

**EL WHISTLEBLOWING; UNA HERRAMIENTA JURÍDICA
PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA**

LEONIDAS LARA ANAYA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL
BOGOTÁ D.C.
2013**

**EL WHISTLEBLOWING; UNA HERRAMIENTA JURÍDICA
PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA**

**AUTOR
LEONIDAS LARA ANAYA**

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

**DIRECTOR
JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL
BOGOTÁ D.C.
2013**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	13
Sobre el Whistleblowing	13
1. Historia.....	13
2. Definiciones.....	14
3. Relevancia del <i>Whistleblowing</i>	15
4. Cultura y valores pro-whistleblowing.....	16
4.1. Cambio en la esencia misma de la burocracia.....	16
4.2. Normatividad que fomenta el <i>Whistleblowing</i>	17
4.4. Apoyo de Organizaciones e Instituciones.....	19
4.5 Valores culturales.....	21
5. Convertirse en un <i>Whistleblower</i>	23
6. Entendiendo al <i>Whistleblower</i>	24
7. Calculando las Consecuencias.....	25
7.1 Discernir.....	26
7.2 Lealtad.....	26
7.3 La Acusación.....	26
8. Espectadores Apáticos.....	27
CAPÍTULO II.....	29
Leyes y Programas que Recompensan al <i>Whistleblower</i> en Estados Unidos.....	29
1. Ley sobre Reclamaciones Falsas.....	29
2. Programa de recompensas del Departamento de Justicia.....	30
2.1. Elementos del Programa.....	31
A. Individuo que trabaja o trabajaba para la compañía que presuntamente comete el fraude.....	34
B. Grupo de personas que trabajan o trabajaban para la compañía infractora. Contratistas externos que en virtud de su trabajo conocen de hechos ilícitos.....	35
2.2. Sobre el proceso contencioso.....	36
3. Ley <i>Sarbanes-Oxley</i>	38
4. Programa del Servicio de Impuestos Internos.....	42
Requisitos.....	43
5. Ley <i>Dodd-Frank</i>	44
6. Ley de Protección al <i>Whistleblower</i>	45
7. Conclusiones.....	46
CAPÍTULO III.....	47
Whistleblowing en otras naciones.....	47
1. Reino Unido.....	47
1.1. Antecedentes en el Reino Unido.....	48
1.2. Hechos relevantes.....	50
1.3 Legislación.....	50
1.4. PIDA.....	51
1.4.2. Normas Sobre la Divulgación.....	52
2. Australia.....	55

3. Sur África	59
4. Japón	63
5. Israel.....	64
6. Rusia.....	67
CAPÍTULO IV	72
Whistleblowing en Colombia	72
1. Percepción de la corrupción en Colombia	72
2. Coparticipación del sector privado.....	79
3. Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).....	83
4. Sobre el Deber de Denuncia.....	85
5. Sobre la Omisión de Denuncia	88
6. Sobre el Secreto Profesional.....	89
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXO 1	101

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años entidades multilaterales como Las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, el Banco Mundial han identificado que la corrupción es una de los mayores impedimentos para el crecimiento, reducción de la pobreza y desarrollo de los países, especialmente en aquellos denominados “países en vía de desarrollo”, debido a que debilita las instituciones, genera un ineficiente uso de los recursos, perturba la seguridad jurídica creando una sensación de incertidumbre en el sector privado (generando consecuencias negativas en la inversión) y crea en el imaginario colectivo la sensación de injusticia e inequidad.

La corrupción es un flagelo que afecta en mayor o menor medida a todos los países del mundo, los cuales no ahorran esfuerzos en combatir este mal mediante investigaciones lideradas por las autoridades competentes en búsqueda de pruebas contundentes que permitan judicializar y castigar a quienes cometen este tipo de actos. Sin embargo el mundo criminal e ilegal constantemente está en transformación. Donde el Estado cierra puertas, la ilegalidad abre otras por donde puede defalcarse al Estado o por donde apropiarse de bienes de manera fraudulenta dentro del sector privado. En razón a esto los métodos tradicionales de lucha contra los corruptos y sus estructuras criminales deben ser revaluados, y ajustarse al mundo de hoy, en donde encontramos a individuos de diferentes profesiones siendo parte de empresas con un alto grado de sofisticación cuyo objeto no es otro que el de enriquecerse ilícitamente.

Hacer frente a este nuevo desafío del siglo XXI implica que las naciones y sus autoridades se unan a fin de compartir experiencias positivas y negativas en la lucha contra de la corrupción.

Así como a finales de los años 80's y 90's el gran problema de Colombia era el narcotráfico y la violencia que se originaba de él. Hoy en día vemos como la corrupción impide que crezcamos a un mayor ritmo, que se redistribuya mejor el ingreso o que salgamos en el atraso en el que nos encontramos en algunos sectores como en infraestructura, educación y salud, comparados con otros países de Latinoamérica.

En los últimos años se han expedido un sin número de leyes y decretos cuyo objetivo es castigar a los corruptos. Se han creado nuevos tipos penales, se han modificado otros, se han diseñado nuevos procedimientos más céleres y hoy en día existen nuevos organismos gubernamentales y no gubernamentales que trabajan en la búsqueda de soluciones y estrategias para luchar contra este mal. Sin embargo y a pesar de los esfuerzos, día tras días, oímos a través de los medios de comunicaciones casos de corrupción en diferentes sectores de la economía nacional.

Consciente de las consecuencias negativas para la sociedad colombiana de este fenómeno, esta tesis de grado buscará estudiar una figura implementada en varias naciones que permite luchar directamente contra las conductas ilegales que se fraguan al interior de entidades públicas y empresas privadas. Atacar directamente el núcleo donde se planean actos ilegales, mediante el incentivo y protección a personas que por ocasión de su trabajo conocen de actos ilegales o que pueden poner en peligro a la sociedad es el espíritu de la figura denominada *whistleblowing* (hacer sonar el silbato).

El objetivo de este trabajo de grado, no es estudiar el fenómeno de la corrupción, sino presentar al lector una alternativa o una herramienta que ha demostrado ser útil en otras naciones como

una herramienta legal, en busca de crear una consciencia general que permita a cada ciudadano volverse un vigilante dentro de su propia empresa, so pena de acudir a las autoridades a denunciar actos ilícitos y como resultado recibir una recompensa económica o la satisfacción de haber cumplido un deber moral.

La tesis de este trabajo es: el *whistleblowing* como herramienta jurídica idónea para combatir la corrupción al fomentar la denuncia de la ciudadanía en contra de actos ilícitos cometidos al interior las empresas donde trabajan.

A través de los diferentes capítulos estudiaremos, la historia del *whistleblowing*, las definiciones que se han acuñado, la incertidumbre y los peligros que significa convertirse en uno. Después pasaremos a realizar un estudio de derecho comparado sobre la experiencia de Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Japón, Sur África y demás naciones en la introducción de esta figura en sus legislaciones.

Algunos casos afirmaran la tesis de este trabajo, mostrando la utilidad de la figura en la lucha en contra de la corrupción, otros por el contrario mostrarán que la sociedad no ha asimilado la figura y por ende ha sido utilizada.

Po último estudiaremos la política del Estado Colombiano en contra de la corrupción, los esfuerzos que los distintos gobiernos han realizado, miraremos la percepción que tienen los ciudadanos y empresarios frente a este flagelo, estudiaremos las nuevas medidas introducidas por Ley 1474 de 2011, y por ultimo analizaremos dos figuras del ordenamiento jurídico nacional que podrían contraponerse o armonizarse con la figura del *Whistleblower* que a continuación pasaremos a estudiar.

Capítulo I Sobre el Whistleblowing

1. Historia

El término “*Whistleblower*” es una composición de los términos “*blow & whistle*” que traducido al castellano sería soplar y silbato respectivamente. Para profesores como *Roberta Ann Johnson y Miceli y Near*, el término proviene de los Estados Unidos, y sin saber exactamente cuál fue su origen, sospechan que se acuñó en los campos de fútbol americano, en donde “un árbitro, que se encuentra dentro del campo de juego hace sonar el silbato, cuando se comete una falta para que la acción se detenga”¹. Otros autores lo relacionan a la caricatura “del policía inglés regordete corriendo detrás del ladrón y haciendo sonar su silbato, tras el grito agónico de una dama”². (Traducción libre)

Sin embargo y a pesar de la conexión del término con los deportes y caricaturas, en la década de los 60’s se le dio una connotación más seria al “*Whistleblower*”, como forma de distinguir a los disidentes desde adentro (*inside informants* en inglés) de los puros informantes que proveían de evidencia al FBI en contra de la Mafia o de antiguos comunistas que “cantaban nombres” para el Gobierno Norteamericano³.

En este orden de ideas, desde los inicios del uso del término, se evidencia la diferenciar entre aquellas personas que presenciaban un hecho ilícito aislado sobre quienes en virtud de su trabajo decidían acudir a las autoridades para denunciar la ocurrencia de prácticas indebidas al interior de sus empresas.

Haya sido una caricatura o un árbitro en un partido de fútbol americano quien dio origen al término “*Whistleblower*” lo cierto es que desde los 70’s es una parte permanente de la cultura y paisaje norteamericano. Con frecuencia a los delatores (*whistleblowers*) se les trata como héroes, con admiración, respeto y agradecimiento, son invitados a entrevistas en los noticieros y programas de televisión para que cuenten sus historias, las cuales en más de una ocasión han servido para adaptar guiones en Hollywood, como es el caso de *Serpico*, *Silkwood*, *Marie* y la galardonada y recordada *The Insider*⁴, protagonizada por *Al Pacino* y *Rossel Crow*, la cual se originó en el drama anterior y posterior que vivió el ejecutivo y científico *Jeffrey Wigand* de la *Brown and Williamson Tobacco Corporation* (B&W), cuando decidió ser entrevistado por el periodista *Lowell Bergman* en el programa “60 Minutes”, en el cual señaló que sus intenciones de crear un cigarrillo más seguro para el ser humano fracasaron, puesto que la política de la empresa era por el contrario, “crear cigarrillos más adictivos, manipulando la nicotina y

¹ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Citando a Miceli Marcia y Janet P. Near. Blowing the whistle: The organizational and legal implications for companies and employees, 1992. New York, Lexington Books. Pág. 4

² BRANCH TAYLOR. Courage without Esteem: Profiles in Whistleblowing. Ed. Charles Peters and Michael Nelson. 1979 Rinehart and Winston.

³ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 4.

⁴ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 4.

manipular la información y publicidad dirigida al público con el fin de desinformar o crear confusión sobre las calidades adictivas del tabaco”⁵.

De acuerdo a lo anterior, vale la pena preguntarse ¿por qué se acuñó este término en Estados Unidos? y ¿por qué la cultura norteamericana premia y acepta tanto a las personas que deciden delatar una conducta ilegal o una mala práctica, que presenciaron en su trabajo, junto a sus colegas y amigos? ¿son héroes o traidores?

2. Definiciones

Como anteriormente se mencionó el término *Whistleblower* proviene de la conjugación de los términos en inglés *whistle* y *blow*, ahora bien con respecto a la definición se pueden encontrar varias alternativas, aunque todas en el sentido de describir una conducta realizada por un agente (o ex agente) de una entidad o empresa, que considera como ilegales o indebidas ciertas conductas cometidas al interior de dicha empresa y que deben ser de público conocimiento.

Para el Comité de Normas Publicas del Reino Unido⁶, *Whistleblower* es “denuncia de irregularidades a través de una revelación por parte de un empleado (o profesional) de información confidencial que se refiere algún cambio, fraude u otra conducta ilegal o inmoral relacionada con su lugar del trabajo, proveniente del empleador o de sus colegas”⁷. (Traducción Libre)

El Oxford *English Dictionary* dice “Terminar una actividad de forma rotunda como si fuera por el sonido de un silbato”⁸, para el *Chambers Dictionary* es “dar información (usualmente a las autoridades) sobre prácticas ilegales, deshonestas o fraudulentas y el *Brewers Dictionary* dice “exponer a la prensa una mala práctica o encubrimiento en una empresa o entidad del gobierno”¹⁰ y por último, según una investigación sobre el tema denominada “*Whistleblowing Research: Methodological and Moral Issues*”¹¹, *Whistleblower* es una forma diferente de discernir.

Para *Roberta Ann Jhonson*, profesora de la Universidad de San Francisco, más que buscar una definición exacta a una palabra que no la tiene, se deben mirar unos elementos comunes, como; “1. Debe existir un acto consciente e individual encaminado a revelar información. 2. La información ha de ser transmitida a terceros ajenos que la hacen pública y de público conocimiento. 3. La información debe ser sobre una posible o actual irregularidad dentro de una

⁵ ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 2.

⁶ En inglés “Committee on Standards in Public Life”. Este comité es un órgano asesor del Gobierno del Reino Unido, fue creado en 1994 por el entonces Primer Ministro Británico Jhon Mayor, en respuesta a preocupaciones sobre conductos poco éticas de algunos Parlamentarios.

⁷ “Whistleblowing is the disclosure by an employee (or professional) of confidential information which relates to some change, fraud or other illegal or unethical conduct connected with the workplace, be it of the employer or his fellow employees”. North Lindsey College. *Whistleblowing (Public Interest Disclosure) Policy*. September 2011. Ref. POL0043

⁸ En inglés “Bringing an activity to a sharp conclusion as if by the blast of a whistle” Oxford English Dictionary, citado en la página de internet, <http://www.pcaw.org.uk/files/whistleblowingUNCAC.pdf>

⁹ Publicación especializada en hacer seguimiento y compilar las mejores firmas de abogados a nivel mundial.

¹⁰ Traducción libre, definición citada en la página web; <http://www.pcaw.org.uk/files/whistleblowingUNCAC.pdf>

¹¹ ELLISTON, Frederick, KENMAN Jhon, LOCKEHART Paula and SCAICK Jan Van. *Whistleblowing Research. Methodological and Moral Issues*. 1985. New York.

entidad 4. La persona que expone a la entidad no debe ser un periodista o un ciudadano ordinario, sino un miembro o ex miembro de dicha entidad”¹².

En este orden de ideas podemos decir que *Whistleblower* es aquella persona que decide transmitir una información privada o interna de una empresa, a terceros, sobre irregularidades que se cometen o cometieron al interior de la empresa o entidad del Gobierno donde trabaja o trabajaba.

Teniendo claro la historia y la definición del término “*Whistleblower*” miremos porqué esta conducta importa y por qué es considerada como una parte de la cultura Norteamericana.

3. Relevancia del *Whistleblowing*

El *whistleblowing* o la conducta de revelar información interna de una empresa que trasgrede las normas legales y morales, se vuelve importante para las organizaciones y personas, pues día a día empresas privadas y entidades públicas corren el riesgo de transgredir la ley y ser sancionadas severamente por ello. El riesgo puede ser que algún alimento de consumo humano contenga un ingrediente dañino que mate o un adictivo del que se desconozca, que al carro utilizado por centenas de personas le fallen los frenos, que la entidad prestadora de salud no cuente con los equipos idóneos para realizar procedimientos quirúrgicos o simplemente que la empresa para la cual se trabaja no cumpla con la norma tributaria y evada impuestos.

Cuando esos riesgos se materializan en empresas o entidades estatales, las primeras personas que lo detectan son las que trabajan en la organización, sin embargo aunque los empleados son los que podrían denunciar y aportar pruebas oportunas y pertinentes para evitar o reducir el riesgo, también son los que más podrían perder.

Si las organizaciones de todos los niveles y sectores no fomentan una cultura que declare y demuestre que es seguro y aceptable presentar una denuncia o alerta sobre una mala práctica ocurrida al interior de la empresa, los empleados asumirán que si lo hacen se enfrentarán a persecuciones y rechazos, que como resultado traerán la pérdida del empleo o un daño irreparable en la reputación y carrera profesional del empleado. La consecuencia segura de no implementar programas como el que nos atañe, es que los empleados permanecerán en silencio aun cuando sepan de un inminente peligro para la comunidad o desfalco del erario público. Ese silencio auspicia y protege a quienes trasgreden la ley.

