



Ley de Protección al Denunciante o *whistleblowing*

Experiencia Comparada en el ámbito administrativo

Autor

Gabriela Dazarola Leichtle
Email: gdazarola@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3189

Resumen

La protección de denunciantes de corrupción hace referencia al conjunto de acciones institucionales orientadas a garantizar los derechos de los denunciantes que podrían verse amenazados o disminuidos por represalias causadas a raíz de su revelación. Este tipo de revelaciones, comunicaciones o denuncias, se ha identificado en lengua inglesa con el término *whistleblowing*.

Comisión

Elaborado para las Comisiones Unidas de Gobierno Interior y de Constitución de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del proyecto que establece un nuevo Estatuto de protección en favor del denunciante de actos contra la probidad administrativa (Boletín N°13.565-07)

En la actualidad son numerosos los países y organizaciones internacionales que están desarrollando legislaciones especiales sobre el tema. Se destaca al respecto, la Ley Modelo, de carácter orientativo, para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos, dictada por la Organización de Estados Americanos (OEA); por otra parte la Directiva de la Unión Europea (UE) 2019/1937 sobre “Protección de las personas que informe sobre las infracciones del Derecho de la Unión”, cuyos contenidos deben ser transpuestos por los estados miembros a su derecho interno.

En la experiencia comparada, las disposiciones de las leyes de *whistleblowing*, tienen distintos enfoques y objetivos, solucionando en cada caso las formas y mecanismos específicos que debe contemplar la ley para lograrlos. Del análisis comparativo, distintos autores muestran que se pueden apreciar ciertos aspectos comunes en todas ellas, y que se traducen en disposiciones claves que deben contener este tipo de normas, para incentivar o promover las denuncias o revelaciones de información y proteger a las personas que las efectúen.

Aspectos tales como los ámbitos, sectores y personas que la ley debe regir; el tipo de información que pretende facilitar y promover la denuncia, los mecanismos de denuncia; los elementos, sustantivos y procedimentales que se deben cumplir para que la revelación pueda ser protegida; la entidad a cargo de la promoción, fiscalización e implementación de la ley; los medios específicos de protección que se otorgan a los denunciantes, entre otros.

Si bien las legislaciones de protección de denunciantes son distintas y no son uniformes existiendo una amplia gama de aspectos que responden a la realidad social y jurídica de cada país, es interesante presentar las dimensiones expuestas a través de su aplicación en países como Reino Unido y Estados Unidos, que han sido destacados por la doctrina como dentro de las mejores prácticas en el derecho comparado. Además de Perú, uno de los pocos países que ha desarrollado una normativa particular sobre la materia en América Latina.

N° SUP: 126399

Introducción

El siguiente informe se ha elaborado en respuesta a la solicitud realizada por las Comisiones Unidas de Gobierno Interior y de Constitución de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del proyecto que establece un nuevo Estatuto de protección en favor del denunciante de actos contra la probidad administrativa (Boletín N°13.565-07).

El informe incorpora una breve descripción de antecedentes generales sobre las normas de protección al denunciante, para seguir con algunos modelos dictados por organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea (UE). Se termina, con el desarrollo de experiencia comparada, exponiendo los elementos comunes de las distintas legislaciones abordados por la doctrina y algunos ejemplos de las normas de Reino Unido, Estados Unidos de América y Perú.

En relación a los países que serán utilizados para algunos ejemplos, se han escogido Reino Unido y Estados Unidos de América, por disponer de normas sobre la materia citada, consideradas por la doctrina como dentro de las mejores prácticas comparadas. Además se agregó el caso de Perú, por tratarse de un país de América Latina que posee una norma específica en el ámbito administrativo sobre la protección del denunciante.

Para elaborar el informe se han utilizado como fuente principalmente estudios y artículos públicos elaborados sobre la materia. Además de algunas fuentes normativas. Las traducciones son propias.

I. Sistema de protección al denunciantes actos de corrupción

La protección de denunciantes de corrupción hace referencia al conjunto de acciones institucionales orientadas a garantizar los derechos de los denunciantes que podrían verse amenazados o disminuidos por represalias causadas a raíz de su revelación. (Cheverría y Silvestre, 2013: 16).

