciones inherentes al cargo que desempeña. Por ejemplo, en cuanto a la destinación de un funcionario sin traslado de localidad ni alteración de las funciones, la Contraloría General ha señalado: “Teniendo en consideración que en la especie se trata del traslado de un funcionario que, a la vez, ha efectuado una denuncia (...) en el caso que se analiza, no procede aplicar [la disposición que le otorga el derecho a no ser trasladado de localidad o de la función], puesto que la destinación impugnada no constituyó traslado de localidad ni un cambio en las funciones inherentes al cargo grado 20° de la planta de auxiliares que desempeña el peticionario, tratándose sólo de una reubicación en otra unidad del mismo hospital, en la cual seguirá prestando idénticas funciones a las que efectuaba antes de la destinación.”⁵⁵³

c. No ser objeto de precalificación anual

El denunciante cuenta con el derecho a no ser objeto de precalificación anual, si el denunciado es su superior jerárquico, salvo que el denunciante manifestare expresamente la voluntad de ser calificado. Esta medida de protección lógicamente busca amparar al denunciante de la posibilidad de ser mal calificado, a modo de represalia, por haber efectuado la denuncia sobre alguna irregularidad o falta al principio de probidad.

Si el denunciante se acoge al derecho de no ser precalificado, rige para todos los efectos legales su última calificación. La Contraloría General de la República ha entendido que *ello no significa que el funcionario haya recibido dos veces la misma calificación*, como si en los hechos hubiera sido calificado nuevamente, sino que, por el contrario, el denunciante que se ha acogido al derecho, en efecto, *no ha sido calificado* por el período correspondiente. De lo anterior pueden seguirse consecuencias tanto favorables como desfavorables para el funcionario, dependiendo de los derechos que

⁵⁵³ Dictamen N° 40.293, de 28 de diciembre de 2009, de la Contraloría General de la República.

pueda perder por el hecho de no ser calificado o, a la inversa, de los efectos negativos que le hubiera acarreado el ser calificado.

En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia administrativa, pronunciándose sobre el reclamo de un funcionario denunciante que, habiéndose acogido al derecho de no ser calificado, le fue suspendido el pago de una asignación de estímulo por experiencia y desempeño que habría recibido si efectivamente hubiera sido calificado, determinó que con respecto a este funcionario, sin perjuicio de regirle su última calificación, no era procedente el pago de la asignación, ya que conforme a la disposición legal que regula tal asignación (Ley N° 19.490), no tienen derecho a su pago quienes *no hayan sido calificados*, por cualquier motivo, en el período correspondiente, excepto cuando ello se deba al ejercicio del derecho a descanso de maternidad.⁵⁵⁴

Del mismo modo, la Contraloría General consideró que otro denunciante que se acogió al derecho de no ser calificado, no habría sido calificado dos veces, sino que simplemente no había sido calificado en el período correspondiente, al pronunciarse sobre la procedencia, con respecto al mismo funcionario, de la causal de declaración de vacancia de su cargo, por haber sido calificado por dos períodos consecutivos en nivel regular. La Contraloría General tuvo en consideración que conforme al Reglamento de Calificaciones de la Universidad en que este funcionario desempeñaba un cargo académico, para la aplicación de tal causal, “se requiere que el afectado haya sido evaluado, efectivamente, en dos procesos distintos y sucesivos, a consecuencia de los cuales haya calificado en el nivel regular, supuesto que no concurriría en la especie, puesto que *se trataría de una sola calificación que prolongaría sus efectos en el tiempo por el solo ministerio de la ley*; además, si la situación en estudio quedara regida por la citada norma, se daría el contrasentido que una prerrogativa para proteger a los

⁵⁵⁴ Dictamen N° 40.293, de 28 de diciembre de 2009, de la Contraloría General de la República. La Contraloría confirmó este pronunciamiento en el Dictamen N° 3.082, de 18 de enero de 2010.

funcionarios, como la que se analiza, lejos de favorecer a los denunciantes, los perjudicaría.”⁵⁵⁵

La jurisprudencia administrativa ha sostenido que el derecho de no ser objeto de precalificación es aplicable por el solo hecho de que al momento de ser calificado, el funcionario mantenga la calidad de funcionario privilegiado, esto es, que el proceso calificador tenga lugar mientras se encuentre vigente el plazo de protección que establece la ley. Por el contrario, la aplicación del derecho no tiene relación alguna con el período con respecto al cual el funcionario es calificado, por lo que si éste contaba con tal derecho e igualmente fue calificado, sin que consintiera expresamente en ello, tal calificación no es válida, sin perjuicio de que posteriormente el funcionario haya vuelto a ser calificado en un período posterior.⁵⁵⁶

6.5.2. Tiempo de vigencia de los derechos del denunciante

Los derechos que la ley confiere al funcionario denunciante que tienden a protegerlo de medidas administrativas que pudieran afectar su situación laboral, conforme a los artículos 90 A del Estatuto Administrativo, y 88 A del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, se mantienen vigentes desde la presentación de la denuncia y hasta 90 días después de terminada la investigación sumaria o sumario administrativo incoados a partir de la denuncia o, en su caso, hasta que la autoridad que reciba la denuncia resuelva en definitiva tenerla por no presentada.

La jurisprudencia administrativa ha resuelto que el plazo durante el cual el denunciante tiene los derechos que la ley le otorga para su protección, se cuenta a partir de la fecha en que se recibió la denuncia efectuada originalmente, y no desde la fecha

⁵⁵⁵ Dictamen N° 30.881, de 12 de junio de 2009, de la Contraloría General de la República. *Cursivas agregadas.*

⁵⁵⁶ Dictamen N° 30.881, de 12 de junio de 2009, de la Contraloría General de la República.

(posterior) en que el órgano en que se desempeña el funcionario toma conocimiento de la denuncia.⁵⁵⁷

El lapso de tiempo durante el cual el denunciante goza de los derechos de protección constituye el único vínculo que la ley contempla entre la denuncia y la aplicación de las protecciones. Por consiguiente, los derechos de protección tienen vigencia exclusivamente en virtud de la proximidad temporal entre la denuncia y las medidas administrativas que quedan impedidas en virtud de aquélla.

De esta forma, esta proximidad temporal constituye una suerte de sustituto para el nexo causal entre la denuncia y las protecciones, contemplado en otras legislaciones en el derecho comparado. En la legislación chilena, para la aplicación de las protecciones, no se exige alegar, ni probar, que las medidas administrativas que afectan la situación laboral del denunciante se han originado por el hecho de haber efectuado la denuncia, ni que han sido adoptadas a modo de represalia, bastando, como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa, que el funcionario mantenga la calidad de denunciante privilegiado al momento de adoptarse la medida, para que pueda aplicarse el derecho de protección a su respecto.

Por otra parte, el órgano o autoridad administrativa que decide suspender, destituir, trasladar o calificar al funcionario no puede pretender mantener la validez de cualquiera de estas medidas, fundamentando o probando que no fueron causadas por la denuncia o que no tienen el propósito de represalia.

Asimismo, es completamente irrelevante para efectos de la vigencia de las protecciones, lo que decida la autoridad administrativa con respecto a la responsabilidad administrativa del denunciado, en la investigación sumaria o sumario administrativo iniciados por efecto de la denuncia. Esto es, las protecciones resultan aplicables aún cuando no se establezca en el procedimiento administrativo que hubo una irregularidad o

⁵⁵⁷ Dictamen N° 58.731, de 23 de octubre de 2009, de la Contraloría General de la República.

una falta al principio de probidad, y a la inversa, es irrelevante para que se apliquen efectivamente las protecciones, que quede establecido que los hechos señalados en la denuncia son verdaderos.