En este orden de ideas, un empleado consciente del mal que podría evitar, un gerente preocupado por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que producen o una junta directiva dispuesta a recibir quejas y denuncias de sus empleados, deben de considerar como política empresarial implementar la figura del *whistleblowing*.

A lo largo de la historia y en años recientes hemos sido espectadores de grandes y exitosas operaciones policiales y militares que en parte deben ese éxito a informantes de las mismas organizaciones terroristas que acuden a la autoridad con información excepcional por su valor, que sin lugar a dudas en ocasiones constituye el primer ladrillo con el que se empieza a construir

¹² ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 3.

el andamiaje de una operación o el punto final a décadas de seguimientos e interceptaciones, en uno u otro sentido es esa información interna del ex miembro de la banda criminal la que en gran medida ayuda al éxito de la operación.

Sin embargo en las oficinas, empresas y/o lugares de trabajo la cultura, la ley, la costumbre y la práctica enseña que el trabajador debe ignorar la conducta indebida, el acto ilegal, el hecho inmoral y no levantar una queja o denuncia de forma interna o externa. La consecuencia de esto es que la gente buena, la que desea el bienestar de la comunidad se ve desanimada y desinteresada en denunciar o simplemente cuestionarse sobre las prácticas ilegales cometidas en su trabajo y en cambio anima a cierta clase de empleados y empleadores a pensar en el corto plazo, es decir en su interés personal, buscando formas de ascender y ganar más dinero o prestigio sin importar el interés colectivo de la empresa y de la comunidad en general. Y si bien esa conducta o cultura envidiosa y cortoplacista solo afecta al entorno empresarial en donde se presenta, si uno ve un poco más allá se da cuenta que ese silencio y por ende la falta de queja y de discrepancia, termina por afectar a la toda la sociedad. Si como sociedad auspiciamos la cultura del silencio, ¿qué ocurrirá cuando un ciudadano presencie la comisión de un delito? ¿Se quedara en silencio?

4. Cultura y valores pro-whistleblowing.

En Estados Unidos se acuñó el término, y es el lugar donde mayor número de normas se han expedido en su favor (como veremos más adelante) e inclusive en ocasiones sus historias han sido llevadas al cine, dándoles así un tratamiento de héroes dentro de la cultura norteamericana. Ante esto, la pregunta que uno debe hacerse es ¿por qué? ¿a qué se debe esta cultura pro *whistleblowing*?

Con el fin de poder entender y responder estas dos preguntas, miraremos varios factores que determinan la cultura pro-*whistleblowing*.

4.1. Cambio en la esencia misma de la burocracia

Según la Profesora Roberta Ann Johnson las personas con un alto grado de educación son más propensas a convertirse en whistleblowers. Sus valores éticos, morales y su vida dedicada al estudio o el prestigio que tienen derivado de sus exitosas carreras profesionales hace que al presenciar un acto ilegal dentro de sus empresas, lo denuncien con mayor facilidad¹³. Según Wakefield¹⁴ el servicio público está entrando en la era de la “especialidad, con expertos y tecnócratas”, con niveles de estudio avanzado y un gran conocimiento en las áreas en las que se desempeñan fruto de años de dedicación y trabajo. Siguiendo a Wakefield, esta clase de personas abordan los temas de la sociedad y del servicio público de forma diferente, al funcionario que durante años desempeñó el mismo cargo dentro de la Administración, en razón a que sus carreras no giran en torno a un interés político coyuntural sino a unos objetivos profesionales determinados.

En palabras de un delator “al ser formado y capacitado como un científico, más que como un político, nunca he encontrado las negociaciones como un mecanismo satisfactorio para

¹³ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 5.

¹⁴ WAKEFIELD Susan. “Ethics and Public Service: A case of individual Responsibility. Pag 36. 1976.

solucionar problemas”¹⁵. Lo anterior denota que para ciertos profesionales y sobre todo en algunas carreras existen unos códigos de ética que son la esencia misma de la carrera y profesión que de ser violentados por quien ha dedicado su vida a una profesión, sería como negar el esfuerzo y conocimiento que durante años ha profesado y adquirido, en definitiva de los “profesionales” se espera un nivel de comportamiento y de buenas prácticas más alto. Por lo tanto algunos profesionales pueden ser menos propensos a tomar decisiones basados en cálculos políticos o en intereses particulares que otros.

El Estado, sus entidades y funcionarios deben velar por el interés de la comunidad, es su obligación el adecuarse a los cambios constantes de la sociedad, por este motivo es un desafío para el aparato Estatal estar a la vanguardia de la nuevas tecnologías, alimentos, bebidas y medicinas producidas, negocios, transacciones financieras, intercambio de información solo por mencionar algunos ámbitos regulados por los Estados. En razón de ese constante cambio, las entidades del Estado no pueden quedarse durante de 10 años estáticas realizando las mismas funciones a través de los mismos procedimientos, sino que por el contrario la capacitación de personal así como la contratación de nuevos funcionarios refresca y actualiza a la organización. En este último punto es donde se ha abierto el campo para que nuevos técnico o profesionales con altos niveles de educación y experiencia entren a formar parte de organizaciones Estatales, dándoles un nuevo rumbo, con nuevas funciones, herramientas más audaces, intercomunicación más eficiente, mayores retos y sobre todos nuevas responsabilidades. Y precisamente en ese cambio, de pasar de lo antiguo y proscrito, a lo nuevo y actual es donde se han presentados innumerables casos de delatores, que encuentran una oportunidad más que propicia para delatar o hablar sobre prácticas ilegales que se vienen presentando al interior de la organización.

4.2. Normatividad que fomenta el *Whistleblowing*

En Estado Unidos, el *whistleblowing* es fomentado a través de diversas normas como un deber ético. De acuerdo al “*Ethics in Governmet Act*”¹⁶ las Agencias Federales deben capacitar en orientación ética a todos los empleados públicos. En estas capacitaciones que se deben realizar al menos una vez por año los empleados deben ser informados sobre su deber de informar, delatar, divulgar fraudes o abusos a las autoridades correspondientes.

El Código de ética para el servicio de gobierno de 1980 (*Code of Ethics for Government Service*) fue aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente Reagan, obligando a todas aquellas personas que trabajen en el servicio público “a poner su lealtad al más alto nivel moral, incluso de la lealtad a personas, partido o dependencia o entidad para la que trabaja”¹⁷. (Traducción libre)

Según esto, todo funcionario debe considerar la lealtad como el deber moral más importante, pero lealtad entendida como la consecuencia de las acciones perpetuadas y compromiso con las funciones legalmente atribuidas, más que lealtad a personas, partido y a la misma entidad para la que se trabaja.

¹⁵ PEARSONS. Citado en FROME MICHAEL. *Blowing the Whistle on Waste*. Pag 50. 1978.

¹⁶ “Ley sobre Éticas en el Gobierno” de 1978 regulado mediante la orden ejecutiva del Gobierno Federal No. 12731 de 1990.

¹⁷ Comité en defensa de la competencia del Senado de Estados Unidos. Citado ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 6.

Pero aún más allá, en 1980 y en virtud al Código de Ética, se crearon las líneas calientes (*hotlines* en inglés) en cada una de las Agencias Federales con el propósito de incentivar el *whistleblowing* y proteger a quienes se atrevían a hacerlo. La creación de estas líneas fue algo bastante novedoso y arriesgado para la época, puesto que instituía como política del Estado y de cada una de las Agencias la protección al delator, en otras palabras, la misma agencia protegía y fomentaba que personas vinculadas a la misma pudieran llamar y denunciar prácticas ilegales, presentadas al interior de esta.

En su el libro *Whistleblowing When it Works and Why*, la Profesora Jhonson señala que desde su creación las *hotlines* han probado ser una herramienta eficaz y segura con la que cuentan los delatores para denunciar, divulgar o informar prácticas ilegales. En 1993 se llegó inclusive a reforzar y motivar el uso de las mismas mediante el programa “*National Performance Review*” patrocinado por el entonces vicepresidente Al Gore, mediante el cual se invitaba a los ciudadanos a llamar a un número y reportar fallas o conductas contrarias a la ley por parte de servidores públicos. El resultado del programa fueron, más de 30.000 llamadas a *hotlines* denunciando ilegalidades al interior de entidades estatales. Gracias a esto se abrieron un sin número de investigaciones que dieron como resultado la recuperación de miles de millones de dólares que se estaban evadiendo en impuestos, la apertura de investigaciones penales y disciplinarias a varios funcionarios públicos y lo que es más importante la recuperación de la confianza por parte de los ciudadanos en su Gobierno.¹⁸

Además de leyes que obligan a implementar culturas *pro-whistleblowing*, o normas como los códigos de ética y buenas conductas, otra ley que fomenta esta práctica es la “*false claim act*” también llamada *Lincoln Law*, la cual es considerada como la herramienta jurídica por excelencia para demandar y recuperar dineros públicos mal usados o defraudados por funcionarios públicos o contratistas del Estado. La norma expresamente establece que la persona que denuncie actividades irregulares o ilegales dentro de su empresa, podrá recibir entre el 15%-25% del dinero que la Agencia Federal recupere. Este monto sin lugar a duda motiva a empleados a delatar. “decir que nunca pensé en una recompensa económica, sería absurdo” son palabras de *Pat Shull*, un delator que recibió 25 millones de dólares por denunciar un delito en el *Bank Of America* en 1998¹⁹.

Una cifra que evidencia la magnitud de esta figura en Estados Unidos, es que a la oficina de “Administración de Seguridad y Salud Ocupacional” (siglas en inglés OSHA) recibió 2.648 denuncias de whistleblowers en el 2011 y 2.785 en 2012, lo cual demuestra que la tendencia de las denuncias es a mantenerse o crecer. En el marco de la ley Sarbanes-Oxley, la cual estudiaremos más adelante, que regula la actividad del sector bursátil en Estados Unidos, las denuncias presentadas por delatores aumentaron de 136 en 2011 a 164 en 2012²⁰. Y de acuerdo con Jonathan S. Sack y Ester Murdukhayeva²¹, en su artículo titulado en inglés “Litigation: To the tune of 3 billion, Whistleblower claims are on the raise” el departamento de Justicia reportó

¹⁸ ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. pág. 107.

¹⁹ ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. pág. 9.

²⁰ Cifras tomadas de la página web; <http://www.law360.com/articles/411059/whistleblower-cases-on-the-rise-osha-stats-show>

²¹ SACK JONATHAN S. Y MURDUKHAYEVA ESTER. Artículo Titulado “Litigation: To the tune of 3 billion, Whistleblower claims are on the raise”. Mayo 16 de 2013. Publicado en la pagina web. www.JDsupra.com

que durante el año 2012 recuperó cerca de 3.3 billones de dólares en acuerdos y sanciones derivadas de denuncias presentadas por whistleblowers.

4.3. Normas en contra de la retaliación

Fomentar la denuncia o la divulgación de información por parte empleados sobre las irregularidades cometidas al interior de sus empresas, no sería posible si no existiera un arsenal de normas en contra de la retaliación a la que pudieran ser sometidos quienes deciden salir con información a la luz pública

Para quien acostumbra a quebrantar la ley, fomentar la figura bajo estudio resultaría altamente perjudicial, pues sería abrirles las puertas a las autoridades para que investiguen sus actividades en virtud de las denuncias de sus propios empleados. Conociendo la animosidad que puede generar una denuncia instaurada por un trabajador ante una autoridad competente, las leyes que fomentan el whistleblowing también se ocupan de evitar cualquier tipo de retaliación en contra del trabajador y sus familia, es por esto que el Congreso de los Estados Unidos, así como los cuerpos legislativos y gubernamentales de cada Estado, han implementado una serie de medidas para proteger al *Whistleblower*.

Desde finales de los 60's hasta nuestros días, el Congreso Federal y el Gobierno Federal han aprobado y sancionado un sin número de leyes en las cuales se incluyen disposiciones tendientes a proteger a aquellas personas que delatan e informan a las autoridades competentes sobre prácticas ilegales. Para los legisladores así como para el Gobierno se volvió costumbre incluir en los proyectos de ley, capítulos especiales para que los empleados tengan la posibilidad y sobre todo la protección y no retaliación por parte de sus empleadores o compañeros cuando deciden hablar.²²

Este esfuerzo no solo es a nivel nacional, los Estados Federales también han creado normas proteccionistas contra de la retaliación laboral y social. “Veinte Estados tienen estatutos que protegen a empleados de sector público de retaliaciones por reportar conductas ilegales y diez estados han expedido estatutos protegiendo el *whistleblowing* tanto en el sector público y privado. Para 1999 casi todos los Estados brindaban alguna clase de protección a los delatores y en todos los estatutos existen medidas encaminadas a evitar la retaliación”²³.

4.4. Apoyo de Organizaciones e Instituciones

A continuación pasaremos a estudiar varias instituciones que han fomentado la proliferación de delatores.

4.4.1. Medios de Comunicación.

²² Algunos ejemplos de leyes que protegen a los whistleblowers son; 1. Ley de Aire Limpio (42 U.S.C §7622) 2. Ley de Protección Financiera de los consumidores (Consumer Protection Act 2010 12 U.S.C.A §5567) 3. Ley de seguridad ferroviaria (49 U.S.C. §20109) 4. Ley de Agua Potable Segura (42 U.S.C. §300J-9i) 5. Ley Sarbanes-Oxley. 6. Ley de control de sustancias toxicas (15 U.S.C. §2622).

²³ EGAN, THOMAS E. 1990. “Wrongful Discharge and Federal Preemption: Nuclear Whistleblower Protection Under State Law and Section 210 of the Energy Reorganization Act” Boston College Environmental Affairs Review 17 Pág. 405-440.

Los medios de comunicación (prensa, radio y televisión) han fomentado y perpetuado en el imaginario norteamericano la figura del *whistleblowing*. El ejemplo retratado en la película *The Insider*, en el cual un periodista de la reconocida y afama cadena CBS, persuade a un científico para que aparezca en el programa 60 minutos y cuente la historia sobre las continuas negativas por parte de un productor de tabaco en la búsqueda y producción de un cigarrillo más seguro, y por el contrario la orden de investigar componentes para crear más adicción en los consumidores de cigarrillo, muestra como el poder de los medios de comunicación ayuda a masificar una información relevante para la ciudadanía, con el resultado de evitar un riesgo futuro o para un riesgo presente. La nueva ola de periodistas, más críticos al gobierno e independientes a los grandes conglomerados económicos, así como la proliferación de redes sociales en donde cada ciudadano puede escribir y denunciar distintas actividades, ha generado un gran número de noticias e historias sobre personas que deciden hablar y denunciar las actividades ilegales que presencian en virtud de sus trabajos.

En ocasiones la continua cobertura periodística permite a los delatores ganar credibilidad y legitimidad, mientras estimula y persuade al público.

4.4.2. Tripartición de poderes.

El sistema de tripartición de los poderes permite que en ocasiones y en virtud de la teoría de frenos y contra pesos, que un poder vigile y controle otro poder, en otras palabras, el congreso puede citar a debates de control político a miembros del ejecutivo para que expliquen su posición frente a temas de su cartera. O el poder judicial es quien juzga a miembros del ejecutivo y legislativo y a su vez el ejecutivo tiene comités para la rendición de cuentas de las ramas legislativa y judicial²⁴.

Los delatores que divulgan información, en muchas ocasiones ostentan la calidad de “testigos estrella” quienes aportan pruebas oportunas, necesarias y pertinentes para que los poderes se controlen.

Por este sentido, en el mismo Congreso Federal, el cual como es natural y por la coyuntura política (solo existen dos partidos) especial de Estados Unidos ha usado información proveniente de los delatores, para controvertir las políticas y decisiones del Gobierno de turno, han discutido y aprobado, como se anotó anteriormente, un gran variedad de normas que protege a los *whistleblowers*. Prueba de la anterior afirmación son dos estatutos que aprobó el Congreso en 1998 que protegen a testigos en audiencias celebradas por el poder legislativo y otra que específicamente garantiza a empleados públicos del nivel federal el derecho y deber de brindarle información a los miembros del congreso, para ser utilizada en las audiencias²⁵.

4.4.3. Organizaciones Ciudadanas.

El tercer actor que es fundamental en la protección y proliferación de delatores, son las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que se han venido creando en los últimos años en los Estados Unidos, las cuales ayudan, estimulan, forman y en ocasiones asesoran y

²⁴ ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. Pág. 13.