“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”. (Sánchez, 2010: 2)

Las represalias a los denunciantes pueden ser de distinto tipo, ya sean amenazas o hechos que alteran las condiciones laborales o, la vida y la integridad de los denunciantes o de sus círculos cercanos. 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.

De acuerdo a lo señalado por Cheverría y Silvestre (2013: 17), “en la actualidad son numerosos los países y organizaciones internacionales que están desarrollando legislaciones especiales sobre el tema, habiéndose generado declaraciones de principios, instrumentos normativos internacionales y leyes modelo, entre otras herramientas de cooperación, bajo el entendido que la protección de denunciantes es una herramienta válida y necesaria para enfrentar a la corrupción”.

Las legislaciones de protección de denunciantes son distintas y no son uniformes existiendo una amplia gama de aspectos que responden a la realidad social y jurídica de cada país. No obstante, es posible establecer algunos elementos comunes que pueden ser comparados y serán desarrollados en los siguientes capítulos.

II. Instrumentos y leyes modelos de organismos Internacionales

1. Organización de los Estados Americanos (OEA)

En el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se contemplan un conjunto de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer diferentes sistemas administrativos para mitigar los riesgos de corrupción o de ser el caso facilitar la acción persecutoria del Estado frente a un acto de corrupción¹.

Una de ellas, es la referida a los Sistemas de Protección de Denunciantes, contenida en el Artículo III, inciso 8, que llama a los estados partes a crear “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”.

Posterior a la Convención, se generaron un conjunto de recomendaciones para los países que participan en el referido mecanismo, frente a las que el Departamento de Cooperación Jurídica de la Organización de Estados Americanos - a través del Proyecto de Cooperación denominado “Apoyo a acciones concretas de cooperación contra la corrupción en el marco del MESICIC”², desarrolló la “Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos” (2011).

La Ley Modelo tiene un carácter orientativo y en su contenido existen disposiciones amplias abordando aspectos que puedan influir en la protección de denunciantes en los diferentes ámbitos. Cuenta con 11 capítulos, 60 artículos, disposiciones complementarias, y un modelo de atención de denuncias. En forma general Chevarría y Silvestre (2013:30) señalan como principales aportes de la Ley Modelo los siguientes:

1. Entender la corrupción en sentido amplio abarcando además de la corrupción en materia penal, a la corrupción en el ámbito administrativo.
2. Definir competencias para la recepción, calificación y protección de denunciantes en materia penal estableciendo que sean los Ministerios públicos o Fiscalías los responsables en materia penal y en el ámbito administrativo las entidades u órganos de control. Esta diferenciación es importante porque permite establecer competencias claras entre entidades y además al tratarse de entidades externas al poder ejecutivo fanatizan su objetividad en el tratamiento de los casos.

¹ Documento Explicativo del Proyecto de ley Modelo. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/ley_explicativo_prot.pdf (julio, 2020)

² Que pretende ayudar a los países integrantes del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

3. Considerar medidas de protección física de la persona así como medidas de protección laboral y las clasifica en medidas de protección en relación a la naturaleza de la persona a ser protegida y a las necesidades protección. Así se tiene que la protección no es igual para un denunciante que simplemente deja la información sobre el acto de corrupción que la protección que debe recibir un testigo que además de lo anterior colabora en el proceso de investigación del acto de corrupción.
4. Diferenciar entre medidas de protección: básicas y adicionales o “duras”. Las medidas de protección básicas son para todos los denunciantes como por ejemplo la reserva de la identidad, el impedimento de hostilidades laborales, etc. y el conjunto de medidas adicionales o “duras” son aplicables según sea el caso y la gravedad de la situación a ser protegida.
5. Precisar aspectos procesales puntuales para la denuncia de actos de corrupción definiendo etapas como la recepción, la calificación y la concesión de las medidas de protección.
6. Contemplar innovaciones como el tratamiento de las denuncias con códigos que evitan conocer la identidad de los denunciantes y también se establecen incentivos de carácter pecuniario para los denunciantes cuyas denuncias permiten identificar a los responsables, recuperar activos, desmontar mafias de corrupción, entre otros.
7. Contemplar garantías procesales que permiten a las personas solicitantes impugnar, de ser el caso las decisiones de las autoridades tanto en la vía administrativa como judicial.
8. Incluir un conjunto de medidas adicionales que los sistemas de protección podrían adoptar como por ejemplo protocolos especiales de atención de denuncias de corrupción, formatos de solicitud, sanciones por el incumplimiento o no observancia de las normas, etc.
9. Finalmente, incluir medidas de cooperación internacional para fortalecer la protección de denunciantes en la aplicación de medidas de protección específicas, diligencias judiciales, así como para el fortalecimiento institucional a través de la cooperación horizontal.