Desde el punto de vista de la finalidad protectora de los sistemas de protección a denunciantes, esta aproximación, que sujeta en definitiva la aplicación de las protecciones sólo a la vinculación temporal entre la denuncia y las medidas administrativas, ofrece la ventaja de que el denunciante no está sujeto a la carga de alegar o probar que ha sido objeto de las presuntas represalias, y además, no pierde el derecho a las protecciones aún si no se puede establecer que efectivamente hayan ocurrido las irregularidades o faltas al principio de probidad que ha señalado en su denuncia.

Sin embargo, ya que la ley no permite establecer una relación causal entre denuncia y represalias, el denunciante queda desprotegido una vez transcurrido el plazo de vigencia de sus derechos, sin que exista posibilidad alguna de que se siga protegiendo su situación laboral, aún en el supuesto de que efectivamente la medida administrativa haya sido adoptada a modo de represalia. Por ejemplo, aunque se determine que la destitución de un funcionario debe dejarse sin efecto, por haberse adoptado tal medida durante el tiempo en que éste se encontraba protegido conforme a la ley, nada impide que transcurrido ese lapso, el mismo órgano o autoridad vuelva a intentar destituir al denunciante (probablemente con el propósito de tomar represalias en su contra), sin que el funcionario pueda alegar a su favor, en contra de la medida que lo afecta, que podría estar siendo sujeto a la sanción a causa de haber efectuado una denuncia, ya que el plazo de protección ha expirado.

Esta situación de desprotección queda acentuada por la falta de otras protecciones en la ley que tiendan a resguardar o mantener la situación del denunciante, y más aún, por la inexistencia de disposiciones que permitan al funcionario obtener una indemnización o alguna otra forma de reparación por haber sido objeto de represalias.

Por otra parte, la ausencia de vinculación de causa y efecto entre denuncia y represalias, abre la posibilidad de que un funcionario, en conciencia de su propio mal desempeño y que vea como inminente la aplicación de alguna medida administrativa que lo afecte -por ejemplo, una mala calificación o una sanción disciplinaria-, presente una denuncia con la sola finalidad de dilatar o eludir la aplicación de la medida en su contra. En tal caso, y cumpliendo la denuncia con los requisitos formales y de procedencia que impone la ley, el denunciante que quiera eludir la medida efectivamente logrará su objetivo, aún siendo merecedor, en virtud de su mal desempeño, de la aplicación de una sanción o de una mala calificación, sin que ningún órgano o autoridad pueda evaluar ni cuestionar la inmunidad de la que gozará tal funcionario por el solo hecho de haber efectuado válidamente la denuncia.

6.5.3. Secreto de la identidad del denunciante y de la información de la denuncia

Conforme a los artículos 90 B del Estatuto Administrativo y 88 B del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, el funcionario en la misma denuncia podrá solicitar que sean secretos, respecto de terceros, su identidad o los datos que permitan determinarla, así como la información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia. Si el denunciante formulare esta petición, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de esta información. La infracción de esta obligación dará lugar a las responsabilidades administrativas que correspondan.

A diferencia de los otros derechos de protección, que tienden a impedir la aplicación de medidas administrativas adversas al denunciante, el secreto de la identidad del denunciante y de la información relativa a la denuncia constituye una protección adicional, que opera solamente a solicitud del denunciante, y jamás por el solo hecho de

efectuar la denuncia válidamente y tampoco de oficio, por decisión propia del órgano que acepta la denuncia ni de cualquiera otra entidad.⁵⁵⁸

La Contraloría General de la República ha establecido que este derecho debe ser solicitado *expresamente*, no bastando que el denunciante solicite acogerse, en términos generales, a las disposiciones de protección introducidas por la Ley N° 20.205.⁵⁵⁹

Sin perjuicio de lo anterior, la ley no expresa ninguna causal para denegar la solicitud del denunciante, ni impone condición alguna para que se mantenga el secreto solicitado. También se ha señalado en la jurisprudencia administrativa que la solicitud de secreto no obsta a la aplicación de cualquiera de los otros derechos de protección.⁵⁶⁰

6.6. Tramitación de la denuncia

Conforme a los artículos 90 B del Estatuto Administrativo y 88 B del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, la autoridad que recibe la denuncia tiene un plazo de tres días hábiles, contados desde la fecha en que la recibe, para resolver si la tendrá por presentada. En caso que quien reciba la denuncia carezca de competencia para resolver sobre la procedencia de la denuncia, tendrá un término de 24 horas para remitirla a la autoridad competente. Si habiendo transcurrido el plazo, la autoridad no se ha pronunciado sobre la procedencia de la denuncia, entonces se tendrá por presentada. De este modo, la ley presume que el silencio de la autoridad que recibe la denuncia con

⁵⁵⁸ Dictamen N° 57.352, de 19 de octubre de 2009, de la Contraloría General de la República.

⁵⁵⁹ Dictamen N° 46.701, de 26 de agosto de 2009, de la Contraloría General de la República.

⁵⁶⁰ Dictamen N° 24.355, de 12 de mayo de 2009, de la Contraloría General de la República. “Conviene aclarar que los derechos consagrados por el artículo 90 A del Estatuto Administrativo se confieren, sin sujeción a condición alguna, a quienes deduzcan válidamente las referidas denuncias, de modo tal que entender que su vigencia se encuentra relacionada necesariamente con el levantamiento de la reserva de identidad a que alude el artículo 90 B, importaría, en definitiva, establecer un requisito no previsto por el legislador que afectaría el goce de las distintas medidas de protección que se ha pretendido otorgar a los funcionarios de que se trata.”

respecto a esta decisión, constituye la aceptación de la presentación y la declaración de que la autoridad se considera competente para estos efectos.

Los artículos 90 A, inciso segundo, del Estatuto Administrativo y 88 A inciso segundo, del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, disponen también que una vez aceptada la denuncia por una autoridad competente, la formulación de ella ante otras autoridades no dará origen a la protección que establece la ley. De esta forma, una vez que la autoridad competente ha tenido la denuncia por presentada, si el denunciante interpone la misma denuncia nuevamente ante alguna otra entidad, el funcionario no podrá invocar esta nueva denuncia para quedar amparado por los derechos de protección. Esta forma de preclusión que cierra cualquier otra vía de denuncia, fue especialmente añadida en la discusión parlamentaria del proyecto de ley con el fin de impedir que se deduzcan denuncias sucesivas al amparo del fuero especial.⁵⁶¹

Con respecto a la aplicación de los derechos de protección al denunciante, éstos se entienden vigentes por el solo hecho de efectuar válidamente la denuncia, sin necesidad de seguir algún otro procedimiento ulterior.

En cambio, con respecto a los hechos irregulares o faltas al principio de probidad administrativa que se hayan señalado en la denuncia, una vez que ésta es tenida por presentada por la autoridad competente o el alcalde, debe iniciarse una investigación sumaria o un sumario administrativo, procedimientos conducidos por la propia autoridad administrativa, y que tienen por finalidad determinar la responsabilidad administrativa, la que dará lugar, eventualmente, a las sanciones correspondientes.

Las investigaciones sumarias o sumarios administrativos a que den lugar las denuncias sobre irregularidades y faltas al principio de probidad no tienen ninguna regulación especial con respecto a los mismos procedimientos disciplinarios originados

⁵⁶¹ *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 95

de otras formas, por lo que aquellos se regirán conforme a las reglas generales aplicables a las investigaciones sumarias y sumarios administrativos.

Asimismo, la ley tampoco regula especialmente las sanciones aplicables a las irregularidades y faltas al principio de probidad, por lo que su sanción se rige por las mismas reglas aplicables al general de las infracciones a los deberes funcionarios.