²⁵ Los estatutos aprobados por el Congreso de Estados Unidos responden al numero; 1) 18 U.S.C 1505 y 2) 5 U.S.C. 7211.

protegen en los estrados judiciales a delatores judicializados en virtud a la información que suministraron.

La creación de este tipo de organizaciones, no se limite a la unión de un grupo de personas con intereses comunes hacia la protección de los *whistleblowers*, también se presenta que dentro de los mismos gremios que representan los intereses de un sector determinado (gremio de los comerciantes, industriales, médicos, científicos, farmacéuticos etc.) se hace lobby en el congreso y con sus propios afiliados para que incluyan en la normatividad que los rige, disposiciones tendientes a la protección del delator. Dos ejemplos de esto son la Asociación de Profesores Universitarios de América (AAUP) y la Asociación de Científicos de América (AAAS)²⁶ quienes instituyeron la protección del *Whistleblower* como una meta más de su razón de ser, que a su vez comprende asistencia en como divulgar información y a quien, así como protección a quienes han sido despedidos o disciplinados de alguna forma en virtud de la información suministrada.

Otro tipo de organizaciones, se enfocan no en la profesión de la persona, sino en temas de interés público trascendentales, es el caso de "*Taxpayers Against Fraud*" quienes se especializan en divulgar información sobre evasiones o desfalcos al erario público. Del mismo modo ocurre con organizaciones no gubernamentales que vigilan e informan al público y sobre todo a los medios de comunicación sobre prácticas irregulares en el sector de la salud y defensa nacional.

Hoy en día la organización no gubernamental, más importante en asistencia y protección de *whistleblowers* es el *National Whistleblowers Center*, creado a mediados de los 90's con sede en Washington D.C. Ofrece información y servicios, como seminarios, periódicos, información acerca del debido proceso, beneficios económicos y normas relativas a la no retaliación, jurisprudencia de la Corte Suprema, un folleto sobre posibles dificultades sobrevenientes y un periódico en el que se informa los últimos casos de *whistleblowing*, así como un boletín mediante el cual se comunica a los suscriptores de abogados que los pueden asesorar en los procesos que se adelanten por este tema.

Ahora bien, el gobierno nacional también tiene agencias encargadas fomentar, asesorar, y proteger a los funcionarios públicos que deciden de manera unilateral convertirse en *whistleblowers*.

En 1977 se creó "*The Government Accountability Project*" el cual tenía como objetivo asistir a los *whistleblowers* que decidieran retar políticas o prácticas que pusieran en peligro la salud, el medio ambiente y/o la defensa nacional. Dentro de sus funciones se encuentra el acompañar a los delatores, brindando asesoría legal, ayudar en la celeridad de investigaciones, exponer prácticas ilegales o fraudes y fortalecer todo tipo de legislación acerca de *whistleblowers*. Cuenta con un presupuesto de 2 millones de dólares y a lo largo de sus años de existencia ha ayudado a miles de delatores con asistencia legal. Hoy en día esta organización gubernamental es respetada y considerada por miembros del poder ejecutivo, legislativo y judicial, como una entidad técnica en cuanto a corrupción e información interna se trata.

4.5 Valores culturales

²⁶ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 14.

Quizá el factor más importante en el auge del *whistleblowing* en Estados Unidos en los últimos años es el cambio en los valores culturales de sus ciudadanos. La lealtad siempre ha sido considerada como un valor supremamente importante de la cultura americana (Branch 1979; 232), ya sea en el jardín infantil, en la práctica de algún deporte en equipo o en el lugar de trabajo del sector público o privado, el compañerismo y el sentido de camaradería está presente. Algunos han llegado al extremo de decir que la lealtad es extremadamente importante en entidades públicas porque "el empleado desleal puede herir el interés colectivo de la organización dañando su imagen pública, la cual en ocasiones es de la que depende una entidad"²⁷.

A medida que el número de delatores crece, en razón al cubrimiento de la prensa, a los debates en el Congreso, y ha investigaciones adelantadas por autoridades competentes en virtud de la información entregada, la visión de la sociedad en general cambia del negativismo al positivismo, convirtiendo de alguna manera a los "soplones" en héroes, merecedores de adaptar sus historias a guiones para series de Televisión y cine. Ejemplo de esto es el caso de *Jeffrey Wigand* quien fue popularmente retratado como héroe, primero en un programa de televisión (*60 minutes*) y luego en una película protagonizada por *Al Pacino* (*the insider*) por haber divulgado información sobre el daño y adicción del cigarrillo sobre el ser humano.

La individualidad tomada como valor, también es parte fundamental de la cultura Americana. De igual forma este valor ha sido estimulado y glorificado por los medios de comunicación y por estudios científicos que enfatizan en el aislamiento personal al que se ve sometido un individuo cuando decide informar acerca de los hechos ilícitos que están ocurriendo al interior de la empresa para la cual trabaja. En palabras de *Wigand* "un individuo se puede parar y hacer una diferencia"²⁸.

Otro factor importante en la actitud de la gente frente a los delatores, es la falta de credibilidad y respeto que tienen en su gobierno y en las políticas que dé el se desprenden. En numerosas ocasiones, el gobierno nacional pierde la aprobación de sus ciudadanos, por las malas decisiones que toma, por no cumplir las promesas que se hicieron en campaña o por la falta de control y exceso de corrupción que se presenta al interior de sus instituciones. Cuando esto ocurre el ciudadano ve como un héroe y no como un traidor, a quien siendo parte del ejecutivo sale a la luz pública y habla sobre la imprudencia e improvisación que acompaña la toma de decisiones. En este escenario el delator, se convierte en testigo de primera mano de lo que a gritos se dice en las calles por ende se convierte en un cómplice en una causa común más que en un simple soplón.

Un tercer elemento que muestra el cambio de las personas hacia los delatores, es que en la mayoría de los casos, los temas en los que se presentan denuncias o se divulga información, son de gran importancia para los ciudadanos. La salud, pensiones, impuestos, defensa nacional, investigación y justicia son los temas más divulgados por delatores. Por lo tanto, la conducta e información suministrada por el delator no solo lo beneficia a él, sino que más bien está evitando

²⁷ BRANCH Taylor. *Courage Without Esteem: Profiles in Whistle-blowing*. Editado por Charles Peters and Michael Nelson. 1979 Rinehart and Winston.

²⁸ ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 16.

en algunos casos o informando sobre un riesgo para la sociedad, en otras palabras, al exponer estos temas el *Whistleblower* le está sirviendo a la sociedad.

El último elemento que hemos identificado como posible causa de la aprobación por parte de los ciudadanos norteamericanos de los *whistleblowers*, son los numerosos escándalos y catástrofes que se han presentado en los últimos años en ese país. Es costumbre iniciar investigaciones después de ocurrida una catástrofe con el objetivo de determinar las causas de la misma y si llegare a ser necesario iniciar investigaciones con el fin de atribuir responsabilidades jurídicas por los daños causados. Dentro de estas investigaciones siempre es bienvenido el testimonio de un “soplón” pues sería de gran ayuda para esclarecer la verdad, al tener información interna, sobre las razones que desencadenaron los hechos sujetos de investigación. Ejemplo de lo anotado es lo ocurrido con *Sherron S. Watkins*, vicepresidente de la compañía estadounidense *Enron*, que colapso en el 2001 inmersa en escándalos por prácticas corporativas cuestionables, por ocultar la verdad en sus estados financieros, con el fin de evidenciar una situación financiera viable y atraer mayores inversionistas cuando en realidad la situación era financieramente insostenible, quien durante una audiencia de control político en el Congreso relató, como se había tramado el ocultamiento de información. Su testimonio claramente se convirtió en el centro de la investigación y gracias a él se encontró y castigó a los responsables de este escándalo²⁹.

Otro ejemplo es lo encontrado por el comité del Congreso designado para investigar los hechos del 11 de septiembre. Durante la investigación adelantada por los congresistas, se encontró numerosas llamadas de empleados de aeropuertos, en las que se alertaba de las falencias en la seguridad y los riesgos que se podían presentar. En el mismo sentido, fueron numerosas las llamadas de operarios de torres de control, en donde sostenían que no existían medios idóneos y seguros para comunicarse con otros aeropuertos y/o fuerzas especiales en caso de una emergencia³⁰.

Ejemplos como los anteriores, demuestran que de haberse tomado como fundadas las llamadas o las denuncias de *whistleblowers*, tal vez su hubieran podido evitar los hechos ocurrido o al menos matizarlos un poco, lo cual denota la importancia de la figura que estudiamos en los temas que interesan a la sociedad, pues en materia de defensa nacional, sector financiero, educación, salud, transporte abra quien quiere levantarse y alzar su voz, frente a un hecho ilícito consumado o que pudiera poner en peligro a la sociedad sin justa causa.

5. Convertirse en un *Whistleblower*

Construir guarniciones militares dentro de las ciudades, verter desechos tóxicos cerca a la población civil, comercializar productos inseguros y drogas nocivas para la salud, mentir en las declaraciones tributarias para pagar menos impuestos, tomar decisiones corporativas violando la legislación nacional, son ejemplos de escándalos que se han destapado en los últimos años alrededor del mundo. En ocasiones actos como estos provienen del interior del Gobierno, del sector corporativo o simplemente de las personas encaradas de tomar decisiones, sin embargo la burocracia ayuda a evitar encontrar los responsables, puesto que una decisión o la elaboración de

²⁹ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 18.

³⁰ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 20.

un producto pasa por muchas manos antes de ser terminado, y al momento de buscar quien fue el que hizo mal su trabajo o tomo una mala decisión la tarea se vuelve bastante compleja.

Las entidades Estatales y las empresas del sector privado estan organizadas de forma piramidal, es decir, en la cabeza de la organización hay pocas personas que toman las decisiones más importantes, después siguen los funcionarios de rango medio, que toman decisiones del día a día, en base a los lineamientos de sus superiores y en tercer y último nivel de la pirámide están los demás funcionarios, los cuales prácticamente no tienen injerencia en la decisiones del empresa y solo se dedican a ejecutar lo que se le ordena.

Este tipo de organización hace que sean unos los que toman decisiones y muchos lo que ejecuten, así las cosas, cuando prueba que existió una práctica ilegal, es supremamente complicado saber si fue una orden del nivel superior, del nivel medio, de los dos conjuntamente o si por el contrario fue una decisión de alguno de los funcionarios de rango bajo y que nadie lo supervisó o si lo hizo no lo controló. En este punto es donde empleados o funcionarios que desapruaban el actuar al interior de su organización deben salir a la luz pública y divulgar lo que han presenciado, para que sea investigado por las autoridades correspondientes y así evitar un riesgo futuro o conjurar uno actual.

Sin embargo esa decisión de salir e informar sobre las actuaciones de sus colegas y amigos de trabajo no es una tarea fácil, puesto que por hacerlo seguramente van a tildar a la persona de traidor, soplón, desleal, mal amigo e inclusive podrá sufrir presiones en contra de su persona y de su familia. Por esto una de las definiciones de *whistleblowing* que vimos al inicio de este trabajo investigativo, decía que es una forma de “discernir con coraje”.

Si bien las leyes y las autoridades encargadas de hacerlas cumplir buscan proteger a quien decide hablar de represalias laborales (despidos sin justa causa, persecución, acoso, no permitir ascensos sin justa causa), lo cierto es que la reacciones, desde el punto de vista interpersonal pueden ser bastante negativas, y serán desde el rechazo, hasta las burlas, el irrespeto, la desconfianza y las habladurías a espaldas. Estas reacciones humanas, nunca serán reguladas por el ordenamiento jurídico, por lo tanto nadie podrá evitarlas, solo podrán ser asimiladas y superadas por el delator que las padece.

Por esta razón convertirse en un delator, es un negocio arriesgado para quien lo decide hacer. Pero a pesar de eso, hay quienes siguen adelante, las preguntas que cabe hacerse es; ¿por qué lo hacen? ¿qué los motiva a tomar esa decisión?

6. Entendiendo al *Whistleblower*

La intención de este acápite es entender la mentalidad y el proceso que lleva a la toma de la decisión de delatar a la empresa para la cual se trabaja. Para este fin debemos empezar por explorar el sentimiento de lealtad.

Es anomalo ver un caso de *whistleblowing* en donde las partes interesadas no traigan a colación el tema de la lealtad y deslealtad. Cuando las personas se sienten leales a un amigo, colega u organización para la cual trabajan se debe a un vínculo que se crea entre uno y otro. El ser humano es criado conociendo el deber y el valor de la lealtad hacia su familia, amigos,

compañeros de clase e inclusive mascotas y desde temprana edad los niños en sus juegos, aprenden a castigar al desleal. A ese inmediatamente se le asila y rechaza del grupo, se le considera un “sapo” y se le trata como tal. Esas experiencias que vivimos a temprana edad nos enseñan que para tener amigos o para pertenecer a un determinado grupo se debe ser leal.

Al trabajar se experimenta una sensación semejante, es decir, hay entre los colegas un sentimiento de camaradería y de amistad, en el cual se confía plenamente en el otro, por lo tanto se presume que los colegas son leales entre si y leales a la organización que representan.

Pero también se crece sabiendo que hay una forma de hacer “bien” o “mal” las cosas y que no todo vale, que hay reglas en el juego, en la casa, en el colegio y en la vida que estamos predestinados a seguir y que al quebrarlas algo malo sucederá.

Así las cosas nos encontramos ante la disyuntiva de dos principios que desde niños se nos enseñan, “la lealtad” y hacer el “bien”, esto nos lleva a otro dilema moral, ¿debemos ser leales a nuestros colegas, empresas y empleadores o más bien debemos ser leales al interés público? A esto lo podíamos llamar un conflicto de lealtades.

El profesor de la Universidad de Harvard, *Josiah Royce* en su libro *La Filosofía de la Lealtad* trató de inspirar a las personas a apreciar la lealtad. Él describía la lealtad como “la devoción que se tiene a una causa” y en su libro la considera como un término relativo, porque su valor en ultimas proviene de la causa a la que se decide ser leal³¹. *Royce* confía en que el individuo entienda la importancia de decidir lealtad y lo que es esperado socialmente de él. Una de las mayores contribuciones de *Royce* en su momento fue la de introducir la noción de lealtad vs lealtad, en su libro, cita varios ejemplos en los que la persona se encuentra frente a un panorama en donde debe elegir que lealtad prefiere frente a la otra, o dicho de otro modo, debe elegir a quien le es desleal. Sin embargo la solución que él encuentra empieza desde la definición que plantea. Como se dijo, la lealtad es definida como la “devoción que se tiene a una causa”, por lo tanto la lealtad es una y las causas son muchas, así la persona no debe decidir que lealtad es más importante, es decir no debe violar un principio de vida por otro principio, sino que debe pesar cual causa es más importante, y a cual causa le debe ser más leal.

En este orden de ideas y según lo manifestado por *Royce*, el delator debe sopesar a que causa le es más leal, si a su empresa, su carrera, su profesión, familia, amigos, colegas, interés común, una vez tenga claro a que causa le es más leal, debe actuar de conformidad.

7. Calculando las Consecuencias

En el análisis subjetivo e interiorizados que hace el *Whistleblower* antes de tomar la determinación de hacer la información pública, debe pensar en las consecuencias de su actuar, puesto que desde el punto de vista persona-emocional y financiero la ganancia por el simple destape de una conducta ilegal no está garantizado.

No es ilógico pensar que una porción significativa de las personas que presencian o conocen de actividades ilícitas internas, decide callar y no acudir a las autoridades, porque al medir las

³¹ ROYCE Joshua. *The Philosophy Of Loyalty*. Citado en ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. Pag 42-47

posibles consecuencias de sus actos, el resultado fue demasiado arriesgado como para hacerlo. No todos los seres humanos asimilan la presión y riesgo de forma semejante, algunos les gusta la tranquilidad y monotonía diaria, mientras que otros son más arriesgados y audaces. Tal vez por esto es que las normas que fomentan el *whistleblowing*, lo hacen desde el punto de vista de un deber moral y no lo convierten en una obligación legalmente instituida.