2. Unión Europea (UE)

En el caso de la Unión Europea, se dictó en octubre de 2019, la Directiva (UE) 2019/1937 sobre “Protección de las personas que informe sobre las infracciones del Derecho de la Unión”.

La Directiva tiene 7 capítulos y 29 artículos. Su objeto es “reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”

En relación al ámbito de aplicación, se aplica tanto al sector público, como al sector privado, si bien, en el caso de los privados, limita la aplicación de algunos de sus capítulos a las empresas de más de 50 trabajadores, estas deberán crear un canal de denuncia interno. Por otra parte, también exige de algunas obligaciones, a los municipios de menos de 10.000 habitantes o entidades públicas de menos de 50 empleados.

Puede ser denunciante cualquier actuación que suponga una vulneración del Derecho de la Unión Europea en las concretas materias que establece la Directiva, entre las que se encuentran: i)

contratación pública, ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, iii) seguridad de los productos y conformidad, iv) seguridad del transporte, v) protección del medio ambiente, entre otros.

Sobre otros aspectos que aborda, en cuanto al sujeto denunciante se utiliza un concepto amplio, pero sin llegar a alcanzar a cualquier ciudadano puesto que tiene que existir una relación con el denunciado, si bien entendida de forma amplia. Se exige también la buena fe del denunciante (creencia razonable de que el objeto de la denuncia es real), y se prevé el establecimiento de sanciones para los supuestos de denuncias falsas lo que parece razonable. (Nuez Sánchez-Cascado, 2019)

No se prevén las denuncias anónimas, pero sí hay que garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante, cualquiera que sea el canal de denuncia que se use. En este sentido, se prevén tanto canales de denuncia internos como externos incluidos los medios de comunicación.

Por lo que se refiere a las represalias de todo tipo, es decir, a la necesidad de mantener indemne al denunciante, se prevé la inversión de la carga de la prueba, de manera que si se adoptan medidas contra alguien que tenga el estatus de denunciante se presumirá (salvo prueba en contrario) que esa medida se ha adoptado precisamente en represalia por la denuncia. Dicho de otra forma, corresponde a quien adopte la medida que perjudica al denunciante justificar que no guarda ninguna relación con la denuncia y que está justificada. (Nuez Sánchez-Cascado, 2019)

En cuanto a los derechos que se garantizan a los denunciantes, la Directiva se refiere básicamente a derechos de información y asesoramiento, en particular al asesoramiento jurídico, pudiendo los Estados reconocer un elenco más amplio de derechos al denunciante como los relativos a la asistencia psicológica, por ejemplo. (Nuez Sánchez-Cascado, 2019).

III. Experiencia comparada: Visión general

En este apartado se desarrollará una visión general de la experiencia comparada en relación a las normas que otros países han adoptado para la protección del denunciante (*whistleblowing*). Se incorporarán algunos antecedentes generales y se explicará en relación a la doctrina algunos elementos comunes que la normativa sobre la materia contempla.

En una mirada global, Chevarría y Silvestre (2013: 26), sostienen que si tuvieran que hacer una generalización sobre los resultados de las normas de protección al denunciante, en el caso de América, se puede decir que:

- Los países de Norteamérica y principalmente de tradición sajona, como Estados Unidos de América y Canadá, son los que tienen los mejores sistemas de protección de denunciantes en América.
- Le siguen los países de México, Centroamérica y Sudamérica, donde hay avances en legislaciones generales, innovaciones en las denuncias, entre otros aspectos principalmente en materia penal, aunque casi todos carecen de resultados efectivos.

- Finalmente en un tercer grupo, se encuentran los países del Caribe quienes carecen de sistemas de protección en su gran mayoría.