Terminada la investigación sumaria o sumario administrativo, comienza a correr un plazo de 90 días, transcurrido el cual termina la vigencia de los derechos de protección al denunciante. Cabe reiterar que la ley no sujeta la existencia y aplicabilidad de los derechos del denunciante a los resultados del procedimiento, por lo que aún en el caso en que se resuelva que no se ha incurrido en responsabilidad administrativa ni se aplicarán sanciones por los hechos que hayan sido objeto de la denuncia, el denunciante igualmente gozará de los derechos que la ley otorga por haberla efectuado; el denunciante no pierde sus derechos si su denuncia resulta ser errada, sin perjuicio de las sanciones a las denuncias infundadas y falsas o deliberadamente maliciosas.

6.7. Prohibición y sanción de denuncias infundadas y falsas o dolosas

Una particularidad de la legislación chilena sobre protección a denunciantes es que al mismo tiempo que apunta al objetivo de incentivar y proteger a los denunciantes, pone el mismo énfasis en sancionar las denuncias infundadas y falsas o efectuadas con el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, al punto de que ello constituye, tanto como la protección al denunciante, el objetivo central de la regulación. Ello aparece de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.205, en la que se expresó que la idea matriz del proyecto era “proteger a los funcionarios de la Administración del Estado que denuncian ante quien corresponda la comisión de actos que constituyen delito o una falta a la probidad de parte de un agente público, y, como

contrapartida, establecer una sanción drástica en contra de quienes efectúen denuncias irresponsables o de mala fe.”⁵⁶²

En consecuencia con este propósito, tanto en el artículo 125, letra d), del Estatuto Administrativo como en el artículo 123, letra e) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, se sancionan las denuncias infundadas y con respecto a las cuales se constate su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, con la destitución del cargo (no con alguna otra sanción o medida disciplinaria menor).

Por otra parte, el efectuar denuncias infundadas y con respecto a las cuales se constate su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, constituye una conducta expresamente señalada dentro de aquellas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, en el artículo 62, N° 9, de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Las denuncias que den lugar a las sanciones mencionadas deben reunir, copulativamente, los siguientes elementos:

- El denunciante debe haber afirmado tener conocimiento de las irregularidades o faltas al principio de probidad que ha denunciado;
- Ser infundadas, y
- Debe constatarse con respecto a ellas,
 - a. su falsedad, o
 - b. el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

El elemento de que el denunciante debe haber “*afirmado tener conocimiento*” de las irregularidades o faltas al principio de probidad, responde a una modificación de la expresión utilizada en el texto original del proyecto de ley del Ejecutivo, el que sólo

⁵⁶² Informe de la Comisión de Gobierno de la Cámara de Diputados, de 21 de diciembre de 2006, cuenta en Sesión 112, Legislatura 354. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 11.

señalaba “*de las que tuviere conocimiento*”. De ello se desprende que es relevante para la aplicación de sanciones, determinar que el denunciante efectivamente haya afirmado tener conocimiento de los hechos que denuncia; a contrario sensu, la sanción debería no ser aplicable si el denunciante no ha señalado, de alguna forma, que efectivamente le consta la existencia de los hechos que denuncia. En otras palabras, no debería proceder aplicar sanciones a denuncias que constituyan sólo inquietudes o sospechas que legítimamente pudiera tener el funcionario.

En el entendido de que la protección a denunciantes tiene como propósito central el que las personas puedan comunicar a la autoridad, la ocurrencia de potenciales irregularidades y faltas al principio de probidad, en forma distinta a efectuar una denuncia sobre hechos constitutivos de delito, y distinta también del ejercicio de acciones legales, debe entenderse que la ley chilena contempla la posibilidad de que al denunciante no le conste que los hechos denunciados han ocurrido realmente. De otra forma, y dado especialmente que la ley exige que la denuncia deba ser fundada y contener una narración circunstanciada de los hechos, prácticamente en cualquier denuncia se configuraría el elemento de haber “afirmado tener conocimiento” de los hechos.

Las denuncias merecedoras de sanción también deben satisfacer el elemento de ser *infundadas*. El que la denuncia sea fundada es un requisito de procedencia de la denuncia misma, que debe evaluarse previamente por la autoridad que decide tener por presentada la denuncia, y que la Contraloría General de la República ha señalado que “debe entenderse en orden a que es obligatorio apoyar la denuncia con motivos y razones eficaces en cuya virtud los hechos referidos tienen el carácter de irregulares o constituyen faltas a la probidad.”⁵⁶³ Dado que la sanción a las denuncias que no cumplan con el requisito de ser fundadas es la improcedencia, resulta difícil entender que ello constituya además, el fundamento para la configuración de una falta al principio de

⁵⁶³ Dictamen N° 61.457, de 29 de diciembre de 2008, de la Contraloría General de la República.

probidad administrativa e incluso para la destitución del funcionario denunciante. Las denuncias *infundadas* que pueden dar lugar a tales sanciones deberían ser, por el contrario, aquellas con respecto a las cuales se constatare en definitiva que carecían de fundamento en los hechos, no las que no sean correctamente fundadas en el escrito de presentación de la denuncia.

En cuanto al elemento de constatare con respecto a las denuncias su falsedad, o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, debe entenderse que tales circunstancias deben ser completamente probadas, no existiendo elementos en la ley que permitan presumir ni la falsedad ni la mala fe del denunciante. En la discusión del proyecto de ley, algunos parlamentarios dudaron de la expresión “ánimo deliberado de perjudicar al denunciado”, ya que introducía un elemento subjetivo en la materia. Con respecto a esta inquietud, el Ejecutivo señaló que la prueba de la intención o ánimo con un propósito determinado se exige en variadas situaciones, tanto en el derecho penal como en el derecho civil, por lo que no debía llamar la atención al respecto. El Ejecutivo sostuvo que lo que debe probarse, en definitiva, es un conjunto de elementos que hacen presumir la intención, y que resultaba lógico que la ley exigiera lo anterior, dado que la sanción de destitución del denunciante es sumamente drástica.⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ Informe de la Comisión de Gobierno de la Cámara de Diputados, de 21 de diciembre de 2006, cuenta en Sesión 112, Legislatura 354. En *Historia de la Ley N° 20.205*, pp. 16-17.

CONCLUSIONES

Del análisis de la situación de la normativa sobre protección a denunciantes en el derecho comparado, se puede advertir una creciente atención por parte de los gobiernos hacia el establecimiento de este tipo de sistemas en las últimas décadas, tendientes a facilitar, por una parte, la revelación de información sobre conductas corruptas, fraudulentas, ilícitas o inapropiadas, distinta de la denuncia de delitos, y por otra, la protección a la persona que efectúa tal revelación, de las consecuencias negativas que pudieran seguirse de ella, en especial las represalias tomadas en su contra por otras personas.

La importancia que se le ha dado a esta materia, vista desde una perspectiva global, es a la vez un una consecuencia y un elemento del combate contra la corrupción. Los principales tratados internacionales anti-corrupción, en particular, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros de la OCDE, contemplan de forma expresa el establecimiento de medidas para la protección a denunciantes de corrupción dentro de las obligaciones para los Estados Parte de estas convenciones. Esta circunstancia, unida a los mecanismos de seguimiento del cumplimiento de estas disposiciones de derecho internacional, han tenido por efecto que las legislaciones nacionales no puedan escapar al establecimiento dentro de los sistemas nacionales, de leyes, normas o medidas tendientes a la protección de denunciantes de corrupción. Desde otro punto de vista, en la actualidad estas medidas son ampliamente vistas como un mecanismo efectivo, e incluso necesario en la lucha contra la corrupción u otras actividades ilícitas, por cuanto la protección a los denunciantes de este tipo de actos puede facilitar desenmascarar las conductas y redes de

corrupción, que por su naturaleza se mantienen ocultas del conocimiento público y al margen del ordenamiento jurídico.