Si bien es cierto que las consecuencias en torno a la familia, carrera, profesión y bienestar personal son importantes y merecen ser tenidas en cuenta antes de tomar una decisión, no menos importante es la implicaciones legales (penales y disciplinarias) que un delator puede tener si lo que divulga no es ilícito ni contravencional y por el contrario hace parte del secreto empresarial o de aquello que conoció en virtud del cargo que ocupó y que no se puede revelar so pena de incurrir en una posible sanción.

Para evitar esto la filósofa Sueca Sissela Bok³² en su ensayo "*Blowing the Whistle*"³³ sugiere tres elementos que debe tener en cuenta el delator antes de proceder a divulgar la información, veamos.

7.1 Discernir

El tema sobre el cual el delator discierne, es estrecho pues debe ser sobre negligencias, abuso, ilegalidad y alguna conducta que implique riesgo potencial y/o actual para el público. Al ser conscientes que su inconformidad es sobre uno de los temas mencionados y que tiene como finalidad salvaguardar un interés legítimo de la sociedad o de sus miembros, la decisión final no debe desviarse de ese objetivo. Así el delator debe pensar en ¿qué tan grave es la falta? ¿a quién afecta? ¿qué tan precisos son los hechos y la información que conoce? ¿qué tan responsables son aquellos a los que se acusa de la falta?

7.2 Lealtad

Para Bok el hecho de delatar alguien implica deslealtad con los colegas y empresa para la cual se trabaja, por lo tanto debe ser un recurso de última necesidad. Sin embargo considera que si es una opción cuando no hay tiempo para denunciar el hecho ilícito a través de los canales normales (autoridades competentes) por la inminencia del riesgo o cuando las entidades son tan corruptas no permitirían que alguno de sus empleados denuncie actos ilegales. Uniendo lo anterior, con lo planteado anteriormente por el profesor Royce, la persona debe preguntarse a que causa le es más leal, y dependiendo de la respuesta que encuentre en su interior deberá proceder a actuar.

7.3 La Acusación

Acusar a una persona natural o jurídica de cometer un acto ilegal, implica responsabilidad. La figura del *whistleblowing* no está diseñada para ser usada como método de venganza o represalia

³² Filósofa sueca hija de dos premios nobels, Gunnar Myrdal quien ganó el premio Nobel de Economía en 1974 y Alva Myrdal quien ganó el Premio Nobel de paz en 1982.

³³ BOK Sissela. *Blowing The Whistle in Public Duties: The Moral Obligation of Governmet Officials*. Ed. Joel Fleishman. Harvard Press 1981. Pag. 32

en contra de algún colega, jefe o empresa, ni mucho menos como una herramienta que atente contra el buen nombre de una persona.

Por eso, antes de divulgar información el delator debe saber sobre a quién va a recaer su acusación, la veracidad de la misma, si el público debe conocer o no la información, y debe saber que todo lo que diga lo va hacer responsable y no podrá escoger el anonimato.

Bok plantea la siguiente lista de acuerdo a los tres elementos mencionados anteriormente;

Discernir, cuando el *Whistleblower* considera que su discernimiento va a conseguir algún beneficio para la sociedad, se debe preguntar:

1. ¿Cuál es la naturaleza del beneficio prometido?
2. ¿Qué tan precisos son los hechos?
3. ¿Cuál es la gravedad de la conducta antijurídica?
4. ¿Qué tan inminente es el peligro?
5. ¿Qué tan cercanos son los acusados a la conducta antijurídica?

Lealtad, cuando el *Whistleblower* debe ser desleal a la empresa para la cual trabaja en orden de divulgar la información, debe preguntarse;

1. ¿Divulgar la información es la última alternativa?
2. ¿Queda tiempo para usar los canales rutinarios de denuncia?
3. ¿Existen canales internos para denunciar?
4. ¿Los canales internos de denuncia son corruptos?

Acusación, cuando el *Whistleblower* está acusando públicamente a otro, se debe preguntar;

1. ¿Son justas las acusaciones?
2. ¿El público tiene derecho a saber?
3. ¿Cuáles son los motivos detrás de la acusación?
4. ¿Seré responsable en lo que digo?

34

8. Espectadores Apáticos

Este es el nombre que la doctrina Americana le ha dado un grupo de personas que presencian conductas ilegales y/o que tienen información amplia y fidedigna sobre algún fraude y sin embargo deciden quedarse en silencio sin hacer nada.

El término “espectador apático”³⁵ se empezó a usar en la década de los 60’s por las crónicas periodísticas sobre el asesinato de *Kitty Genovese*. En 1964 en el barrio de *Queens* (Nueva York), *Kitty Genovese* fue asesinada afuera de su apartamento, el asesino duro media hora pegándole y arrastrándola por la acera de la calle, incluso el asesino tuvo tiempo para dejar la escena del crimen y volver para rematarla y asegurarse de la muerte de ella. Los gritos de la Joven podían oírse en toda la cuadra y fueron numerosos los vecinos que se asomaron a sus ventanas para ver lo que pasaba, sin embargo nadie se movió para ayudarla o para llamar a la

³⁴ BOK Sisela. *Blowing The Whistle in Public Duties: The Moral Obligation of Government Officials*. Ed. Joel Fleishman. Harvard Press 1981. Pag. 33

³⁵ Bystander Apathy en inglés.

policía. ¿Cómo puede ser que un grupo de personas presencian un crimen y nadie hace nada?³⁶ Esta conducta pasiva de los vecinos de la joven asesinada brutalmente, ha dado pie para varios estudios sobre la conducta humana y para acuñar el término de “espectadores apáticos”.

Dos factores ayudan a entender como personas buenas presencian conductas ilegales y se quedan quietos o en silencio. El primero es que algunas emergencias son ambiguas y deben ser interpretadas de algún modo por el espectador para ser considerada como emergencia, en otras palabras, lo que puede ser una emergencia para mí no lo puede ser para otra persona y viceversa. El segundo factor es que si otros se muestran desinteresados, probablemente hará que uno se desinterese también (uno se avergonzará si es el único en reaccionar). Entre más grande sea el público que presencia un hecho, es más probable que nadie haga nada³⁷.

Por lo tanto en la mente del delator además de pensar en las consecuencias personales, familiares, económicas y profesionales, su decisión final de una u otra manera va estar influenciada por el actuar del grupo de personas que trabaja alrededor de él y conoce los mismo hechos que pretende divulgar.

Los elementos anteriormente expuestos denotan que ser un *Whistleblower* no es una decisión fácil de tomar, por lo que antes de convertirse en uno se deben pesar los pros y los contras, además de las presiones a las que deberá afrontar para resistir hasta el final en su propósito de divulgar y denunciar conductas ilegales.

³⁶ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 50.

³⁷ ANN JOHNSON Roberta. Whistleblowing, When it Works and Why. Ed. Rienner United States, 2003. Pág 49.

Capítulo II

Leyes y Programas que Recompensan al *Whistleblower* en Estados Unidos

Teniendo claro los orígenes, definiciones, importancia y algunos aspectos sobre el funcionamiento de la figura del *whistleblowing* en USA, este capítulo abordará en más detalle las normas jurídicas en las que se fundamenta la figura y el proceso contencioso que se inicia y debe terminar con el rescate de dineros públicos y la recompensa al delator que divulgo la información, para conseguir ello.

Con el propósito de hacer más clara la explicación, este capítulo se dividirá en cinco acápites, de la siguiente forma: en primer lugar se hablará del “*false claim act*” o ley Federal sobre Reclamaciones falsas. Luego se abordará el programa de recompensas del departamento de justicia, por medio del cual el Estado logra recuperar grandes sumas de dinero con base a la información divulgada por *whistleblowers*, a su vez estos reciben una recompensa por su labor y ayuda. En tercer lugar se estudiará el sistema implementado hace pocos años por la entidad encargada de recaudar los impuestos en Estados Unidos (IRS por sus siglas en inglés) para que los delatores se acerquen a sus oficinas y entreguen informaciones sobre contribuyentes que evaden o eluden impuestos. En cuarto lugar se mencionará, las diferentes leyes que existen a nivel estatal que al igual que las federales recompensan e incentivan a los delatores. Y en quinto lugar, se estudiará la última ley sobre el tema, sancionado por el presidente Barack Obama y mediante la cual se protege e incentiva a las personas que trabajan en el sector financiero a que delaten las conductas contrarias a derecho que se implementan en las empresas para las que trabajan.

1. Ley sobre Reclamaciones Falsas³⁸

Una de las herramientas jurídicas más poderosas y eficientes con las que cuenta el Gobierno Federal de lo Estados Unidos para combatir el fraude es la Ley sobre Reclamaciones Falsas, cuyo objetivo es sancionar a quienes defraudan al gobierno, mediante el cobro excesivo de bienes o servicios prestados, cobros no adeudados y/o por beneficiarse en dinero, de programas Federales sin estar legitimado para ello. Como sanción, la ley establece que quien sea encontrado culpable deberá pagar, tres veces lo apropiado indebidamente.

En palabras del abogado *Joel Hesch*³⁹ la ley de reclamaciones falsas, fue diseñada para disuadir a las empresas de engañar al gobierno y golpearlas duro en el bolsillo si no cumplen con lo legalmente establecido.

La False Claim Act (por su nombre en inglés) es conocida dentro del ámbito jurídico norteamericano como “Lincoln Law” (ley de Lincoln), eso se debe a que durante la Guerra Civil Estadounidense, al gobierno se le cobró por bienes sin valor o en algunos casos inexistentes, Abraham Lincoln aterrado al conocer que algunos ciudadanos robaron al gobierno en tiempos de

³⁸ False Claim Act. 31 U.S.C. §§ 3729–3733

³⁹ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pág. 39

guerra, promulgó una ley mediante la cual el gobierno podía sancionar a los que defraudaban a la administración, por una suma de dos veces lo defraudado.

En la norma aludida, se dio la oportunidad para que aquellos ciudadanos que conocieran sobre actividades fraudulentas en contra del Estado, pudieran recibir una recompensa por acudir a las autoridades con información oportuna y pertinente para iniciar una investigación. En ese entonces se le daba al delator hasta el 50% de lo recuperado por su información y acompañamiento dentro del proceso. De la misma manera la ley creó la figura mediante la cual un ciudadano particular podía iniciar una acción civil en nombre del gobierno, en contra de quien presuntamente defraudaba programas amparados, vigilados o credos por leyes federales.

La acción promovida por los ciudadanos fue llamada “qui tam” que en latín significa “el que sigue un asunto en nombre del Rey, como si fuera de sí mismo”⁴⁰. En ese entonces como ahora, la razón de existir este tipo de acciones y programas, que incentivan a delatores a favor del gobierno, es que la mejor forma de encontrar y capturar a un ladrón es recompensando a un ciudadano.

Si bien es cierto que la Ley de Lincoln fue la primera norma jurídica que permitió denunciar ante las autoridades a quien ilícitamente se apropiaba de dinero del Gobierno Federal mediante reclamaciones falsas, esta ordenaba que fuera el Whistleblower mismo quien llevara el proceso contra quien denunciaba. Este hecho desanimó a los ciudadanos, en razón a los costos y dificultades que implicaba adelantar, sin la asesoría y acompañamiento del Estado, quien en últimas era el beneficiado de la denuncia.

En 1986 tanto Republicanos como Demócratas acordaron pasar una ley en el Congreso Nacional que combatiera la corrupción de los grandes contratistas del Estado. El legislador norteamericano concluyó que la mejor forma de combatir la corrupción, era atacarla desde sus entrañas, es decir con funcionarios que trabajaran dentro de las mismas compañías y que conocieran el día a día y los fraudes que la empresa cometía en contra del Estado. Por eso la decisión que consideraron más apropiada en el momento (y el tiempo les dio la razón), fue la de fortalecer el programa de recompensas del Departamento de Justicia⁴¹ (en adelante DOJ por sus siglas inglés Department of Justice Program) y eliminar algunos de los requisitos para ser beneficiario del mismo.

2. Programa de recompensas del Departamento de Justicia

El objetivo del programa en su inicio fue el de seguir adelante con el pensamiento que impulsó Lincoln en la expedición la ley sobre reclamaciones falsas, el cual era acompañar al ciudadano que denuncia una conducta ilegal en contra del gobierno y recompensarlo por eso.

⁴⁰ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pág. 40

⁴¹ Es un ministerio del Gobierno Federal de los Estados Unidos, cuya misión es “hacer valer una ley y defender los intereses de Estados Unidos de acuerdo con la ley; garantizar la seguridad pública en contra de amenazas tanto nacionales como extranjeras; ofrecer un liderazgo federal en la prevención y control de la delincuencia; buscar un castigo justo para aquellos culpables de comportamiento ilícito; administrar y hacer valer las leyes de inmigración de la nación justa y eficazmente; y garantizar la justa e imparcial administración de justicia para todos los estadounidenses” tomado de la página oficial. (Traducción libre). Tomada de la página web <http://www.justice.gov/> link http://www.justice.gov/spanish/mission_spanish.html.

Esto llevó a que el Senador Charles Grassley (republicano de Iowa) y el representante Howard Berman (demócrata de California) impulsaran en el Congreso de su país un proyecto de ley cuyos objetivos eran: 1) motivar al ciudadano a denunciar 2) protegerlo y respaldarlo con las instituciones del gobierno en las etapas de investigación y juicio y 3) recompensarlo con hasta el 30% de lo finalmente recuperado.

La ley creó el marco para que el Departamento de Justicia diseñara un programa atractivo y lucrativo para los ciudadanos con el ánimo de combatir a los delincuentes que engañan y defraudan al Estado. Es así como nació el *DOJ Reward Program* o Programa de recompensas del Departamento de Justicia (traducción libre).

A manera de ejemplo, en cuanto a las recompensas para el ciudadano se crearon tres rangos. El primero da la posibilidad de recibir entre el 25% y 30% del recaudado cuando el delator es quien impulsa en gran parte el proceso y entrega pruebas contundentes para ser presentadas en juicio. Del 10% al 25% cuando quienes adelantan el proceso son los abogados del departamento de justicia, previa información y pruebas allegadas por el delator. Y hasta un 10% cuando el delator divulga información para iniciar una investigación, pero no se involucra en el caso. Así mismo la ley incluyó un artículo relacionado a la prohibición de tomar actos de retaliación en contra de los *whistleblowers* y/o sus familias.

El programa de recompensas no cuenta con un presupuesto predeterminado, sino que paga tantas recompensas como existan fraudes reportados y dinero recuperado, en otras palabras, se paga un porcentaje, (que depende de la información y acompañamiento del delator en el caso) del dinero recuperado. Es importante resaltar que el pago final que le hace el Estado al “delator” por su información se liquida sobre lo realmente recibido por parte de la parte sancionada y no sobre la multa que impone el juez. Esto se debe a que en ocasiones las multas pueden llegar a ser tan altas, que el Estado se ve en la obligación de llegar a un acuerdo económico con el sancionado, so pena de llevar automáticamente a la quiebra a este.

Ahora bien, aunque la idea de recibir grandes sumas de dinero y hacer el bien (que en este caso es divulgar información sobre prácticas ilegales) es un magnífico negocio para quien decide hacerlo, existen unos trámites previos y concomitantes al desarrollo de la investigación que se deben realizar. Así mismo la ley que da vida al programa, cuenta con un ámbito de aplicación, el cual está limitado a conocer sobre casos ocurridos por la violación de leyes federales y/o en contra de programas o agencias del orden federal.

Estas reglas, requisitos y ámbito de aplicación son una especie de cargas con las que el *Whistleblower* debe cumplir, para ser merecedor de la recompensa.

2.1. Elementos del Programa

La doctrina americana conocedora de los trámites que se deben realizar para que el Departamento de Justicia considere la información suministrada por el *whistleblower* como merecedora de una investigación, habla de cuatro elementos que deben ser cumplidos, como pasa a explicarse;

2.1.1. Presentar la acción

Cuando el congreso de los Estados Unidos decidió darle dientes a la llamada “Lincoln Law” creó el programa de recompensas del departamento de Justicia en el cual se estableció que **solo un delator o whistleblower** podría ser merecedor de recompensa por un hecho o conducta reportada como ilegal, es decir el programa solo podrá recompensar a la primera que persona que interponga la demanda civil (el *qui tam*), esto con el fin de evitar que el conflicto que se presentaría se varias personas entregan información valida sobre el mismo hecho o conducta.