Por otro lado, los citados autores, describen que el Parlamento Europeo en el año 2011 dio cuenta del estado de la legislación sobre protección de denunciantes en los países europeos, pudiéndose observar tres grupos de países diferenciados en Europa (2013:27):

- Un primer grupo de países que tienen una legislación específica sobre protección de denunciantes que son Bélgica, Francia, Noruega, Rumanía, Holanda y Reino Unido.
- Un segundo grupo de países que han desarrollado proyectos y que tiene pendiente su aprobación en el parlamento o están en preparación, que son Alemania, Eslovenia, Suiza, Lituania.
- Un tercer grupo de países que no tienen leyes específicas pero sí alguna protección en leyes laborales y criminales como Austria, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Georgia, Grecia, Italia, Polonia, Serbia, Eslovaquia, Suecia, Turquía, y Macedonia.

Descrito el panorama general de América y Europa, con la salvedad que en los últimos años puede haber habido avances en algunas legislaciones, pasamos a desarrollar lo relacionado con los distintos elementos comunes de la normativa existente.

En relación a este tema, Sánchez (2010) señala que en la experiencia comparada, las disposiciones de las leyes de *whistleblowing*, tienen distintos enfoques y objetivos, solucionando en cada caso de manera particular las formas y mecanismos específicos que debe contemplar la ley para lograrlos.

Del análisis comparativo, el citado autor destaca que se pueden apreciar ciertos aspectos comunes en todas ellas, y que se traducen en las disposiciones claves 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. De esta forma enumera que específicamente, las leyes de *whistleblowing*, cada una a su manera, deben abordar los siguientes aspectos que conllevan el establecimiento de un sistema de protección a denunciantes (Sánchez, 2010: 209):

- “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”.

En relación a la legislación en particular, Sánchez (2010: 210) señala que “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”.

IV. Elementos particulares de las normas de protección del denunciante

A continuación, se analizarán a partir de elementos comunes de la doctrina en la materia y se incluirán ejemplos de las normas de Reino Unido, *Public Interest Disclosure Act* de 1998 (PIDA), Estados Unidos de América, *Whistleblower Protection Act* y Perú, Ley 29.542 de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal.

1. Enfoque de la legislación

En el caso del enfoque, Sánchez (2010), señala que “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”. (Sánchez, 2010:212)

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. Por ejemplo, en la legislación británica, éstas se traducen en la posibilidad de obtener compensación si la persona que ha efectuado la revelación ha sufrido represalias por ello”. (Sánchez: 212)

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 de América³ tienen ese enfoque, siguiendo el esquema de la *Whistleblower Protection Act*. Este modelo, se centra en establecer fuertes protecciones para el denunciante que sufra represalias por haber efectuado la revelación. (Sánchez: 213)

El mismo Sánchez (2010: 213) cita que

“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

³ Estados Unidos cuenta con docenas de leyes de *whistleblowing* a nivel estatal y federal. A nivel federal, destacan además de la *Whistleblowing Act: Sarbanes-Oxley Act*, ámbito de prácticas corporativas y comerciales de las empresas de transacción bursátil; y *Federal False Claims Act*, cuyo ámbito abarca las reclamaciones falsas por actos del Gobierno.

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”.

2. Ámbito de aplicación

En relación al ámbito de aplicación de este tipo de normas, Chevarría y Silvestre (2013: 17) expresan que respecto a las personas protegidas no existe uniformidad en las legislaciones: en unos casos han considerado que la protección es aplicable para funcionarios públicos que denuncian hechos de corrupción del sector público, en otros para personas privadas que denuncian hechos de corrupción del sector público, así como para personas privadas que denuncian hechos de corrupción en el sector privado (dependiendo de si el delito de corrupción privada está o no regulada), o bien para cualquier persona independientemente de su posición jurídica.

| | Persona protegidas |
|----------------|---|
| Reino Unido | A todo tipo de empleados, incluidos aquellos empleos provistos por terceros, y pasantes en práctica. |
| Estados Unidos | Empleados, exempleados o postulantes a un empleo federal de la rama Ejecutiva. |
| Perú | Toda persona natural o jurídica que, en forma individual o colectiva, pone en conocimiento de la institución, a través de sus órganos competentes, un acto de corrupción. |

Fuente: Elaboración propia en base a información de Millán Gutiérrez, Iván (2018).