El aumento de la posibilidad de detección, y con ello, de resolución de situaciones de corrupción, necesariamente ha de ser vista como beneficiosa, dados los costos económicos y sociales que puede acarrear la corrupción, ya sea que afecte a todo un Estado, o a determinados tipos de organizaciones, públicas o privadas.

Esta vinculación entre *whistleblowing* y el combate contra la corrupción ha fortalecido el impulso del establecimiento de medidas de protección a denunciantes a nivel global; sin embargo, ello constituye sólo uno de muchos fundamentos plausibles para la creación de tales medidas. El *whistleblowing* constituye una herramienta útil para la protección de cualquier tipo de revelación de información que pudiera considerarse valiosa para el interés general, comprendiendo dentro de este concepto, a todos aquellos mecanismos a través de los cuales las personas puedan comunicar información sobre asuntos que les causen preocupación, y que conjuntamente contemplen medidas que faciliten tal comunicación, de forma tal que las personas se vean incentivadas a realizarlas y no, por el contrario, disuadidas por barreras jurídicas, sociales o culturales, que pudieran significarle un detrimento para su persona, su patrimonio o cualquiera de sus derechos.

Así entendida, la protección a denunciantes puede ser vista como un tipo de regulación transversal, que sirve para la prevención y detección de problemas que afecten a los más diversos intereses de relevancia social y jurídica. En la experiencia comparada, el *whistleblowing* se ha vinculado a problemáticas tales como los abusos laborales, los atentados contra la libertad de prensa, los riesgos a la salud pública, el daño al medio ambiente, entre muchos otros. La importancia de esta transversalidad se hace más evidente, desde una perspectiva puramente jurídica, al tener en consideración que este fenómeno comprende la detección de vulneraciones al interés general que

escapan del ámbito de la persecución penal, o incluso de aquellas que no pueden ser abordadas eficazmente a través de ninguna otra área del ordenamiento jurídico.

El establecimiento de sistemas de protección a denunciantes se ha promovido en doctrina en términos amplios, de modo que comprendan la protección de revelaciones tanto en el sector público como en el sector privado, por parte de personas al interior de la organización afectada o de personas ajenas a ella, y sobre un espectro vasto de conductas denunciables, que pueden comprender tanto ilegalidades propiamente tales, como hechos o conductas de variada índole que puedan ser percibidos como contrarios al interés público.

Sin perjuicio de ello, en la práctica, pocas legislaciones en el derecho comparado regulan el *whistleblowing* en términos amplios, y frecuentemente se restringen a una sola área de regulación. Además, pocas constituyen regulaciones sistemáticas, y en su mayoría han sido creadas como mecanismos legales accesorios a alguna otra regulación, principalmente dentro de las normas de conducta que rigen a funcionarios públicos, y frecuentemente sólo de la rama ejecutiva. Esta situación por sí sola permite concluir que el *whistleblowing* constituye un área de regulación aún incipiente en el derecho comparado, sobre la cual resta todavía mayor desarrollo, de modo tal que la protección a denunciantes llegue a un nivel en que sea ampliamente considerada también como un derecho de toda persona –como manifestación, a su vez, de la libertad de expresión y la libertad de información- y en que tenga un alcance general, no necesariamente circunscrito a ciertas áreas de regulación jurídica.

La literatura especializada sobre *whistleblowing* ha puesto énfasis en aspectos particulares de este tipo de leyes, en especial aquellos que miran a la finalidad protectora de la legislación. Uno de tales aspectos, es que tanto en la doctrina como en la legislación positiva se ha ido abandonando la noción de que la revelación de información o denuncia deba ser efectuada de buena fe, o teniendo en vista un objetivo beneficioso para la organización respectiva o para el interés general. El logro de la

finalidad de incentivar las revelaciones que sirvan al interés público llama a desestimar los motivos que la persona tenga para efectuar la denuncia, y que no sea la intención del denunciante la que sea puesta bajo escrutinio al momento de aplicar la protección, sino más bien la potencialidad de que la información revelada se relacione efectivamente con el bien jurídico que la ley pretende resguardar.

Otro aspecto también vinculado estrechamente con la finalidad protectora de estos sistemas, es la necesidad de relevar al denunciante de la carga de la prueba de los hechos denunciados. En la doctrina se ha afirmado enfáticamente que, sin perjuicio de otros mecanismos tendientes a sancionar las denuncias efectuadas de mala fe o con propósitos desviados de los objetivos de la ley, resulta fundamental que el denunciante pueda manifestar con libertad las inquietudes que fundadamente pueda mantener; luego, debe corresponder a la organización respectiva, al Estado o, en definitiva, a una entidad que cuente con la preparación, los recursos y el poder suficiente, investigar, y eventualmente probar la ocurrencia de los hechos que han sido objeto de la denuncia. La literatura especializada ha reconocido las dificultades que puede encontrar el denunciante cuando debe presentar prueba para sostener sus alegaciones, sobre todo si la preparación de la misma implica que deba enfrentar las barreras que interpongan organizaciones o personas con mayor poder que el denunciante. Éste generalmente se encuentra en el extremo menos aventajado de una situación de desigualdad, por lo que relevarlo de la carga de la prueba constituye un elemento básico que puede determinar la efectividad o inefectividad de la legislación de protección a denunciantes.

De lo señalado anteriormente se desprende otro elemento que las legislaciones de protección a denunciantes deberían tener en especial consideración, cual es la existencia de órganos especializados encargados de la promoción, fiscalización y aplicación de las normas de protección a denunciantes, sin perjuicio de que, conforme a las mejores experiencias en el derecho comparado, tales órganos puedan contar con otras competencias, o que dos o más órganos desempeñen –en forma coordinada– tales roles. En defecto de la existencia de órganos especializados y/o centralizados para una o más

de estas funciones, la legislación debería adoptar una aproximación coordinada hacia el establecimiento de procedimientos de revelación y de protecciones en distintos órganos o ámbitos, de modo tal que la legislación pueda ser aplicada uniformemente en todos ellos. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación británica, que no establece ni designa a una entidad especial para tratar todas las revelaciones ni investigar sobre ellas, pero que tiende al establecimiento, en casi todo tipo de órganos, de procedimientos de revelación que otorgan un mínimo de garantías y posibilidades al denunciante.

En cuanto a los mecanismos que constituyen derechamente protecciones contra represalias, es igualmente relevante que las regulaciones los miren de forma amplia. Las protecciones deberían tender, en toda la medida de lo posible, a la inmunidad del denunciante que ha obrado correctamente, en lugar de consistir en simples paliativos para la situación de detrimento en que aquél pudiera encontrarse a consecuencia de las represalias. En relación con ello, la doctrina ha enfatizado como un punto clave, la amplitud de las protecciones, en el sentido de que no pueden limitarse a proteger la situación laboral del denunciante –tendencia frecuente en el derecho comparado- y que, por el contrario, deberían contemplar el resguardo contra las represalias que pudieran afectar cualesquiera otros derechos fundamentales del denunciante, en particular su integridad física y psíquica y su derecho a la privacidad.