La regla es simple, si alguien ya instauró una acción civil sobre el hecho X, yo no seré elegible para el programa del Departamento de Justicia por el hecho X. Por el otro lado si yo inicie la acción por el hecho Y, nadie podrá después presentarse y ser acreedor de los beneficios del programa por el hecho Y.

Ahora bien no basta con presentar la demanda (el documento escrito) sino que debe ser cumplir con todos los requisitos legales para ser admitida, pues solo así se entiende que efectivamente se instauro una acción civil.

Como se ve este sistema evita dos problemas: el primero es congestionamiento y represamiento en el programa por la cantidad de personas que desean entregar información sobre un mismo hecho y segundo, no queda a la subjetividad del funcionario decidir qué persona entregó más (o mejor) información y por ende recibirá más dinero, sino que al existir solo un delator por hecho ese único delator será el beneficiario del programa.

Los posibles contras de esta figura, es la carrera que se presenta entre los ciudadanos con información valiosa para instaurar primero la demanda (*qui tam*) lo cual conlleva que muchas de las demandas presentadas ante la jurisdicción ordinaria sean inadmitidas por no cumplir con los requisitos legales. Por esto antes de correr y ser el primero, el delator debe asegurarse que su demanda cumple con todos los requisitos legales de una demanda, para no ser así inadmitida en el futuro.

2.1.2. Notificar al Gobierno Federal

Como se mencionó la acción civil que se inicia es a favor del gobierno y en contra de una persona natural o jurídica que presuntamente defrauda al Estado.

Así las cosas una vez el ciudadano presenta en los juzgados el *qui tam*, debe notificar al gobierno de la demanda que presentó, identificando de forma plena a la parte demandada. A esto se debe anexar un oficio en donde se relaten los hechos, el interés o el motivo de la parte actora en presentar la demanda y un relato de la información y pruebas que posee el delator y que más adelante se harán valer en juicio.

Lo anterior con el fin de que el Gobierno conozca de primera mano lo que sus ciudadanos hacen en su nombre e invitar al Departamento de Justicia a aliarse con los ciudadanos en contra de quienes defraudan al Estado. Recuérdese que el objetivo perseguido por el ciudadano es mancomunar esfuerzos con el gobierno (DOJ) y así usar los recursos financieros y de personal para perseguir en la fase de investigación y posteriormente enjuiciar a quienes en primera instancia el ciudadano demandó en su *qui tam*.

En este punto el ciudadano debe persuadir con una narración de los hechos clara y con pruebas pertinentes al Gobierno, para que unan fuerzas en contra de la ilegalidad. La demanda y el oficio que se presenta al departamento de justicia deben estar fundamentados en afirmaciones, hechos y pruebas que corroboren lo anterior. Por el contrario si el ciudadano basa sus escritos en conjeturas o suposiciones, no tiene oportunidad de ser beneficiario del Programa de Recompensas y más grave aún podría ser investigado por falsa denuncia.

2.1.3 Ámbito de aplicación

El delator que pretenda entregarle información al Gobierno Federal con el propósito de ser recompensado con dinero por su labor, además de las acciones y de la prontitud con la que se debe mover, debe conocer que la conducta presuntamente ilegal debe estar enmarcada dentro del ámbito de aplicación de la ley.

La Ley de Reclamaciones Federales, de la que nace este programa únicamente aplica en contra de reclamaciones y/o defraudaciones que se hagan para favorecer al **gobierno federal** de defraudaciones que se pudieran estar cometiendo en programas o contratos celebrados por ellos, y no es extensible a empresas privadas o personas individuales.

Así, por ejemplo, si un ciudadano quisiera divulgar información de cómo una empresa continuamente estafa a sus empleados o proveedores, lo podría hacer a través de medios de comunicación o *hotlines* del gobierno o de la misma empresa, pero no podría ser elegible para el programa de recompensas del Gobierno, puesto que no se está violando ningún programa del gobierno ni tampoco se están hurtando recursos de Gobierno Federal.

Dicho esto, la información y el caso de una persona será elegido únicamente cuando existan recursos federales de por medio, esto ocurre por ejemplo, con los subsidios que el gobierno entrega a la salud o al sector agrícola, en los contratos militares, en agencias especializadas como la NASA, en el sector educación etc.

Si bien es cierto que ni la ley de Reclamaciones Falsas ni el Programa de Recompensas del Departamento de Justicia establecen un monto mínimo o máximo para iniciar una investigación, la practica ha demostrado que el aparato estatal solo estará dispuesto a moverse, y por ende interesado en aceptar casos, en donde la suma a recuperar sean varios millones de dólares. Los abogados e investigadores del Gobierno no van a ir tras una persona o empresa que defraudo al estado por 50.000 dólares. Poner en marcha el aparato estatal es una tarea costosa que debe ser recompensada con lo recuperado a través de condenas en después del juicio, de otro modo este programa sería insostenible financieramente⁴².

Ahora bien la doctrina norteamericana distingue entre fraude y gastos innecesarios, siendo lo primero una conducta sujeta a investigación por parte del Gobierno, mientras que lo segundo es considerado como una falla del gobierno, como una mala compra.

Para el abogado y profesor JOEL HESCH el fraude ocurre cuando una persona cobra por un bien una cifra más alta de lo que realmente vale, obteniendo un lucro por la venta del bien y por la

⁴² HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 52.

diferencia del precio de real y del que cobro. Por ejemplo si una empresa de escritorios de madera, vende los escritorios a 50.000 mil pesos y le cobra al gobierno 90.000 por cada escritorio, se configura un fraude en contra del gobierno de 40.000 pesos por escritorio⁴³.

Otra cosa distinta es cuando el Estado paga 90.000 pesos por escritorio y la persona que lo vende realmente se gasta diseñándolo y haciéndolo esos 90.000 pesos, cuando pudo haber comprado escritorios que cumplieran la misma función a mitad de precio. Esto último es un gasto innecesario y no es reprochable al ciudadano, sino al funcionario del gobierno que tomó la decisión⁴⁴.

Como se puede ver, a primera vista recibir grandes sumas de dinero por el hecho de conocer cierto tipo de información en razón al trabajo y poderla entregar al gobierno, para que sea éste el que investigue y enjuicie, es un magnifico negocio, sin embargo como se vio son varios los tramites que se deben cumplir para poder acceder al Programa de Recompensas del Departamento de Justicia, creado a la amparo de la Ley de Reclamaciones Falsas.

2.1.4 ¿Quién puede aplicar?

Teniendo claridad sobre los elementos y requisitos que el Gobierno Norteamericano solicita para acceder al programa, estudiemos quien o quienes son los sujetos activos del mismo, es decir quién puede aplicar.

Según la Ley de Reclamaciones Falsas, norma en cuyo sustento se desarrolla el programa toda persona tiene derecho a aplicar, o en palabras literales de la norma que lo crea “*a person may bring a qui tam action*” la Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido que “*a person*” significa “*anyone*” en español cualquiera.

Sin embargo y a pesar de la amplitud en cuanto a la persona que puede instaurar la acción civil y a la postre ser merecedor de una recompensa, han sido los llamados *whistleblowers* quienes más han podido usufructuarse de este tipo de programas, esto se debe a que los casos importantes y las grandes sumas de dinero recuperadas por el gobierno, en la gran mayoría de ocasiones han estado precedidas de informaciones de empleados de las compañías condenadas.

Existen dos tipos de grupos de delatores o *whistleblowers* a saber;

A.- Individuo que trabaja o trabajaba para la compañía que presuntamente comete el fraude.

B.- Grupo de personas que trabajan o trabajaban para la compañía infractora. Dentro de este grupo también están aquellas personas externas a la compañía infractora que a través de una investigación encuentran una ilegalidad

A. Individuo que trabaja o trabajaba para la compañía que presuntamente comete el fraude.

⁴³ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 49

⁴⁴ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 49

El delator más común es aquel que trabaja para una empresa del sector privado o entidad del sector público y debido a sus funciones o responsabilidades encuentra la trampa (hecho ilegal) en contra del Estado, en otras palabras, son los delatores más creíbles porque ven el fraude con sus propios ojos. Normalmente, son personas con un grado medio-alto de jerarquía dentro de la organización empresarial, que conocen procesos de la fabricación, producción, compra de insumos que los demás trabajadores desconocen y/o que asisten a reuniones en donde se toman decisiones trascendentales para la compañía.

Ahora, como se anotó anteriormente normalmente este tipo de personas ocupan cargos con algún tipo de responsabilidad dentro de la estructura organizacional de la compañía. Esta afirmación, nos lleva obligatoriamente a hacernos las siguientes preguntas; ¿la persona que acude al Departamento de Justicia en busca de una recompensa, es porque tiene información acerca de una conducta ilegal cometida al interior de su empresa y que él conoce de primera mano o acude para develar una conducta que él mismo ayudo a fraguar, y como estrategia jurídica decide denunciar para así mostrar su ausencia de responsabilidad en la misma? ¿podría ser considerada esta persona como cómplice en un delito, por conocer de una conducta ilegal y no denunciaría a tiempo? ¿el gerente o funcionarios que sigue instrucciones de sus superiores pueden estar inmerso en un delito?

Para solucionar este problema, los abogados del Departamento de Justicia han decidido remitirse a los orígenes del programa de recompensas, para señalar que el objetivo del Estado es unir fuerzas con particulares que tienen información desde dentro de las empresas que pueden servir para recuperar grandes sumas de dinero. Así las cosas, si a un individuo dentro del giro ordinario de su funciones, se le ordena realizar una conducta y la realiza, después puede ir ante el gobierno a divulgar la información que tiene y aportar los documentos que corroboren sus palabras y no será considerado como un sujeto participe del hecho punible.⁴⁵

Si por el contrario, la persona es el autor o determinador de la conducta y acude al Gobierno Federal, con el fin de buscar absoluciones y además ganarse un dinero, será investigado y procesado por la comisión de un delito y podrá ser condenado a pagar una multa y/o a varios años de cárcel.

B. Grupo de personas que trabajan o trabajaban para la compañía infractora. Contratistas externos que en virtud de su trabajo conocen de hechos ilícitos.

En algunas ocasiones se da el caso en que dos o más personas que trabajan dentro de una misma empresa, conocen algún tipo de información que al unirse se crea una historia más creíble y con un acervo probatorio más fuerte, frente a una conducta ilícita.

La unión de esfuerzos de personas en contra de la corrupción y fraude que afecta al Gobierno, es igualmente recompensada por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, más personas significan más pruebas documentales, más testimonios y en consecuencia un mejor caso.

⁴⁵ MARTIN KOHN Stephen. The Wistleblower`s Handbook. Ed. Lyos Press – United Estates, 2011. Pág 80.

El aspecto negativo del grupo de personas, está dado por la división entre las personas involucradas del dinero que se entrega como recompensa (recuérdese que no se paga dos veces por un mismo hecho denunciado). Otro asunto importante a considerar es que entre más personas haya, mayor es el riesgo que una de ellas presente una demanda (qui tam) por separado y de forma individual, que como ya se anotó lo haría el único acreedor del programa por los mismo hechos.

Ahora bien, uno de los avances que más se le reconocen a este programa por parte de los profesores y abogados que conocen de este tema⁴⁶, es la posibilidad que se les da a personas externas a la empresa de denunciar una posible irregularidad dentro de la misma.

Piénsese en auditores, interventores, contadores y/o demás contratistas que encuentren irregularidades y que pueden denunciar sus descubrimientos, para aliarse con una entidad del Gobierno Federal con el fin de perseguir y castigar a las personas que auspician el fraude y la corrupción y para castigar la finanzas de las empresas que se lucran de ello. Este grupo de personas se diferencian del ciudadano común, en razón a que su conocimiento del hecho punible se deriva de la relación existente entre ellos y la empresa.

2.2. Sobre el proceso contencioso

Una vez estudiados los elementos del programa, pasaremos a analizar el proceso contencioso entre el Estado y quien fraudulentamente se apropió de recursos a través de reclamaciones falsas.

Para que el Estado recupere el dinero que de forma fraudulenta le fue hurtado, debe vencer en juicio a la parte que presuntamente lo hizo, dentro de un proceso ordinario que parte de la incertidumbre y que cuenta con una etapa de investigación y juicio, en donde se debe notificar en debida forma a las partes y aportar pruebas dentro de un etapa procesal determinada para ser después consideradas (valoradas) en la decisión final del juez.

El proceso inicia con la presentación de la demanda civil (qui tam) en favor del Estado Federal, en la cual se debe detallar de forma minuciosa los hechos, las leyes federales infringidas, el monto que presuntamente se le ha desfalcado al Gobierno y las pruebas en las que se sustentan los hechos. El lugar en donde se debe presentar la demanda lo puede escoger el *whistleblower* entre el domicilio del demandado, donde los hechos ocurrieron o en el lugar donde mantenga un negocio con vocación de permanencia (domicilio del demandante)⁴⁷.

De acuerdo a las normas procesales que rigen las acciones que se hacen en virtud de la ley de “reclamaciones falsa”, la demanda debe ir “*under seal*” lo que en español traduciría, en sobre cerrado. Vale la pena aclarar que en Estados Unidos, la gran mayoría de las demandas que son presentadas, son públicas y cualquier ciudadano que se acerque a pedir copias las puede obtener⁴⁸.

⁴⁶ MARTIN KOHN Stephen. The Wistleblower’s Handbook. Ed. Lyos Press – United Estates, 2011. Pag 82.

⁴⁷ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 95

⁴⁸ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 96

Una vez presentada la acción civil, el demandante debe notificar al Gobierno sobre su actuación. Realizado este trámite, el actor podrá acudir a las oficinas del Departamento de Justicia, para que su caso sea estudiado y posiblemente seleccionado para que el Estado coadyuve en la demanda.

Además de la demanda y notificación al gobierno, la persona debe realizar un escrito dirigido al Departamento de Justicia en donde debe describir de forma detallada las normas de carácter federal infringidas, las conductas ilegales, identificación de las partes, las pruebas que se harán valer en juicio. El escrito no debe ser una copia de la demanda, debe ser una invitación, con un gran poder de convencimiento, a que el gobierno decida tomar el caso y perseguir al demandado junto con el demandante.

La decisión del departamento de justicia de aceptar o negar el caso es unilateral de acuerdo a su conveniencia y puede tardar en dar respuesta hasta dos años.

Mientras el gobierno decide si coadyuva o no en la demanda, los términos en los juzgados de la acción civil se interrumpen, hasta tanto se tome una decisión por parte del ejecutivo. En caso de existir una decisión favorable de parte del Departamento de Justicia, este se lo debe notificar al juzgado donde repose el proceso, para que se reanude el transcurso ordinario del proceso⁴⁹.

Si bien la decisión del Departamento de Justicia es facultativa y se tardan aproximadamente dos años en tomarla, se debe a la gran cantidad de solicitudes de ciudadanos interesados en el programa y al importante acervo probatorio que logran recaudar durante este tiempo, y bajo el cual toman su decisión.

Una vez el juzgado donde reposa la acción conoce de la decisión del ejecutivo en aceptar el caso, llama a las partes a una audiencia de conciliación, para que lleguen a un acuerdo económico sobre el monto a pagar al Estado⁵⁰. En este punto muchas de las empresas demandas deciden conciliar, a sabiendas de las altas probabilidades que tienen de ser derrotados en juicio, y para evitarse pérdidas económicas importantes por razones de mal nombre o por grandes costos litigiosos.

La primera audiencia que se celebra es en la cual se “levanta el sello” de la demanda y se compulsan copias de la demanda al demandado y a las autoridades que podrán tener interés dentro del proceso⁵¹.

Dentro de un término perentorio inicia el periodo de pruebas, en donde en primera medida la parte demandada podrá solicitar y aportar pruebas, en este punto el demandante y el departamento de Justicia ya debieron haber solicitado y/o aportado las pruebas que van hacer valer en juicio. Seguido a esto la partes entraran a contradecir las pruebas de la contra parte y a defenderse de las imputaciones que se le hacen, todo en presencia del juez que conoce del proceso.