En cuanto a la cobertura de las normas, Sánchez (2010) destaca que “tanto para el sector público como para el sector privado, actualmente sólo una escasa minoría de las leyes de *whistleblowing* cumplen tal principio. La legislación del Reino Unido ha sido destacada por tal cobertura dual, así como la legislación sudafricana, modelada en base a aquella”. (Sánchez: 214).

| | Cobertura de la norma |
|-------------|---|
| Reino Unido | Esta norma tiene un ámbito de aplicación amplio que abarca a entidades públicas, así como a entidades del sector privado. Es importante señalar que en el Reino Unido las denuncias son consideradas divulgaciones de interés público y como tal existe amparo para los posibles denunciadores pudiendo ponerse en conocimiento de las autoridades desde aspectos que tienen que ver con la calidad en la prestación de los servicios, posibles encubrimientos, hasta delitos de corrupción en concreto. (Chevarría y Silvestre: 40) |
| Perú | La ley se aplica al Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; Poder Legislativo; Poder Judicial; Gobiernos Regionales; Gobiernos Locales; Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen. |

No se aplica a las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. (Millán: 61)

Fuente: Elaboración propia en base a información: Chevarría y Silvestre (2013) y Millán (2018).

3. Conductas denunciables

En relación a este ámbito, Sánchez (2010: 217) destaca que “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”. No se protege indeterminadamente las denuncias sobre cualquier tipo de información; es decir, no cualquier información revelada por un denunciante da lugar a la aplicación de las protecciones.

| Conductas denunciables | |
|-------------------------------|---|
| Reino Unido | Un delito cometido, que se está cometiendo o que es probable que se vaya a cometer Un incumplimiento pasado, actual o probable de una obligación legal Un error judicial ya ocurrido, o uno actual o probable de que ocurra Un peligro ya ocurrido, o uno actual o probable para la salud o seguridad de las personas Un daño pasado, actual o probable al medio ambiente El ocultamiento pasado, actual o probable de información acerca de los puntos anteriores |
| Estados Unidos | Infracción de una ley, regla o regulación Mala gestión, despilfarro de fondos, abuso de autoridad, o peligro sustancial y específico a la salud o seguridad pública |
| Perú | Actos de corrupción, entendiendo por tal aquellas conductas o hechos que dan cuenta del abuso del poder público por parte de un servidor civil que lo ostente, con el propósito de obtener para sí o para terceros un beneficio indebido. |

Fuente: Elaboración propia en base a información de Millán Gutiérrez, Iván (2018).

4. Canales de denuncia: internos externos

En relación a este elemento, “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” (Sánchez, 2010: 221) .

Según muestra Chavarría y Silvestre (2013:41), la legislación del Reino Unido, y generalmente los regímenes de denuncias de países vinculados al *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.

| Canales de denuncia | |
|----------------------------|---|
| Reino Unido | Es posible determinar tres niveles para la recepción y procesamiento de las quejas y denuncias ciudadanas posibilitando así mayores oportunidades y garantías a los posibles denunciadores: el “primer nivel” refiere a la recepción de denuncias en la misma entidad. Para tal fin, cada entidad, de acuerdo a su naturaleza, debe contar con algún tipo de organización que recepcione y procese denuncias. Como se mencionó, no hay un sistema uniforme y cada entidad puede contar con peculiaridades distintas para recepcionar y procesar las denuncias. El “segundo nivel” refiere a un conjunto de entidades rectoras o supervisoras de las entidades del primer nivel en donde los denunciadores pueden hacer llegar sus denuncias si es que consideran que no se cuenta con un sistema de atención de denuncias o simplemente no encuentran las garantías ni la confianza para interponer su denuncia, o si quizá ya hizo la denuncia en el primer nivel y aún no encuentra una atención oportuna. El “tercer nivel” hace referencia a la posibilidad de acudir a los medios de prensa y de comunicación para hacer llamar la atención de las autoridades públicamente. (Chevarría y Silvestre: 41) |
| 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 <i>Office of Special Counsel</i> para efectos de las denuncias (Sánchez: 221) |
| Perú | Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD) implementado por la Contraloría General de la República. Modalidades de forma virtual a través de una web especial para el tema que permite la recepción y el seguimiento de las denuncias por los denunciadores, vía postal y, a través del correo electrónico especial (Chevarría y Silvestre: 39) |

Fuente: Elaboración propia en base a información: Chevarría y Silvestre (2013) y Sánchez (2010).