Un segundo punto central relativo a los mecanismos de protección contra represalias, en estrecha vinculación con lo anterior, es el principio de que el denunciante debe quedar indemne de cualquier perjuicio sufrido a causa de las represalias. La doctrina ha identificado la posibilidad de reparación o indemnización por represalias como un elemento esencial para la efectividad tanto de la protección a los denunciantes como de la detección de las conductas que la ley pretende prevenir. El conocimiento de que efectuar una denuncia pudiera significar, en definitiva, una enorme pérdida material, el riesgo a la carrera o situación laboral y un daño a las relaciones sociales del individuo, podría disuadir de efectuar la denuncia incluso a aquellas personas con el mayor sentido de la honestidad, responsabilidad y sacrificio hacia el bien de la comunidad. Por ello, la

posibilidad de que el denunciante obtenga reparación por las represalias sufridas, que lo dejen –en toda la medida de lo posible- en la misma condición laboral, patrimonial y de vida que mantenía previo a efectuar la denuncia, es una exigencia mínima de justicia que debería ser considerada en todo sistema de protección a denunciantes.

Esta aproximación compensatoria, promovida por la doctrina y adoptada por algunas de las legislaciones de *whistleblowing* más avanzadas, frecuentemente se contraponen a una aproximación sancionatoria o represiva, que se preocupa más de la detección y sanción de conductas inapropiadas, enfocándose en la persecución del denunciado, o de la persona que en definitiva sea responsable de los hechos denunciados. Las responsabilidades y sanciones bajo esta perspectiva, también se aplican con especial énfasis a las personas que realicen actos de represalia en contra del denunciante. Parte de la doctrina tiende a desechar la aproximación represiva y a favorecer, en su lugar, la aproximación compensatoria, considerándola más efectiva para la protección al denunciante; por otra parte, la represión dirigida a los denunciados o a quienes tomen represalias no necesariamente aleja la posibilidad de que el denunciante sea víctima de represalias, las que pueden adoptar infinitas formas, incluyendo aquellas que escapan de lo que se puede controlar mediante la aplicación de la ley, como por ejemplo, la difusión de mala fama del denunciante o el empeoramiento del trato personal en el contexto del trabajo.

Un último aspecto a considerar en la creación de sistemas efectivos de protección a denunciantes, aunque no menos importante, es la sanción a las denuncias efectuadas solamente con propósitos indeseables, como la finalidad de causar un perjuicio al denunciado o la intención del denunciante de obtener las protecciones legales para evitar ser objeto de medidas o sanciones de las que realmente es merecedor (por ejemplo, el despido o remoción por mal desempeño de sus funciones). Las regulaciones necesariamente deben delimitar ámbitos y circunstancias y establecer condiciones con respecto a las cuales sea aplicable la protección, pues de otra forma, a través de esta vía se abre la posibilidad de que se ventilen reclamos de todo tipo que podrían no tener

relación alguna con la comunicación de información valiosa para el interés general, o incluso que no afecten ningún interés particular legítimo. La sanción a denuncias infundadas, de mala fe, o temerarias, siempre debe contemplarse, pero debe equilibrarse su severidad con el interés de no disuadir a las personas de efectuar denuncias.

En la práctica, incluso considerando las legislaciones más avanzadas en materia de *whistleblowing*, ninguna de ellas satisface cabalmente todos los aspectos anteriores generalmente considerados como dentro de las mejores prácticas en la protección a denunciantes. Por ejemplo, la *Public Interest Disclosure Act* del Reino Unido, considerada por muchos de los autores como un estándar alto en la materia, efectivamente tiende al establecimiento de procedimientos efectivos de revelación al interior de las organizaciones, tiene un ámbito amplio de aplicación de las protecciones –incluyendo al sector público y al privado- y contempla la posibilidad de indemnización total para el denunciante afectado por represalias; sin embargo, al mismo tiempo, impone requisitos procedimentales extensos en el caso de que la denuncia se efectúe fuera de la organización respectiva –incluyendo una mayor carga de la prueba- y constituye en sí misma un tipo de regulación laboral, quedando fuera de su alcance innumerables posibilidades de denuncias ajenas al ámbito laboral. Asimismo, esta legislación no ha servido para que se efectúen denuncias que tengan el potencial de prevenir o solucionar problemas de la misma magnitud que aquellos que gatillaron su creación (delitos y accidentes varios que causaron muertes y la pérdida de millones de libras esterlinas, que presumiblemente podrían haberse prevenido si se hubieran efectuado denuncias oportunas sobre los problemas que originaron tales desastres). Por el contrario, se ha detectado que esta ley ha servido para que en virtud de ella se ventilen conflictos de carácter laboral, alejados de la idea de *whistleblowing*, surgidos de reclamos de denunciantes que se han sentido perjudicados en su situación de empleo.

Por su parte, las legislaciones estatales australianas sobre *whistleblowing* –algunas de ellas vistas como bastante comprehensivas y avanzadas, sobre todo en cuanto a la regulación de los procedimientos de revelación e investigación sobre represalias y

conductas denunciadas- no suplen la ausencia de una legislación a nivel nacional de carácter similar que proteja a los denunciantes, de modo tal que las personas portegidas por la ley, las protecciones aplicables, los procedimientos de investigación, entre muchos otros aspectos, son dispares entre una y otra jurisdicción estatal, generando una desigualdad entre personas de estados que se encuentran, esencialmente, en un mismo contexto social y cultural. Estas legislaciones estatales de Australia contemplan generalmente las sanciones penales para las personas que emprendan represalias en contra de los denunciantes; sin embargo, en el lapso de ocho, diez o incluso más de quince años de vigencia en los casos de las legislaciones más antiguas, las investigaciones y procedimientos no han llevado a ninguna condena penal por represalias, generando cuestionamientos con respecto a la efectividad de la legislación para prevenirlas.

La *Whistleblower Protection Act* de Estados Unidos, mirada como la principal legislación federal sobre la materia en dicho país y que ha servido de modelo para una vasta cantidad de regulaciones estatales, contempla adecuadamente la mayoría de los aspectos considerados como las mejores prácticas en la protección a denunciantes, principalmente la amplitud en cuanto a las revelaciones susceptibles de protección y el estándar –ya generalizado- de que el denunciante sólo necesita mantener una “creencia razonable” sobre la denuncia para acceder a la protección. Sin embargo, diversos resquicios en su texto han permitido que las Cortes de Apelaciones impongan requisitos extraordinarios para la procedencia de la aplicación de las protecciones, desvirtuando de esta forma la finalidad protectora de la ley, circunstancia que se refleja en el muy escaso éxito que han tenido los denunciantes a nivel de las decisiones de las Cortes, las que han fallado a favor de los denunciantes en una mínima proporción de casos. Esta aparente operación deficiente de la ley en cuanto a proteger a los denunciantes ha sido objeto de fuertes críticas y de llamados por parte de la doctrina y de algunos legisladores para reformar sustancialmente la legislación.

Las normas o leyes de protección a denunciantes, sea que apunten principalmente al problema de la corrupción o que tengan un ámbito de protección más amplio, en caso alguno pueden mirarse por sí solas como una solución efectiva para el problema de las personas que pueden revelar información y se ven disuadidas de efectuar tales revelaciones por el temor a las represalias de las que pudieran ser objeto (sobre todo tomando en consideración las limitaciones arriba mencionadas de algunas de las legislaciones consideradas como avanzadas en la materia).

Desde el punto de vista del combate contra la corrupción, la protección a denunciantes constituye sólo un medio o una consecuencia, de modo que su efectividad necesariamente se verá condicionada a la calidad de los medios anti-corrupción asociados a ella. Por ejemplo, de poco sirve el establecimiento de protección a denunciantes si en la legislación de la jurisdicción respectiva no se contempla conjuntamente la libertad de información, y menos aún si las protecciones no pueden hacerse efectivas porque el Estado no tiene el poder político, la organización o el desarrollo económico suficiente que garantice al menos un piso de aplicación y cumplimiento de las garantías fundamentales de los ciudadanos (por ejemplo, de nada sirve que la ley establezca la prohibición de acoso al denunciante, si las entidades de aplicación de la ley son incapaces de implementar o aplicar medidas básicas que impidan el asesinato impune del denunciante).