⁴⁹ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1Pag 106

⁵⁰ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pag 110

⁵¹ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1Pag 111

El programa de recompensas establece que el dinero que se le pagará al delator dependerá del papel que este tenga dentro del proceso, en otras palabras, si el delator se limita a denunciar la infracción y aporta unas pocas pruebas, recibirá entre el 1%-10%, si es más activo y participa con su testimonio o entrega un mayor número de pruebas recibirá entre el 11%-20% y si el *whistleblower* toma el proceso como si fuera suyo y participa en total las audiencias y ayuda con su conocimiento a controvertir las pruebas o afirmaciones presentadas por la contra parte, su recompensa oscilará entre el 21%-30% de lo finalmente recaudado⁵².

Es importante anotar que una si el juez encuentra cierto los hechos y las pretensiones del demandante y condena al demandado a pagar una suma de dinero al Estado, el departamento de defensa llamará a la empresa infractora para negociar un acuerdo de pago, es decir, la suma de dinero que se deberá pagar y la periodicidad. Esto ocurre debido a que en algunas ocasiones es tan grande la condena que impone el juez, que la empresa no tiene otro camino que declararse en bancarrota y acogerse a las normas de reestructuración empresarial.

3. Ley *Sarbanes-Oxley*

Después de la crisis de gobierno corporativo en la que se vieron involucradas *Enron*⁵³ y *Worldcom*, que las llevo a declararse en bancarrota, por “maquillar” libros de contabilidad y balances financieros de las empresas con el fin de engañar a los inversionistas para así mantener el valor de la acción de estas dos empresas en los mercados, (que a su vez generó la pérdida de miles de millones de dólares de quienes invirtieron en ellas⁵⁴), llevó al Congreso y al Gobierno del entonces presidente George Bush (Jr) a trabajar en un proyecto de Ley que impusiera reglas, sanciones y obligara a entregar mayor información a las distintas sociedades anónimas cuyos títulos se transan en bolsa de valores norteamericana.

Por dos motivos el caso “*Enron y Worldcom*” es supremamente interesante para este trabajo. Primero porque demuestra lo importante que puede ser un *whistleblower* en salvar a una empresa, con sus denuncias y advertencias de prácticas ilegales y segundo para entender la reacción casi inmediata que tuvo el Congreso y el Gobierno al conocer lo ocurrido al interior de estas dos empresas que fue el preámbulo de la ley *Sarbanes-Oxley*, como pasa a exponerse.

En términos de ingresos, *Enron* alguna vez fue la séptima compañía más grande de Estados Unidos, solo en el 2000 tuvo un movimiento de negocios de alrededor de 100 billones de dólares con una utilidad neta de aproximadamente un billón de dólares. Para ese entonces contaba con más de 20.000 empleados⁵⁵.

La historia de *Enron* comienza en 1985 cuando la compañía de gas *InterNorth* se fusionó con la central eléctrica Houston Natural Gas. Desde los años 30’s el mercado del gas en Estados Unidos fue estrictamente controlado por regulaciones que fijaban el precio del gas y del transporte del

⁵² HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. Pag 122 - 123.

⁵³ *Enron* fue una de las empresas más grande en el sector del gas, en los Estados Unidos.

⁵⁴ MARTIN KOHN Stephen. The Wistleblower’s Handbook. Ed. Lyos Press – United Estates, 2011. Pág 36.

⁵⁵ MILLON David. Who Caused the Enron Debacle?. Pág. 60. Obra citada DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 3

mismo. A mediados de los 80's la administración Reagan liberó el mercado del gas y las empresas quedaron en libertad de fijar precios. Enron fue una de las primeras empresas en lucrarse de ese nuevo mercado libre. Así fueron adquiriendo una posición cada vez más importante entre los productores de gas y los consumidores finales. En algún momento prácticamente todos los negocios dentro del sector del gas, involucraban de una u otra forma a Enron.

Al principio de los años 90's varias compañías copiaron el modelo de *Enron* y empezaron a competir en un mercado en el cual mantenían una posición dominante. Con el fin de mantener los excelentes resultados financieros de los años anteriores, la compañía diversificó sus negocios y decidió transferir su negocio de intermediación entre productores y consumidores a nuevos mercados dentro de Estados Unidos, Europa y algunos mercados emergentes. Así las cosas, además de negociar con gas, lo empezaron hacer con agua, madera, carbón, energía, metales, papel e incursionaron en el mercado de los seguros, ofreciendo la posibilidad a sus clientes de asegurar sus cultivos del mal tiempo. Esta diversificación y apertura de otros mercados fue bastante costoso para la empresa. Por ejemplo, un billón de dólares fue invertido en la construcción de una electrificadora en la India, dos billones en la construcción de una planta de agua en el Reino Unido, 3 billones en la compra de la electrificadora de Portland (Estados Unidos) y alrededor de 1.5 billones en la entrada al mercado de la electricidad en el Brasil⁵⁶.

En su momento las decisiones financieras de Enron, al salir y comprar empresas costosas y de distintos sectores de la económica fue considerada como única, detractores y defensores de la estrategia no dudaron de catalogarla como ambisiosa, agresiva y altamente riesgosa.⁵⁷

En Estados Unidos las compañías que transan sus acciones en bolsa y se endeudan deben reportar la suma de sus pasivos a la *SEC* (por sus siglas en inglés, *Securities Exchange Commission*), unos compromisos financieros tan altos, como los que alcanzó Enron alarmaría a los inversionistas, pues se estimaba que la totalidad de la deuda de la empresa con los bancos era de 30 billones de dólares aproximadamente⁵⁸. Con este nuevo escenario, los directivos de la multinacional empezaron a elaborar un sin número de estrategias, contables, financieras y jurídicas para que en libros se minimizara lo que realmente se adeudaba, para entregarle unos balances a la SEC en donde se demostraba que la deuda era sana para la compañía, con el propósito de tranquilizar a los inversionistas.

Los métodos que utilizaron para engañar a las autoridades de control Norteamericanas, son el resultado de un análisis técnico-financiero complejo, que le tomó meses de trabajo de investigación por parte de expertos en estos temas, para dilucidar con exactitud cómo fue que se ocultó la información de la empresa que algún día estuvo dentro de la 10 compañías más grandes de Estados Unidos⁵⁹. El propósito de este capítulo no es explicar cada uno de los métodos ilegales que se utilizaron, sino estudiar como un whistleblower divulgo información sobre la participación en el fraude por parte del director ejecutivo Kenneth Lay y director financiero Andrew Faston.

⁵⁶ KROGER John. Enron, Fraud, and Securities Reform: an Enron Prosecutor's Perspective. Pág. 76. Obra citada en DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pag. 4.

⁵⁷ DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 4

⁵⁸ Es la agencia Federal encargada de la supervisión de los mercados financieros.

⁵⁹ DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 4

Como se dijo en el capítulo I de este trabajo, existen conductas y decisiones ilegales que dentro de una organización son conocidas por varios de sus trabajadores y depende de la buena voluntad, conciencia, profesionalismo e interés en pro de la comunidad que se divulgue o se informe sobre esta clase de conductas.

Y exactamente eso ocurrió en este caso. *Sherron Watkins* probablemente es la empleada más conocida en todo Estados Unidos por haber delatado a sus superiores. En el 2002 junto con *Cynthia Cooper*, quien fue la *whistleblower* en el caso de WorldCom, fueron nombradas el personaje del año por la revista TIME. *Sherron*, le escribió memorandos a su superior, el director ejecutivo Kenneth Lay, advirtiéndole de la posible “ola de escándalos contables en los que la empresa se podría ver involucrada”⁶⁰. Pero nadie investigó sus denuncias ni hicieron caso a sus quejas. Después de enviar varios memorandos sin recibir respuesta, *Watkins* decidió personalmente ir ante el director y comunicarle su preocupación sobre los métodos contables utilizados. La única reacción del director de Enron, fue preguntarles a sus abogados si podía despedir a *Watkins* sin verse involucrado en consecuencias legales. Irónicamente nunca lo pudo hacer, porque antes de despedirla, Enron debió declararse en cesación de pagos, lo que terminó con la declaratoria de bancarrota.

Sherron Watkins, hace parte de aquellos *whistleblowers* que buscaban el bienestar de su empresa, que conocían el riesgo que significa maquillar la contabilidad y prendió una alarma oportunamente e informó a quien debía (el director de la compañía). Su objetivo no era convertirse en millonaria, ni convertirse en heroína, ni su motivo fue ser reconocida por una de las revistas más prestigiosas de Estados Unidos, su fin era proteger a la empresa en la que trabaja y a sus colegas. *Watkins* actuó como una verdadera profesional que identifica un riesgo y lo informa a sus superiores para que se tomen las medidas necesarias para conjurarlo. En este caso desafortunadamente sus superiores, conociendo sobre el fraude, decidieron no hacer nada, o peor aún siguieron engañando a los inversionistas, con el final que ya todos conocemos. *Sherron Watkins* terminó en la portada de TIME y entregó información valiosa a los investigadores mientras que los gerentes ejecutivo y financiero, son considerados como los autores de uno de los fraudes más grandes y costosos de los últimos tiempos en Estados Unidos.

El caso Enron y WorldCom dejó en la comunidad política y en el sector financiero norteamericano un sentimiento de engaño, manipulación de información y de codicia por parte de los directivos de las empresas, de tal magnitud que se hizo imperativo la expedición de una ley tendiente a proteger al consumidor financiero, salvaguardando el derecho que tienen los ciudadanos de conocer la verdadera situación de las empresas que tranzan sus títulos en bolsa y sancionando a quien deliberadamente manipula u omite dar información financiera relevante.

El propósito del legislador al adentrarse en el estudio del proyecto de ley que a la postre terminó en la ley *Sarbanes-Oxley*, fue otorgarle más transparencia al mercado financiero⁶¹, para brindarle a los inversionistas información precisa sobre las compañías y volvería a imprimirle confianza al mercado.

⁶⁰ SHERRON Watkins and SWARTZ Mimi. Power Failure: The Insider Story of the Collapse of Enron. Pag. 361-362. Citada en DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 6

⁶¹ DUAB. C Falko. New Whistleblowing Regulations in the USA. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 7

A lo largo del trámite legislativo, se estableció que la herramienta principal para lograr la transparencia en el mercado financiero, era la revelación o descubrimiento⁶² de información. A través de este medio, los empleados y terceros interesados pueden entregar a las autoridades competentes, información sobre prácticas ilegales que se estén realizando dentro de las empresas. Los líderes políticos de Estados Unidos aprendieron la lección del caso Enron WorldCom, y sabiendo que el mundo financiero cada día se vuelve más complejo y especializado decidieron que la mejor forma de controlar el fraude y las malas prácticas era crear un paquete de protección y estímulos para los mismos trabajadores y operadores de esos mecanismos financieros complejos. En palabras simples es hacer de cada empleado un vigilante, que al conocer sobre actos ilegales ocurridos al interior de su empresa, no dudará en denunciarlos ante las autoridades correspondientes.

Así las cosas, la ley creó un escenario de protección a favor de los empleados que decidieran divulgar información sobre irregularidades a las autoridades, llegando a sancionar severamente a los empleadores que tomen medidas en contra de los *whistleblowers*. Pero además de blindar y proteger a quien entregue información, se estableció expresamente que la SEC debería expedir un programa de recompensas para incentivar los ciudadanos a entregar información sobre malas prácticas al interior del sector bursátil.

Dentro de su articulado la ley contiene diversas disposiciones sobre el *whistleblowing*, como las siguientes:

1. La sección 301 establece que toda empresa anónima que esté inscrita en la bolsa de valores deberá tener un comité autónomo e independiente, a donde los delatores puedan ir a entregar información de posibles fraudes.

2. Según la sección 307 de la Ley los abogados que tengan licencia para actuar ante la Agencia encargada de vigilar el mercado financiero (SEC) deben entregar información sobre posibles irregularidades por parte de sus clientes.

Este punto abrió un gran debate en los Estados Unidos por significar un quebrantamiento de la cláusula de confidencialidad que debe gobernar la relación abogado-cliente.

Para no cumplir con este mandato, los abogados han demandado en innumerables oportunidades los requerimientos que les hace la SEC solicitándoles información de sus clientes, bajo la premisa que es confidencial. Los asesores jurídicos externos de importantes empresas, son más dados a argumentar que sus relaciones están supeditadas a temas específicos y envían a las autoridades información básica y general de su labor⁶³.

3. Bajo la sección 806, se protege a los empleados que deciden hablar, en contra de cualquier acto de retaliación que puedan sufrir ellos y/o sus familias, por ocasión de la información que le entregaron a las autoridades.

Este punto abrió un gran debate en los Estados Unidos por significar un quebrantamiento de la cláusula de confidencialidad que debe gobernar la relación abogado-cliente.

⁶² En inglés “Disclosure”

⁶³ DUAB. C Falko. *New Whistleblowing Regulations in the USA*. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 44.

Para no cumplir con este mandato, los abogados han demandado en innumerables oportunidades los requerimientos que les hace la SEC solicitándoles información de sus clientes, bajo la premisa que es confidencial. Los asesores jurídicos externos de importantes empresas, son más dados a argumentar que sus relaciones están supeditadas a temas específicos y envían a las autoridades información básica y general de su labor⁶⁴.

5. Una enmienda al código de obstrucción a la justicia⁶⁵, mediante la cual se prohíbe a cualquier empleador iniciar conductas que de alguna forma interfieran con la vida de su empleado, incluyendo despedidos o traslados, retaliaciones en el lugar de trabajo, perseguimientos a él/ella o su familia y desacreditaciones injustificadas⁶⁶.

4. Programa del Servicio de Impuestos Internos

A finales del 2002 el presidente Bush sancionó la ley que creó el nuevo programa de recompensas del Servicio de Impuestos Internos⁶⁷ (en adelante IRS por sus siglas en inglés). El IRS es la agencia de orden Federal encargada de recaudar, controlar y vigilar el cumplimiento de todo lo relacionado con normas federales de carácter tributario.

El modelo del programa fue tomado del programa de recompensas del Departamento de Justicia (el cual se explicó anteriormente) y aplica únicamente para los evasores de impuestos.

Revisando la historia del programa encontramos que el Congreso previamente al 2002, había autorizado el pago de recompensas a los ciudadanos que entregaran información a la IRS sobre posibles evasores de impuestos. Sin embargo bajo el antiguo esquema de recompensas los ciudadanos tenían pocos derechos y los requisitos a cumplir eran tan severos que pocos cumplían con las exigencias mínimas. Según el libro *“Whistleblowing: A guide to goverment reward program”* del profesor *Joel Hesch* 1 de cada 100 aplicantes al programa lograba recibir algún tipo de recompensas⁶⁸.

En vista de los pobres resultados del programa el Congreso decidió estudiar nuevamente el programa, con el fin de eliminar ciertos tecnicismos y procedimientos laboriosos y así atraerlo más al ciudadano común.

Al termino de las discusiones y deliberaciones dentro del órgano legislativo, la Ley que sanciono en diciembre del 2002 el Presidente Bush autoriza a la IRS a pagar recompensas entre el 15% y el 30% de lo recuperado, y obliga a crear una nueva dependencia dentro de la entidad que se encargue de todo lo relacionado al *whistleblowing*. Para darle aún más fuerza y consistencia al programa el Congreso decidió que la IRS debe reportar el progreso realizado anualmente. El nuevo programa elimina la mayoría de requisitos que antes se debían cumplir y elimina el tope de recompensa, que era de dos millones de dólares por persona y lo deja libre, solo estableciendo

⁶⁴ DUAB. C Falko. *New Whistleblowing Regulations in the USA*. Ed. VDM Verlag – Germany. Pág. 44.

⁶⁵ En inglés, Criminal Obstruction Statute.

⁶⁶ Ley Sarbanes – Oxley del 30 de julio de 2002, seccion 1107.

⁶⁷ Internal Revenue Service Income Tax Fraud Program.

⁶⁸ HESCH D Joel. *Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program*. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pág. 188.

un tope del 30% de lo recuperado. Antes la IRS no dejaba que los ciudadanos buscaran asesoría legal, no permitía que se iniciara un proceso controversial, sino que recibía la información que entregaba el *whistleblower*, la analizaba y autónomamente decidía si escogía o no el caso y de ser escogido, también escogía de forma libre el monto a pagar.