5. Requisitos de la denuncia

Según lo señalado por Sánchez (2010), 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”. (2010: 224)

El citado autor, se refiere a un segundo elemento relativo a la revelación de información, frecuentemente exigido en las legislaciones sobre protección a denunciantes, el que contempla la buena fe del denunciante, o algún otro requerimiento relativo a la motivación de la denuncia. (Sánchez, 2010: 224).

| Requisitos de la denuncia | |
|----------------------------------|---|
| 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. 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. 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 (Sánchez: 223) |
| 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 (Sánchez: 223) |

| | |
|------|---|
| Perú | <p>Los denunciantes y testigos que denuncien actos de corrupción de mala fe son excluidos inmediatamente de las medidas de protección otorgadas, sin perjuicio de las responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa a que hubiese lugar. Constituyen denuncias de mala fe: denuncias sobre hechos ya denunciados, denuncia reiterada, denuncia carente de fundamento, denuncia falsa (Millán: 62)</p> <p>Existen una serie de requisitos que debe cumplir toda presentación de denuncia (identificación, exposición ordenada de los hechos, que no sean competencia de otras entidades autónomas, identificación de los autores, entre otros) (Chevarría y Silvestre: 39)</p> |
|------|---|

Fuente: Elaboración propia en base a información: Chevarría y Silvestre (2013) y Sánchez (2010).

6. Responsables institucionales

Los responsables institucionales son las entidades encargadas de sostener los sistemas de protección de denunciantes. Se pueden identificar entidades responsables de recibir la denuncia y las solicitudes de protección y entidades que colaboran para implementar las medidas de protección; o incluso entidades que se encargan de ambas tareas.

Al respecto Sánchez (2010: 228) aclara que en las legislaciones en que se exige o se incentiva la revelación interna como primera y principal vía, particularidad de los países del *Commonwealth*, 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*.

Es el caso del Reino Unido, en donde 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 son entregadas a cada organización.

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 (Sánchez 229).

7. Medidas de protección a los denunciantes

De acuerdo a lo señalado por Chevarría y Silvestre las medidas de protección son (2013:17),

“[el] conjunto de garantías, a las que los denunciantes pueden invocar, a fin de garantizar la protección de sus derechos frente a cualquier acto de represalia real o posible. En general comprende acciones tales como proteger el ejercicio de los derechos de los denunciantes, ya sean en el ámbito laboral como la prohibición de despido, sanciones a quienes cometen represalias, entre otros; así como en su integridad personal ya sea prestándole protección personal, reserva de su identidad, traslado a otro lugar de residencia, cambio de identidad, comparecencia a los tribunales a través de medios alternativos como la voz distorsionada, etc”.

Según señala Sánchez (2010: 230) independientemente de su enfoque, las leyes de *whistleblowing* tienen como propósito principal evitar las represalias en contra de los denunciantes. En consecuencia,

en algunas de las legislaciones, como punto de partida para la protección de los denunciantes, establecen una prohibición general de tomar represalias en contra de alguna persona a causa de haber efectuado una revelación de información.

Por otra parte señala que “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” (Sánchez: 231).

Finalmente agrega que “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”. (Sánchez: 332)

| Medidas protección | |
|---------------------------|---|
| Reino Unido | Contiene 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. (Sánchez: 230) |
| Estados Unidos | Las represalias contra denunciantes son consideradas “prácticas prohibidas respecto del personal” (<i>prohibited personnel practices</i> o “ <i>PPPs</i> ”), en los términos del 5 U.S.C. § 2302(b)(8). Se consideran “prácticas respecto del personal” las siguientes: Nombramientos, Promociones, Acciones disciplinarias o correctivas, Asignación de tareas, traslados, relocalizaciones, Reincorporaciones, Restitución de una posición o dignidad, Recontrataciones, Evaluación del desempeño, Decisiones concernientes al salario, beneficios o bonos, o relativas a una capacitación que pueda conducir a un nombramiento, promoción, evaluación del desempeño u otras acciones de las antes descritas; Ordenar exámenes físicos o psiquiátricos. Exigir el cumplimiento de políticas, formularios o acuerdos de confidencialidad; Cualquier otro cambio significativo en las funciones asignadas, responsabilidades o condiciones de trabajo (Millán: 77) |
| Perú | Reserva de identidad: se asigna un código de identificación a la persona denunciante. Protección laboral: a) Traslado temporal del denunciante o traslado temporal del denunciado a otra unidad orgánica, sin afectar sus condiciones laborales, b) Renovación de la relación contractual, c) Licencia con goce de remuneraciones o exoneración de la obligación de asistir al centro de labores de la persona denunciada, en tanto su presencia constituya un riesgo cierto e inminente para la determinación de los hechos materia de denuncia. d) Cualquier otra que resulte conveniente a fin de proteger al denunciante. La denuncia presentada por un postor o contratista no puede perjudicar su posición como tal en el proceso de contratación en el que participa o su posición en la relación contractual establecida con la entidad. Tampoco puede perjudicarlo en futuros procesos en los que participe (Millán: 62) |