Por otra parte, la efectividad de las legislaciones de protección a denunciantes depende en gran medida de la voluntad política real de que tales disposiciones constituyan efectivamente una protección para las personas, y que no queden plasmadas solamente como disposiciones programáticas ni que los derechos y garantías otorgados a los denunciantes sean sólo nominales.

Ello ha llevado a parte de la doctrina a adoptar una visión crítica del *whistleblowing*, y a resaltar el hecho de que los sistemas de protección a denunciantes no son en caso alguno replicables entre distintos países o jurisdicciones, y que en cada caso,

debe atenderse a las particularidades de la legislación nacional, como asimismo a las diferencias culturales y sociales, previo a diseñar y elaborar una legislación de protección a denunciantes que se adapte adecuadamente y tenga la posibilidad de ser efectiva, considerando la coherencia que resulta necesaria en cualquier ordenamiento jurídico. En el caso descrito anteriormente, en que hipotéticamente no exista la posibilidad de mantener, en la práctica, el estado de derecho, el establecimiento de una regulación de *whistleblowing*, lejos de ayudar a los denunciantes, podría generar una situación de alto riesgo.

En casos menos extremos, la protección a denunciantes también se vuelve poco efectiva si la ciudadanía no tiene conciencia de que tiene derecho a efectuar denuncias libremente y, por el contrario, se encuentra sumergida en una cultura de secretismo que tiende a asumir que toda revelación de información es restringida o prohibida y que la publicidad de la misma es sólo excepcional (sin perjuicio de la publicidad de la información que podría estar consagrada en la ley, o incluso en la Constitución). La doctrina, especialmente en Australia, ha dado cuenta de grandes dificultades culturales para generar conciencia pública sobre la importancia de efectuar denuncias sobre hechos que en definitiva atentan contra el interés público, en un país en el que, como en muchos otros, la denuncia que afecta a un jefe o a un compañero de trabajo es vista como una traición. En Sudáfrica, el mayor desafío, a partir de la implementación de la legislación, fue tratar de subvertir la noción cultural de que los denunciantes eran *impimpis* –“espías” o “soplones” del sistema del Apartheid y posibles víctimas de horribles represalias en caso de ser descubiertos, incluso la muerte- y demostrar que, al igual que en la legislación británica, que le sirvió de modelo, el objetivo era el generar una vía segura a través de la cual detectarían potenciales peligros o riesgos que pudieran afectar a la población en general.

En razón de las barreras culturales descritas, resulta de fundamental importancia que, conjuntamente con consagrar en la legislación la protección a denunciantes, los Estados y sus organismos, así como los actores del sector privado, emprendan y

mantengan esfuerzos para promover el *whistleblowing* como una vía segura de detectar y solucionar problemas, reales o potenciales, y contribuyan a generar un cambio cultural que vea las revelaciones de información como un mecanismo positivo para toda la sociedad.

La legislación chilena sobre protección a denunciantes de irregularidades y faltas al principio de probidad, introducida por la Ley N° 20.205, de 2007, satisface los requerimientos de las convenciones internacionales anti-corrupción de las cuales Chile es parte, en el sentido de que el país cumple con contar con normas legales que regulan especialmente la protección a denunciantes de los hechos o conductas de corrupción que tales convenciones apuntan a prevenir, detectar y sancionar. Así se ha reconocido, por ejemplo, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el marco del seguimiento de la Convención para el Combate del Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros.

Sin perjuicio de lo anterior, esta normativa resulta deficiente en una gran cantidad de aspectos en comparación con las legislaciones más avanzadas en el derecho comparado, y sobre todo teniendo en consideración los elementos arriba señalados como las mejores prácticas en la materia, identificadas por la doctrina.

Las protecciones al denunciante introducidas por la Ley N° 20.205 sólo son aplicables a funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, y en ausencia de otras regulaciones que establezcan protecciones similares para denunciantes no regidos por estos estatutos, quedan excluidas todas las demás personas que pudieran efectuar denuncias sobre irregularidades y faltas a la probidad. Ello significa un ámbito de aplicación estrecho con respecto a las personas que pueden ser amparadas por la protección, y una situación de desigualdad, o incluso de discriminación, que afecta a cualquier otra persona que pudiera ser igualmente merecedora de obtener protección. Las conductas denunciabiles, asimismo, se circunscriben exclusivamente a actos o hechos ocurridos dentro de la

Administración del Estado. Estas conductas, a mayor abundamiento, no son establecidas como listas o categorías de información sobre las cuales puede versar la denuncia, sino que, por el contrario, se configuran por la contravención a los deberes positivos de conducta de los funcionarios; de esta forma, el objeto de las denuncias adolece de una seria indeterminación, que pudiera generar inseguridad jurídica tanto para los potenciales denunciantes como para los denunciados.

Las disposiciones que otorgan protecciones contra represalias son igualmente estrechas; se contempla solamente la posibilidad de que el funcionario denunciante no sea objeto de medidas administrativas que afecten su situación laboral, y en caso alguno la aplicación de otro tipo de protecciones que tiendan a resguardar otros derechos del denunciante que pudieran verse afectados por represalias no laborales. Así, por ejemplo, no se establece en la ley chilena que el denunciante de irregularidades o faltas al principio de probidad, pueda contar con protecciones similares a aquellas contempladas para víctimas y testigos en el contexto del proceso penal, que tienden a resguardar principalmente la integridad física y psíquica de la persona y que facultan al juez con jurisdicción en lo penal para adoptar, con algún rango de discrecionalidad, las medidas para la adecuada protección. La ley tampoco regula en absoluto la posibilidad del que el denunciante de irregularidades o faltas a la probidad obtenga indemnización por el daño que haya sufrido como consecuencia de las represalias. La estrechez de las protecciones al denunciante constituye un aspecto especialmente grave en la legislación chilena, considerando sobre todo que la denuncia no se encuentra establecida como una facultad de los funcionarios para manifestar inquietudes, sino como una obligación funcionaria.

Las protecciones que se otorgan al denunciante no siguen una lógica de causa y efecto entre denuncia y represalias sino que, por el contrario, la ley hace aplicables las protecciones por la sola proximidad temporal ente la denuncia y las medidas administrativas con respecto a las cuales el funcionario queda inmune. Esta falta de nexo causal en la ley constituye una grave falencia: en primer lugar, el funcionario sólo queda protegido por un lapso de tiempo, relativamente corto, que necesariamente expirará, tras

lo cual queda completamente desprotegido. En segundo lugar, la ley no permite que el denunciante pueda invocar la protección fuera del tiempo de vigencia que se establece para sus derechos, aún en la manifiesta ocurrencia de represalias. En tercer lugar, el denunciado o el órgano afectado no tiene derecho alguno a defender su postura demostrando que no ha tomado la medida administrativa impugnada como represalia en contra del funcionario. Finalmente, este resquicio permite que aquellos funcionarios que, en razón de su mal desempeño, vean como inminente la aplicación de una medida disciplinaria o una mala calificación en su contra, puedan interponer denuncias con la sola finalidad de dilatar o eludir tales medidas, de modo tal que la ley abre la posibilidad de que se acojan a su amparo justamente aquellas personas que no lo merecen.

La ley chilena establece como únicos procedimientos a seguirse a partir de la denuncia, la investigación sumaria o el sumario administrativo, destinados a investigar las presuntas irregularidades o faltas al principio de probidad, y que tienen como exclusiva finalidad la determinación de la responsabilidad y la eventual aplicación de sanciones por los hechos que han sido objeto de la denuncia. En cambio, con respecto a la formulación de la denuncia misma, la solicitud de acogerse a las protecciones, la prevención y corrección de las conductas denunciadas, y la aplicación de sanciones para las personas que tomen represalias en contra del denunciante, la ley chilena incurre en sendas omisiones, por cuanto no se regulan sobre estos aspectos, procedimientos propiamente tales, que puedan ser adoptados por la autoridad y que tiendan a resguardar los derechos de las partes afectadas o interesadas en el conflicto.