El nuevo programa elimina dicha subjetividad. Por un lado permite asesoría legal y al igual que el Programa del Departamento de Justicia crea una tabla de incentivos de acuerdo con la injerencia que tenga el delator dentro del proceso. Entre más información brinde y más apoye la labor de los abogados de la IRS, mayor será su recompensa.

Para el profesor Joel Hesch el hito de este programa es la cantidad de recursos que hay en juego, según su libro la IRS recauda tres trillones de dólares al año y se estima que la evasión se encuentra entre el 5% y el 10 %, por lo tanto, suponiendo que el nivel de evasión es bajo, la cantidad de dinero que se deja de pagar y que puede ser reportado por los *whistleblowers* es de 150 billones de dólares al año⁶⁹. El Congreso permitió que el programa entregara hasta el 30% de lo finalmente recuperado, así las cosas, más de 60 billones de dólares pueden ser entregados a distintas personas que colaboren con la agencia encargada de recaudar impuestos en combatir la evasión. Recuérdese que al igual que el programa de recompensas del Departamento de Justicia, el Estado quiere unir esfuerzos con los ciudadanos que tengan información valiosa y hacer causa común para combatir un mismo mal.

Requisitos

El Congreso Norteamericano decidió que los requisitos para acceder a esta clase de programas fueran mínimos, pues de ser complicados y/o muy exigentes no se conseguirá el fin de invitar a los ciudadanos a entregar y unirse con el Estado.

El primer requisito es una declaración juramentada por parte del *whistleblower* de los hechos que según él constituyen la conducta fraudulenta con las pruebas respectivas que soporten las afirmaciones.

El paso siguiente es llenar un formato en donde se debe describir detalladamente que impuesto es el que se está evadiendo, de qué forma, una estimación de lo que el Estado deja de percibir por este hecho y un escrito señalando por qué al Estado le debe interesar ese caso. Con este formulario que es entregado por la misma IRS y que es mirado detalladamente por los funcionarios, para evitar que el programa se convierta en un mecanismo para resolver conflictos entre parejas (divorcios), entre socios o entre enemigos.

A diferencia del Programa del Departamento de Justicia, no es necesario instaurar una acción civil (*qui tam*) con lo cual el *whistleblower* no podrá seguir con su acción si el IRS decide no tomar su caso. Encontramos otra diferencia en la forma en que se eligen los casos. En el programa del Departamento de Justicia no se establece un monto mínimo de desfalco en contra del Estado, bajo este programa se debe demostrar que la cantidad de dinero no pagada haciende como mínimo a 2 millones de dólares. Esto para crear una especie de filtro y evitar que se

⁶⁹ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1. Pág. 190

convierta en un arma de un socio insatisfecho con un negocio en contra de otro o de una mujer en contra de su ex marido, solo por citar algunos ejemplos.

Para el profesor y abogado litigante en estos programas *Joel D. Hesch* una de las aéreas más lucrativas para reportar evasión de impuestos es la indebida exportación de ganancias al exterior. Algunas empresas con el fin de no pagar los impuestos pertinentes, envían las ganancias que obtienen dentro de un periodo de tiempo contable a otro país.

Un ejemplo de esto, es un caso reciente en el cual una importante empresa del sector farmacéutico concilió con la IRS y accedió a pagar 2.3 billones de dólares por concepto de evasión de impuestos, después de habersele comprobado que intento traspasar la patente de una de sus drogas a una empresa subsidiaria ubicada en Bermuda. El esquema que intentó usar la compañía era que la sociedad en Bermuda le cobrara a la Sociedad de Estados Unidos grandes sumas de dinero por concepto de regalías por dejarle usar su droga en el país. El estado americano logro demostrar que la Empresa en Bermuda, era solo una fachada con pocos empleados y con una capacidad logística y administrativa mínima, que no tenía el derecho a recibir ese dinero de regalías. Este caso no fue divulgado por un *whistleblower*, pero de haber sido presentado a la IRS oportunamente y con la información pertinente la persona hubiera podido recibir al menos 350 millones de dólares o más⁷⁰.

Formas de evadir impuestos hay tantas como negocios y transacciones existen por lo que programas como éste son interesantes pues invitan a las personas a entregar información sobre evasiones (con el pago de una recompensa) con lo cual permiten que el Estado conozca de esquemas financieros y fraudes, así como también disuade a quienes quieren infringir la ley, debido a que uno de sus mimos empleados será quien lo denuncie ante las autoridades competentes.

5. Ley Dodd-Frank

El 22 de julio de 2010 el presidente de los Estados Unidos Barack Obama, sancionó la ley “*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection*” por medio de la cual se crearon disposiciones sobre prácticas desarrolladas por el sector bursátil estadounidense y se adoptan medidas, con el fin de proteger al usuario de servicios financieros

Los excesos y falta de control en las operaciones del día a día en *Wall Street*, en gran medida fomentaron la crisis financiera que vivió el mundo en el 2008, que tuvo como punto de partida la quiebra de *Lehman Brothers*, uno de los gigantes dentro del mundo de la inversión en Nueva York. Fueron innumerables las entidades financieras que debieron funcionar con otras más grandes o declararse en bancarrota, con el consecuente despido de miles de personas, la pérdida de toda una vida de ahorros y una desaceleración económica e incertidumbre que hasta el día de hoy no ha terminado.

Como consecuencia de lo anterior, uno de los principales objetivos del presidente *Obama* al llegar a la presidencia de los Estados Unidos, reglamentar a entidades y funcionarios del sector financiero. Después de una amplia discusión en el Congreso y de poner a prueba las fuerzas del

⁷⁰ HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1 Pág. 193.

lobby del sector financiero frente al poder del Gobierno central, este último ganó la batalla y finalmente se sancionó la ley “*Dodd-Frank*”

A medida que el proyecto de ley cumplía con su trámite legislativo, siempre hubo consenso sobre la importancia de incluir la figura del *whistleblower* y proteger a las personas que decidan divulgar información.

La lección que dejó la crisis y las investigaciones posteriores mostraron que la tecnología y sofisticación de algunos instrumentos financieros hace casi imposible que los reguladores detecten el fraude, por consiguiente las únicas personas capaces de conocer quien, donde y como se comenten conductas ilegales dentro del sector financiero, son los mismo que trabajan en él.

Bajo esa circunstancia, la ley no se limitó en incluir una sola sección o capítulo sobre *whistleblowers*, sino que lo hizo en ocho secciones diferentes y separadas a lo largo de las dos mil páginas que contiene la ley, implementando una serie de mecanismos eficientes y eficaces para evitar la retaliación empresarial o sectorial en contra de la persona que decide denunciar ciertas malas prácticas, incluso el legislador norteamericano fue más allá y por primera vez en la historia de ese país, permiten instaurar una acción civil de forma completamente anónima. En otras palabras, el empleado puede contratar a un abogado, para que este instaure la demanda pero bajo el entendido que es nombre de aquel.

Al igual que en la norma de Falsas Reclamaciones el delator podrá recibir un porcentaje de lo que el estado recupera que va desde el 10% hasta el 30% del monto total pagado.

6. Ley de Protección al Whistleblower.

La norma federal que castiga al empleador que tome (o intente tomar) acciones en contra del empleado que reporte conductas ilegales cometidas al interior de la empresa donde trabaja, es la ley de protección al whistleblower⁷¹ de 1989 (traducción libre). Mediante esta ley cualquier trabajador de entidades del orden Federal, podrá presentar quejas sobre represalias en su contra, en virtud de información entregada a las autoridades competentes sobre actos presuntamente ilegales.

La presente ley crea la Oficina de Consejero especial⁷² (traducción libre), quien debe recibir e investigar las quejas de funcionarios que consideren que han sido perseguidos por su empleadores en razón a sus divulgaciones.

En concordancia con la ley de Protección al whistleblower, en la discusión y aprobación de otras leyes, los legisladores han decidido introducir normas relacionadas con la protección de whistleblowers, algunos ejemplos de lo anterior son; 1).- Ley de Aire Limpio⁷³, 2).- Ley de Protección Financiera⁷⁴. 3).- Ley Federal de seguridad de ferrocarriles⁷⁵. 4).- Ley Federal de

⁷¹ Whistleblower Protection Act of 1989 (101st Congress).

⁷² En inglés, Office of Special Counsel

⁷³ En inglés, Clean Air Act (CAA) 42 U.S.C. §7622

⁷⁴ En inglés Consumer Financial Protection Act of 2010 (CFPA) 12 U.S.C.A. §5567.

⁷⁵ En inglés, Federal Railroad Safety Act (FRSA) 49 U.S.C. §20109.

tránsito⁷⁶. 5).- Ley de salud y seguridad ocupacional⁷⁷, entre otras. (La traducción de las leyes mencionadas es libre).

7. Conclusiones

Son innumerables la cantidad de leyes vigentes que de forma directa o indirecta regulan y protegen a las personas que deciden divulgar información sobre malas prácticas al interior de sus empresas, desde las más famosas como la ley de falsas reclamaciones que protege los intereses del Estado en los contratos que suscribe con privados, pasando por la dificultosa labor de regular a las poderosas instituciones financieras de *Wall Street*, y terminado con leyes que protegen el transporte de personas, el aire limpio, los ferrocarriles y la salud ocupacional es latente el interés de los Estados Unidos en fomentar una cultura *pro-whistleblowing*.

Ser un buen empleado que se preocupa por su carrera, por su nombre, por sus colegas y aún más importante por el bienestar de cientos de ciudadanos y además recibir entre el 10% y el 30% de lo finalmente recuperado a cambio de alertar a las autoridades sobre la ocurrencia de prácticas indebidas al interior de su trabajo, es una oferta que se vuelve irrechazable.

Las leyes que promueven y protegen el *whistleblowing*, buscan incentivar a los ciudadanos a que acudan a las autoridades y entreguen información valiosa sobre posibles conductas ilícitas que ocurren dentro de sus trabajos. Es una invitación por parte del Estado a sus ciudadanos para hacer equipo y aprovechar la información y el conocimiento de una de las partes, junto con los recursos de capital y personal que tiene la otra.

Es posible que existan desfalcos al Estado que debido a la complejidad de los sistemas contables que tienen las empresas no se puedan saber, a no ser que un *whistleblower* acuda a las autoridades e informe lo que ocurre en la empresa.

Si casos como el de *Sheron Watkins* de Enron se repiten y se obtiene una respuesta oportuna del Estado, la confianza del público en la autoridad crecería, cientos de trabajos se salvarían, millones de dólares se recuperarían y se envía un mensaje fuerte y contundente a quienes piensan que con sus empresas pueden violar la ley, que sus mismos empleados los están vigilando.

⁷⁶ En inglés National Transit Systems Security Act 6 U.S.C. §1142.

⁷⁷ En inglés Occupational Safety and Health Act 29 U.S.C. §660, Section 11(c)

Capítulo III

Whistleblowing en otras naciones

En el capítulo anterior hablamos sobre el *whistleblowing* en Estados Unidos, se dijo que la ley de Falsas Reclamaciones, sancionada por el presidente Lincoln es la norma que dio origen a la posibilidad de demandar a terceros que defraudan al Estado, en nombre de este último. Sumado a lo anterior, el legislativo norteamericano ha expedido varias normas con el fin de incentivar y proteger a quienes denuncian.

Los buenos resultados, de la figura que nos ocupa, se evidencian en los miles de millones de dólares que el Estado ha recuperado, ya sea por evasión y/o elusión o por el simple hecho de disuadir a empresas de cometer fraudes y ser delatados por sus mismos empleados. En el sector público son innumerables los casos de abusos y corrupción que se han evitado, investigado y/o sancionado gracias al equipo ciudadano-Estado que la figura se esfuerza por crear, quedando en el ambiente un sentimiento de transparencia en la gestión pública y dejando la sensación de trabajo y compromiso en la lucha por parte del Estado contra los corruptos.

La experiencia norteamericana no ha pasado desapercibida por ciudadanos, legisladores y diseñadores de políticas públicas de otras naciones. Este capítulo abordará como se ha trasplantado la figura a otras legislaciones, con el fin de combatir el mal endémico de la corrupción. Miraremos como en Inglaterra, sucedieron tragedias y escándalos de trascendencia nacional que llevaron a una ONG a liderar una campaña a favor del *whistleblowing*, que a las postre fue determinante para que el gobierno y el parlamento se sentaran a discutir una serie de reformas que incentivarían la divulgación de información y la protección a quien decide hacerlo. Estudiaremos los avances sobre esta materia que se han introducido en legislaciones como la australiana, japonesa, Israelí, rusa y sudafricana. Analizaremos en cuales de estas naciones ha funcionado la figura del *whistleblowing* y por qué en otras no. Con este estudio de derecho comparado queremos que el lector conozca en qué países y bajo qué circunstancias se ha introducido esta. Con el estudio de la experiencia en otros países (algunos con conflictos sociales similares al colombiano) podemos tener una radiografía de lo que ocurriría si el Congreso Colombiano decide incluir dentro de la agenda política un mecanismo como el que estamos estudiando para combatir la corrupción.

Antes de comenzar el estudio vale la pena aclarar que los países mencionados a continuación fueron escogidos por los siguientes factores; 1.- Adopción en la legislación interna del país la figura del *whistleblowing*. 2.- Circunstancias culturales específicas, que se asemejan a las colombianas, tales como corrupción (Rusia e Israel) y pobreza (Sur África). 3. Australia y Japón, son incluidos para analizar la experiencia de dos países industrializados, con culturas disímiles, y así poder mostrarle al lector la reacción de diferentes sociedades a la incorporación dentro de su ordenamiento jurídico del *whistleblowing*.

1. Reino Unido

La aproximación británica al *whistleblowing* enfocada hacia la responsabilidad organizacional e individual ha demostrado funcionar y adecuarse a la cultura de la isla. En el corto plazo el término “*whistleblower*” ha evolucionado de ser considerado como peyorativo significando “sapo” “traidor” a usarse para referirse al o los empleados responsables y corajudos que

denuncian malas prácticas dentro de sus empresas, evitando así un mal mayor. Hoy en día en Inglaterra se puede decir que todas las agencias o departamentos del gobierno nacional y local así como todos los hospitales del país cuentan con una política clara, protectora y transparente acerca del *whistleblowing*. En el sector privado cada vez más son las empresas que deciden tomar el ejemplo del Gobierno en la creación de departamentos dedicados a recibir denuncias y quejas internas con el propósito firme de investigarlas y llevarlas hasta las últimas consecuencias. Esta conjunción y buen acercamiento que se le ha dado a la figura bajo estudio, ha hecho que prácticamente todos los trabajadores del Reino Unido estén protegidos por normas anti-retaliación de sus empleadores por conductas relacionadas con la revelación de información⁷⁸.

En Inglaterra el movimiento *pro-whistleblowing* no lo lideró en principio el Gobierno Nacional o el legislador, sino que en 1993 un grupo de ciudadanos decidió fundar un centro de beneficencia llamado “*Public Concern at Work*” (PCaW) lo que en español traduciría “preocupación pública en el trabajo” cuyo objetivo fue incentivar y educar sobre la importancia de prevenir serios riesgos que pudieran afectar la salud social o de alguna forma el bienestar de los ciudadanos del Reino Unido⁷⁹. En los últimos años se han dedicado a brindar asesoría legal y confidencial a trabajadores de todos los sectores acerca de sus derechos. Este grupo de beneficencia con su trabajo adelantado y socialización en diferentes instancias y sectores de la figura, lograron que el Gobierno pusiera en consideración del parlamento un marco normativo tendiente regular el *whistleblowing* en el país, a la postre se convirtió en la Ley de Divulgaciones de Intereses Públicos (PIDA, por sus siglas en inglés).⁸⁰

Sin embargo este movimiento que resultó en la fundación del grupo de beneficencia antes mencionado no surgió de la nada en Inglaterra, ni tampoco fue el resultado de un grupo de ciudadanos estudiosos y preocupados con la corrupción de su país que decidieron un día reunirse y crear una organización. Se derivó de una serie de accidentes graves y de alto impacto que después de realizadas las investigaciones pertinentes quedó en el aire una sensación de que algo se pudo haber hecho para evitarlos.