Fuente: Elaboración propia en base a información: Millán (2018) y Sánchez (2010).

a. Reparación al denunciantes

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”. En consecuencia, la compensación debería cubrir todas las pérdidas sufridas por el denunciante, sin límite preestablecido, e incluyendo el daño moral. (Sánchez: 234)

Se citan algunos ejemplos en la experiencia comparada, como 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 provisorias 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 (Sánchez: 236).

| Medidas de Reparación al denunciante | |
|---|---|
| Reino Unido | 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 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. (Sánchez: 235) |
| Estados Unidos | En la <i>Whistleblower Protection Act</i> , 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. (Sánchez: 235) |
| Perú | Las personas naturales o jurídicas que, con ocasión del trámite de un procedimiento administrativo ante una entidad pública, detecten un acto de corrupción y lo denuncien ante la autoridad competente, son beneficiados con la devolución de los costos administrativos que le generó dicho trámite (Millán: 63) |

Fuente: Elaboración propia en base a información: Millán (2018) y Sánchez (2010).

b. Confidencialidad

Sobre este tema, Sánchez (2010: 237) destaca que el la “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”.

| Confidencialidad | |
|-------------------------|--|
| Estados Unidos | Prohíbe que se revele la identidad del individuo sin su consentimiento a menos que la <i>Office of Special Counsel</i> (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. (Sánchez: 43) |
| Perú | Denuncia anónima procede siempre y cuando haya suficientes indicios de verosimilitud. La reserva de identidad procede como una medida de protección y se otorga un código identificador para el proceso (Chevarría y Silvestre, 47) |

Fuente: Elaboración propia en base a información: Chevarría y Silvestre (2013) y Sánchez (2010).

Referencias

Chevarría, Franz y Silvestre, Martha (2013)

Sistemas de denuncias y de protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa
Colección Documentos de Trabajo nº 2 Serie Estados de la cuestión Área Institucionalidad
Democrática. Disponible en: <http://sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1400663798-DT2.pdf> (julio, 2020)

Millán Gutiérrez, Iván (2018)

Sistema de Protección de Denunciantes de actos de corrupción en Chile. Informe Diagnóstico. Julio,
2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2epqv> (julio, 2020).

Nuez Sánchez-Cascado, Elisa de la (2019)

La nueva directiva europea de protección del denunciante de corrupción y su transposición al
Derecho español. 6 noviembre, 2019/8 Comentarios/en Blog /. Disponible en: <http://bcn.cl/2epqw>
(julio, 2020)

Sánchez, Francisco (2010).

La protección de denuncias de hechos de corrupción: La regulación del whistleblowing en el
Derecho comparado. Universidad de Chile, Santiago de Chile. Disponible en:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-sanchez_f/pdfAmont/de-sanchez_f.pdf (julio, 2020)

Referencias Normativas

Organización de Estados Americanos (OEA)

Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus
Denunciantes y Testigos, Departamento de Cooperación Jurídica de la OEA. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/ley_modelo_proteccion.pdf (julio, 2020)

Unión Europea (UE)

Directiva (UE) 2019/1937 “Protección de las personas que informe sobre las infracciones del Derecho
de la Unión”. Disponible en: <http://bcn.cl/2epr0> (julio, 2020)

Estados Unidos

Whistleblower Protection Act. Disponible en: <http://bcn.cl/2epr2> (julio, 2020)

Perú

Ley 29.542 de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el
ámbito penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2epr4> (julio, 2020)

Reino Unido

Public Interest Disclosure Act 1998. Disponible en:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents> (julio, 2020)

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)