En la práctica, del análisis de los dictámenes de la Contraloría General de la República en que se pronuncia sobre la aplicación de estas disposiciones, se desprende que la jurisprudencia administrativa no ha tenido otra opción que reafirmar el carácter restringido de la protección a denunciantes, quedando de manifiesto que múltiples situaciones en que la protección debería ser aplicable conforme a las mejores prácticas – por ejemplo, en el caso de denuncias formuladas por ex-funcionarios, empleados a

honorarios o a contrata, o en el caso de denuncias no interpuestas con la debida prontitud- en definitiva quedan al margen del amparo de la ley.

En razón de las múltiples falencias estructurales del sistema de protección a denunciantes en Chile, resulta difícil extraer conclusiones positivas de la Ley N° 20.205, sea que se atienda a las disposiciones legales mismas que regulan la materia, o bien desde el punto de vista de los resultados de la normativa. La introducción de un sistema de protección a denunciantes efectivo en Chile, por lo tanto, debería implicar una modificación completa de las disposiciones de protección introducidas por la Ley N° 20.205, a través de una nueva ley que regule en forma sistemática la posibilidad de efectuar revelaciones de interés público –no sólo denuncias de irregularidades y faltas al principio de probidad-, aplicable a la generalidad de las personas, y que a su vez establezca mecanismos de protección amplios y efectivos, incluyendo la posibilidad de reparación patrimonial, para cualquier persona que sea víctima de actos de represalia a causa de haber efectuado la revelación o denuncia. Un sistema nuevo de protección a denunciantes podría verse beneficiado con la creación o designación de alguna entidad que quede a cargo de la promoción, fiscalización y aplicación de las normas de protección a denunciantes en forma centralizada. Sin perjuicio de todas las modificaciones y mejoras que puedan introducirse, el avance de la protección a denunciantes en el derecho comparado, así como las exigencias impuestas por las convenciones anti-corrupción, hacen necesaria una toma de conciencia por parte del legislador chileno en cuanto a que la protección a denunciantes, regulada en forma comprehensiva y sistemática, constituye un medio visto ampliamente como efectivo y necesario para la prevención de la corrupción y de un vasto espectro de conductas contrarias al interés general, por lo que merece mucha mayor profundidad y esfuerzo en su regulación.

BIBLIOGRAFÍA

Asian Development Bank (ADB), Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Anti-Corruption Action Plan for Asia and the Pacific*, 2001.

Barros Bourie, Enrique; Carmona Santander, Carlos; Ferreiro Yazigi, Alejandro; Harasic Yaksic, Davor; Recart Herrera, María Olivia; Valdés Prieto, Salvador y Zalaquett Daher, José, *Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia en la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República*. Santiago, Chile, 2006.

Banisar, David, *Whistleblowing International Standards and Developments*. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, 2006.

Banisar, David, *Freedom of Information Around The World 2006. A Global Survey of Access to Government Information Laws*. Privacy International, Londres, 2006.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.205. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad*. Valparaíso, Chile, 2007.

Bowden, Peter, *A Comparative Analysis of Whistleblower Protection*. Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference, Adelaide, Australia, 2005.

Brown, Alexander Jonathan, *Public Interest Disclosure Legislation in Australia: Towards the Next Generation*. Griffith University, Australia, 2006.

Brown, Alexander Jonathan (editor), *Whistleblowing in the Australian Public Sector: Enhancing the Theory and Practice of Internal Witness Management in Public Sector Organizations*. Australian National University E Press, Canberra, Australia, 2008.

Callahan, Elletta; Dworkin, Terry; Ford, Timothy y Schipani, Cindy, *Integrating Trends in Whistleblowing and Corporate Governance: Promoting Organizational Effectiveness, Societal Responsibility, and Employee Empowerment*. En *American Business Law Journal*, otoño 2002. The American Business Law Association, Estados Unidos, 2002.

Calland, Richard y Dehn, Guy (editores), *Whistleblowing Around The World. Law, Culture and Practice*. Open Democracy Advice Centre (ODAC), Cape Town, South Africa; Public Concern At Work (PCAW), London, UK; The British Council, 2004.

Camerer, Lala, *Protecting Whistleblowers in South Africa: The Protected Disclosures Act, N° 26 of 2000*. Institute for Security Studies, Ciudad del Cabo, 2001

Campbell, Jeanette, *Dare I Blow the Whistle? Is Adequate Protection Given to SA Employees in Terms of the Protected Disclosures Act of 2000?* Research report, Johannesburg, South Africa, 2004.

Carrington, Paul D., *Law and Transnational Corruption: The Need for Lincoln's Law Abroad*. En *Law and Contemporary Problems, Vol. 70, Issue 4*, pp. 109 – 151. Duke University, School of Law, Durham, North Carolina, Estados Unidos, 2007.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain, 18 de enero 2000

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, Sr. Ambeyi Ligabo, 30 de diciembre de 2002

Committee on Standards in Public Life (Reino Unido), *Second Report*, mayo de 1996

Dawson, Stuart, *Whistleblowing: a broad definition and some issues for Australia*. Working Paper 3/2000, Business Ethics Research Unit, School of Management, Victoria University of Technology, Australia, 2000.

De Maria, William, *Common Law – Common Mistakes. The Dismal Failure of Whistleblower Laws in Australia, New Zealand, South Africa, Ireland and the United Kingdom. Paper presented to the International Whistleblowers Conference, University of Indiana, 12 – 13 April 2002*. Centre for Public Administration, The University of Queensland, Australia, 2002.

De Maria, William, *The Victorian Whistleblower Protection Act. Patting the Paws of Corruption? Paper given to Staff Seminar Department of Business Law and Taxation, Monash University, 3 May 2002*. Centre for Public Administration, The University of Queensland, Australia, 2002.

De Maria, William, *Whistleblowers and Secrecy. Ethical Emissaries from the Public Sect[or]. Paper presented to the Freedom of the Press Conference, Bond University, 11 November 1995*. Department of Social Work and Social Policy, The University of Queensland, Australia, 1995.

Departamento de Estado de Estados Unidos, *La responsabilidad gubernamental*. En *Temas de la Democracia*, volumen 5, número 2, agosto de 2000. Publicación electrónica del Departamento de Estado, Washington D.C., 2000.

Devine, Thomas, *Courage Without Martyrdom: The Whistleblower's Survival Guide*. Government Accountability Project, Washington, 1997.

Devine, Thomas y Miles, Adam, *Testimony of Thomas Devine and Adam Miles, Government Accountability Project, before the House Oversight and Government Reform Committee On the Whistleblower Protection Enhancement Act, 2007*

Devine, Thomas; Vaughn, Robert y Henderson, Keith, *Ley Modelo de protección de personas que denuncian actos de corrupción*. Organización de Estados Americanos, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Washington D.C., 2000.

Drew, Kirstine, *Whistleblowing and Corruption. An Initial and Comparative Review*. Public Services International Research Unit, University of Greenwich, Londres, 2003.

Feldman, Estelle, *Protection for Whistleblowers. Paper for the 9th International Anti-Corruption Conference, Durban, South Africa, 1999*. School of Law, Trinity College, University of Dublin, 1999.

Gifts, Steven, *Law Dictionary*, Barron's, Nueva York, 1984

Groeneweg, Sheryl, *Three Whistleblower Protection Models: A Comparative Analysis of Whistleblower Legislation in Australia, the United States and the United Kingdom*. Comparative Merit Systems Unit, Research Directorate, Public Service Commission of Canada, 2001.

Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, *Dictamen 1/2006 relativo a la aplicación de las normas sobre protección de datos de la Unión Europea a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles de auditoría internos, cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios*. Bruselas, Bélgica, 1º de febrero de 2006.

Havian, Eric, *Blowing the Whistle on Fraud*. En *Contract Management*, octubre 2001, pp. 28 – 31, Estados Unidos, 2001.

Instituto Libertad, *Evaluación del Cumplimiento de la Agenda de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política*. Informe Especial Vo. XVIII N° 181, Santiago, Chile, 2007.

Johnson, Roberta Ann, *Whistleblowing and the Police*. En *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, Rutgers University, New Jersey, Estados Unidos, 2005.

Kantambu Latting, Jean y Greene, Annette, *Whistle-Blowing as a Form of Advocacy: Guidelines for the Practitioner and Organization*, en *Social Work*, Vol. 49, N° 2, pp. 219-245, National Association of Social Workers, Washington, D.C., 2004.

King, Granville III, *The Effects of Interpersonal Closeness and Issue Seriousness on Blowing the Whistle*. En *The Journal of Business Communication*, Vol. 34, Issue 4, pp. 419-444. Association for Business Communication, Texas, Estados Unidos, 1997.

Kohn, Stephen, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*. Quorum Books, Connecticut, 2001.

Kohn, Stephen; Kohn, Michael y Colapinto, David, *Whistleblower Law: A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*. Praeger, Westport, Connecticut, 2004.

Kreiner, Mary, *Blowing the Whistle on Whistleblower Protection: A Tale of Reform versus Power*. En *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 76, N° 1, pp. 183 – 233, 2007.

Lanois, Paul, *Sarbanes-Oxley, Whistleblowing, And European Union Data Protection Laws*. En *The Practical Lawyer*, agosto de 2007.

Lee, Nam-joo, *Korea's Whistleblower Protection and Reward System*. En *Controlling Corruption in Asia and the Pacific*, pp. 123-126, Anti-corruption Initiative for Asia and The Pacific, ADB/OECD, 2005.

Lenanne, Jean, *The canary down the mine: what whistleblowers' health tells us about their environment. Paper given at Department of Criminology, Melbourne University, conference: "Whistleblowers: protecting the nation's conscience?"*. Melbourne, 1995.

Martin, Brian, *Illusions of whistleblower protection*. Artículo publicado en *UTS Law Review*, N° 5, pp. 119-130, Australia, 2003.

Martin, Brian, *Suppression Stories*. Fund for Intellectual Dissent, Australia, 1997.

Martin, Brian, *The Whistleblower's handbook: how to be an effective resister*. Envirobook, Sydney, Australia, 1999.

Martin, Brian, *Whistleblowers: risks and skills*. En Rappert, Brian y McLeish, Catriona (editores), *A Web of Prevention: Biological Weapons, Life Sciences and the Governance of Research*, pp. 35 – 49. Earthscan, London, 2007.

Martin, Brian, *Whistleblowing and nonviolence*. En *Peace and Change*, Vol. 24, N° 3, pp. 15-28, enero 1999.

Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, *Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Washington, DC, diciembre de 2008

Mendel, Toby, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, UNESCO, 2003

Mendel, Toby, *Una Ley Modelo sobre la Libertad de Información*, Article 19, Londres, 2001

McCauley Parles, Lisa; O'Sullivan, Susan y Shannonn, John, *Sarbanes-Oxley: An Overview of Current Issues and Concerns*. En *Review of Bussiness*, vol. 27, N° 3. St. John's University, Colege of Business Administration, 2007.

Moberly, Richard, *Unfulfilled Expectations: An Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win*. En *William and Mary Law Review*, vol. 49, N° 1, College of William and Mary, Marshall Wythe School of Law, 2007.

Moses, Jennifer, *False Claims*. En *American Criminal Law Review*, vol. 40, N° 2, Georgetown University Law Center, 2003.

Mizutani, Hideo, *Whistleblower Protection Act*. En *Japan labor review*, Vol. 4, N° 3, pp. 95-121, Japón, 2007.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *UN Anti-Corruption Toolkit*, tercera edición, Viena, septiembre de 2004

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *OECD Anti-Bribery Convention Phase 2 Monitoring Information Resources, Phase 2 Questionnaire*, 24 de enero 2001

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2000

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principles for Managing Ethics in the Public Service*, Public Management Service, mayo 1998

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, junio 2003

Parlamento Europeo, *Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos, del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 24 de octubre de 1995

Public Concern At Work, *UK Public Interest Disclosure Act 1998 (annotated guide)*, Londres, 2003.

Public Service Integrity Office (Canada), *A Comparative International Analysis of Regimes for the Disclosure of Wrongdoing (“Whistleblowing”)*, 2004

Rauhofer, Judith, *Blowing the whistle on Sarbanes-Oxley: Anonymus hotlines and the historical stigma of denunciation in modern Germany*. Conferencia anual 2007 de The British and Irish Law, Education and Technology Association. Reino Unido, 2007.

Rohde-Liebenau, Björn, *Whistleblowing Concepts for the Public Sector: Observations on an International Best Practice*. Discussion paper, Estrasburgo, Francia, 2006.

Rohde-Liebenau, Björn, *Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*. Committee on Budgetary Control, European Parliament, Bruselas, 2006.

Savich, Richard S., *Cherry-Picking Sarbanes-Oxley: Provisions That Deserve a Second Look*. En *Journal of Accountancy*, vol. 201, N° 6, 2006.

Sawyer, Kim, *Courage Without Mateship*. Paper presented at the National Conference of Whistleblowers Australia, November 28, Melbourne. University of Melbourne, Australia, 2004.

Sawyer, Kim, *The Test Called Whistleblowing*. Paper Delivered to the National Conference of Whistleblowers Australia, September 11 2005, Adelaide. Australia, 2005.

Sawyer, Kim; Johnson, Jackie y Holub, Mark, *The Necessary Illigitimacy of the Whistleblower*. University of Melbourne; University of Western Australia, Australia, 2005.

Transparency International, *Whistleblower Protection, South Africa*. En *Corruption Fighter's Tool Kit 2003*, Berlin, 2003.

UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Joint Declaration*, 6 de diciembre de 2004

Vaughn, Robert, *How Differing Perceptions of Whistleblower Protection Influence the Character of Legal Standards*. Ponencia preparada para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, 2006.

Vaughn, Robert; Devine, Thomas y Henderson, Keith, *The Whistleblower Statute Prepared for the Organization of American States and the Global Legal Revolution Protecting Whistleblowers*. En *The George Washington International Law Review* 35(4), pp. 857-902. Washington, D.C., 2003.

Villanueva, Ernesto, *Los whistleblowers y el Estado de Derecho en México*. Ponencia preparada para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, 2006.

Watnick, Valerie, *Whistleblower Protections Under the Sarbanes-Oxley Act: A Primer and a Critique*. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. XII, pp- 831 – 879, 2007.

Wheeler, Chris, *Drafting and Implementing Whistleblower Protection Laws*. En *Controlling Corruption in Asia and the Pacific*, pp. 127-138, Anti-corruption Initiative for Asia and The Pacific, ADB/OECD, 2005.

Whitaker, L. Paige, *The Whistleblower Protection Act: An Overview*. Congressional Research Service, Washington, D.C., 2007.

Wolff, Leon, *New Whistleblower Protection Laws for Japan*. En *Journal of Japanese Law*, N° 17, julio 2004. Australian Network for Japanese Law / German – Japanese Association of Jurists. Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Hamburgo, Alemania, 2004.