1.1. Antecedentes en el Reino Unido

A principios de los 90’s Inglaterra sufrió una serie de desastres y tragedias que minaron la confianza de los ciudadanos frente a las instituciones del gobierno y del Sector privado que durante décadas gozaron de reconocimiento y respeto. En 1987 un barco de propiedad de la tradicional sociedad P&O (Peninsular & Oriental Steam Navigation Company) cuyos orígenes datan de 1837 y es considerada la empresa de cruceros más antigua del mundo, naufragó en las costas de Zeebrugge (Bélgica) matando 193 personas incluyendo varios niños. En el verano de 1988 la plataforma de petróleo marina “Piper Alpha” explotó, matando 167 personas y vertiendo y contaminando cerca de 110 millas de costa escocesa. El mismo año 35 personas murieron y más de 500 fueron lesionadas cuando un tren de cercanías se estrelló contra otro tren que se encontraba en reparación en inmediaciones de Londres (Clapham). En 1991, tres trabajadores de

⁷⁸ MYERS ANNA. Whistleblowing – The Uk Experience. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pag 101.

⁷⁹ Tomado de la página de internet de la organización. <http://www.pcaw.co.uk/>

⁸⁰ En inglés “The Public Interest Disclosure Act”

servicios sociales que laboraban en jardines infantiles fueron condenados tras abusar sexualmente de varios menores durante un periodo de 13 años y finalmente en julio de 1991 las investigaciones que sucedieron al colapso del Banco de Crédito y Comercio Internacional develaron un fraude estimado en más de 2 billones de libras esterlinas alrededor del mundo, que fue en su momento fue denunciado por un empleado del banco⁸¹.

En cada uno de estos casos se iniciaron investigaciones para establecer que falló, para aprender lecciones de cara al futuro. En cada caso, se pudo concluir que los empleados conocían los problemas pero decidieron; I) permanecer en silencio, II) pensaron en las nefastas consecuencias para sus carreras por denunciar irregularidades o III) intentaron levantar varias quejas que no fueron tomados en serio.

En el caso de la plataforma de petróleo, el *Cullen Report* identificó las causas de la explosión y encontró que varios trabajadores conocían el problema de uno de los aros de sellamiento de la plataforma, el cual se rompió y generó la explosión⁸². Sin embargo decidieron permanecer en silencio, para no afectar el buen nombre de la compañía, y a fin de evitar enfrentarse con un posible despido. En el caso del tren estrellado, la investigación también concluyó, que oficiales de vía (cuya función es verificar la seguridad de la vías férreas) habían advertido cables sueltos y algunos inconvenientes con los rieles, sin embargo decidieron no hablar por el miedo a posibles repercusiones. Al final un inconveniente con el cableado fue la causa del accidente. Como se denota, el miedo a las consecuencias fue el motivo por el cual estos trabajadores decidieron no hablar, tristemente de no haberse presentado ese silencio, seguramente se habrían podido evitar estos accidentes y las muertes y desastres naturales que vinieron con ellos.

La investigación *Kirkwood* que sucedió los abusos sexuales de los menores de *Leicester*⁸³, encontró al menos 30 quejas acerca del comportamiento de Frank Beck (director de los jardines infantiles) y de uno de sus empleados, hechos por padres de familia y por lo mismos trabajadores de los centros infantiles. Sin embargo ninguna acción preventiva y efectiva se tomó. Las investigaciones del Ministerio de Transporte sobre la empresa P&O tras el naufragio de su barco, llegaron a la conclusión que en cinco ocasiones diferentes antes del accidente, capitanes y miembros de la tripulación advirtieron de los riesgos de navegar con sus puertas de proa abiertas. La investigación sugirió que de haberse tomado seriamente estas quejas, el accidente pudo haber sido evitado⁸⁴.

Los casos mencionados fueron de alto impacto para el público y llevaron a altos miembros del Gobierno a resignar por la presión que se ejerció sobre ellos, pues el sentimiento de entonces era que algo se pudo haber hecho para prevenir las tragedias, si tan solo se hubieran tomado en serio

⁸¹ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pag 102.

⁸² Investigación pública de la explosión ocurrida en la plataforma *Alpha*. Diciembre 1990, HSO Cm 1310.

⁸³ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pag 102 – 103.

⁸⁴ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pag 103.

las quejas de los trabajadores o de los padres de familia muchas vidas se hubieran salvado, ya sea de la muerte o de lesiones físicas y mentales irreparables.

1.2. Hechos relevantes

En 1993 la organización de beneficencia *PCaW* nació con el fin de incentivar a los trabajadores a dar un paso y delatar malas prácticas en el sector público y privado. El objetivo de la organización era aprovechar las recientes tragedias y escándalos para elevar una voz fuerte de protesta y convencer al público en general que las tragedias, fraudes y escándalos pueden ser evitados si el empleado a cargo se levanta y denuncia posibles riesgos. Con el firme propósito de crear un escenario *pro-whistleblowing*, la organización decidió enfocar su estrategia en dos puntos; I) educación y sensibilización y II) asesorías legales y confidenciales. Con esto pretendían identificar a cada ciudadano con la figura y con el deber de divulgar información si algo dentro de su empresa andaba mal, lo cual a su vez, generaría que los empleadores crean departamentos dedicados a recibir denuncias internas y a investigarlas. Al mismo tiempo se les dio la oportunidad a los ciudadanos de acudir a las oficinas de la organización de beneficencia para recibir asesoría de cómo y ante quien debía entregar información. Esta forma de trabajar, las desventuras vividas por el país, la cobertura que los medios le dieron al tema y la posibilidad de evitar futuras tragedias tan dolorosas como las vividas de una forma tan sencilla, pusieron al *whistleblowing* dentro de la agenda pública del Reino Unido.

A los anteriores factores que permitieron la entrada de la figura en Inglaterra se sumó uno más: la corrupción. Denuncias de corrupción llevaron al entonces Gobierno del Primer Ministro John Major a crear el Comité de Normas de Políticas Públicas⁸⁵ en 1995. El comité fue liderado por el juez *Lord Nolan* (uno de los jueces más respetados del Reino Unido) y su objetivo era identificar problemas de conducta en el sector público.

El comité aprobó el enfoque dado por *PCaW* al *whistleblowing*, y recomendó al Gobierno hacer énfasis en oficinas externas o internas a las entidades, dedicadas a recibir quejas de funcionarios públicos con el propósito de abrir investigaciones, manteniendo una política estricta de confidencialidad. Por estricta petición del Juez *Nolan*, el comité determinó una serie de lineamientos⁸⁶ que se debían seguir para fomentar y proteger a los delatores. Hoy en día en Inglaterra consideran que dichas recomendaciones son la piedra angular de la legislación y jurisprudencia que existe sobre el tema⁸⁷.

1.3 Legislación

Siguiendo las recomendaciones del Comité y en vista de la gran aceptación del *whistleblowing* dentro de los trabajadores del sector público y privado, en 1997 varios miembros del parlamento

⁸⁵ En ingles Committee on Standards in Public Life

⁸⁶ Comité de Normas de Políticas Públicas. Segundo Reporte. Mayo 1996 Página 22. Las recomendaciones son: a) una declaración clara y expresa de que las malas prácticas son tomadas seriamente por parte de la empresa y una indicación de lo que es considerado una mala práctica. B) Respeto por la confidencialidad de las personas que deciden elevar quejas, así como información sobre la posibilidad que tienen los empleados de acudir a instancias externas para levantar sus quejas. C) Acceso a asesoría legal independiente. D) sanciones por realizar falsas y maliciosas quejas.

⁸⁷ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 105.

presentaron un marco normativo que comprendía disposiciones tendientes a regular lo relacionado al *whistleblowing* en Inglaterra. El Gobierno Nacional inmediatamente se adhirió a la iniciativa de origen parlamentario y en poco tiempo aprobó la ley. “Irónicamente al no existir discusión por haber consenso entre los principales partidos políticos de la época, hizo que los medios de comunicación no le hicieran una gran cobertura a la iniciativa, perdiéndose así una gran posibilidad de socializar la ley y darla a conocer a todos los sectores y empleados del país”⁸⁸.

La forma en que la figura se introdujo en el ordenamiento jurídico inglés, fue a través de la introducción de una nueva sección o capítulo al código de trabajo de 1996. En nombre con el que comúnmente se conoce a esta nueva sección es PIDA por sus siglas en inglés, que en español traduciría Ley de Divulgaciones de Intereses Públicos.

Esta norma desarrolla un principio del *Common Law* que establece “*no existe el deber de confianza en la divulgación de una inequidad*”⁸⁹ (traducción libre). Siguiendo este precedente los jueces Ingleses consideran que no hay obligación legal por parte de un empleado en mantener información confidencial si ella hace referencia a una ilegalidad o mala práctica de su empleador o colegas de trabajo. Es cierto que la ley debe incentivar la confianza en los lugares de trabajo y castigar a aquellos que usan información privilegiada en interés propio o de terceros, pero también es cierto que el interés público debe prevalecer al particular, lo cual significa que el empleado puede divulgar información siempre y cuando esta se refiera a posibles riesgos que afecten el interés público. En este sentido, los legisladores Ingleses pretendieron que el debate pasara de la motivación del Whistleblower a la información que va a entregar.

En Inglaterra el juicio debe hacerse sobre la información que la persona posee. Si la información afecta el interés público necesariamente debe ser divulgada, si afecta a una persona a un grupo particular la información no debe ser divulgada o entregada a ninguna autoridad o medio de comunicación. El debate pasa de la persona a la información que se posee.

1.4. PIDA

Para doctrina inglesa⁹⁰ son dos los elementos fundamentales que han hecho que la ley PIDA sea respetada y aplicada adecuadamente, estos son; I) El hecho de recibir una compensación y II) el haber sido introducida en el Código del Trabajo, lo cual denota la intención del legislador en salvaguardar el interés del trabajador y protegerlo frente a cualquier tipo de retaliación, trato discriminatorio o maltrato por parte del empleador.

Cualquier despido que resulte como consecuencia de denuncias presentadas por el empleado, invierte la carga de la prueba y es el empleador el que debe probar que las causas del despido fueron otras, de lo contrario se reintegrará al empleado inmediatamente y se le pagará una indemnización a cargo del empleador. Vale la pena mencionar que el código de procedimiento

⁸⁸ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Experience Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág. 104.

⁸⁹ Gartside Vs. Outram.

⁹⁰ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Experience Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág. 107.

laboral inglés, está diseñado para resolver rápidamente las disputas sin transarse en procesos largos y costosos, lo cual beneficia los intereses del empleado.

Dicho esto veamos algunos elementos que hacen interesante esta ley y que nos aportarán mayor conocimiento sobre la forma en que los ingleses desarrollaron este tema.

1.4.1. Ámbito de Aplicación

Todos los ciudadanos del Reino Unido están cobijados por las disposiciones de la ley, sin importar si trabajan para el sector público, privado o como voluntarios. No existen ningún tipo de límites temporales (tiempo trabajado en la empresa) para buscar la protección que brinda la ley. Con esto se busca impedir, que solo las personas que lleven un determinado número de años sean a los que aplica la ley⁹¹.

Al momento de sancionarse la ley los únicos ciudadanos que estaban expresamente excluidos de la misma eran los miembros de la fuerza pública. Con el pasar de los años, se hizo una enmienda y ahora los miembros de la policía están cobijados, mientras que los miembros del ejército siguen excluidos.

1.4.2. Normas Sobre la Divulgación

Si bien es cierto que la **PIDA**, es una ley que protege a todos los ciudadanos que decidan entregar información sobre conductas que hayan puesto o pongan en peligro el bienestar de la comunidad mediante un sistema de protección laboral que impide por parte del empleador tomar algún tipo de medidas en contra del empleado-delator, también es cierto que la forma en que la información debe ser divulgada está sujeta a una reglas estrictas que deben ser cumplidas.

El Legislador Inglés al redactar la norma pensó en las consecuencias negativas de contar dentro de las empresas con empleados que constantemente y al menor riesgo posible filtren información a la prensa o a las autoridades, motivados por un sentimiento revanchista o malintencionado y no para evitar el acaecimiento de un hecho que transgreda la ley. Por esta razón, la ley trae una serie de etapas de obligatorio cumplimiento para el trabajador o ciudadano que decide divulgar información.

Como primera medida, se promueve la divulgación de información a órganos internos de la misma empresa. La **PIDA** obliga a los empleadores a tener una oficina dedicada a recibir e investigar las quejas de sus trabajadores. Esta oficina debe ser autónoma de la gerencia o altos ejecutivos de la Empresa y es responsable por omisión de quejas sobre conductas peligrosas que se lleguen a concretar, sin haber sido investigadas. También se exige confidencialidad absoluta y asesoría legal en cuanto a los derechos y obligaciones que el delator tiene de acuerdo con la ley y la jurisprudencia. En este punto, el requisito subjetivo que se exige de la persona para ser recibida su queja y empezar la investigación, es tener una sospecha honesta y razonable de un posible peligro que afecte el buen funcionamiento de la compañía. La evidencia que se exige para iniciar la investigación interna es mínima y basta con una prueba documental de lo que se

⁹¹ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence Articulo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág. 107.

dice o con el testimonio juramentado del mismo delator, bajo graves sanciones de no ser cierto lo que dice⁹².

En esta primera instancia de divulgación interna de información, la protección que el Estado le brinda al trabajador es total, es decir, cualquier decisión que se tome y que directa o indirectamente afecte al trabajador-delator, se toma como originada en la información o queja de este y el empleador deberá a probar que no lo fue. En otros términos, se presume que el empleador tomo una decisión que afecta al trabajador y el primero es el llamado a desvirtuarla.

Como segunda medida, el *whistleblower* puede acudir a autoridades externas para entregarles la información, bajo el entendido que previamente acudió a instancias internas dentro del lugar donde trabaja y no fue escuchado (no se le aceptó la queja o no se inició ningún tipo de investigación sin motivo alguno) o bajo la premisa que puede ser sujeto a represalias serias en contra de su persona o de alguna familiar. Es decir el carácter de la divulgación externa es secundario y subsidiario.

Los ingleses entienden que la información dada por un trabajador sobre un riesgo inminente en contra del bienestar público, debe ser tomada en serio y debe ser sujeto a una investigación seria y rigurosa que entregue resultados concretos. La mejor forma de lograr esto, es direccionar a los *whistleblowers* a entregar información a las autoridades que investigan o supervisan las empresas (industrias) en las que trabajan. Para entender mejor la afirmación anterior presentaremos el siguiente ejemplo.

John Smith trabaja hace 4 años con una marca de automóviles reconocida de Inglaterra en el departamento innovación e implementación de nueva tecnología. Con el fin de hacer carros más eficientes y veloces, diseñaron unos frenos que permiten acortar la distancia de frenada así como el desgaste de cada llanta. Después de probar numerosas veces los frenos, en distintos de sus carros, con diferente peso y en distintos climas, el equipo tomo la decisión de implementarlos en todos los carros de la siguiente serie. Sin embargo, John sabe que los frenos en temperaturas extremas (frías o calientes) no responden de forma adecuada. Para algunos miembros del equipo, los frenos son seguros pues en Inglaterra y en la mayoría de los países Europeos no se llegan a temperatura extremas. John por el contrario cree que el riesgo de mal funcionamiento de los frenos es alto y no es conveniente poner en riesgo la salud de los pasajeros y la reputación de la compañía. Por lo que decide entregar la información y las pruebas sobre las falencias de los frenos a las que se hizo referencia. En primera instancia acudió a una instancia interna de la compañía, pasados 6 meses no obtuvo respuesta alguno. En vista de la urgencia y gravedad del asunto, decide acudir a una instancia externa. John sabe que para ser protegido por la leyes de su país debe entregar la información solo a las autoridades que puedan iniciar investigaciones, es decir que tengan la facultad de regular el sector de los automóviles o la protección al consumidor. En este orden de ideas acude al ministerio de

⁹² MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004.. Pág. 107 – 108.

transporte, al gremio que representa al sector de los automóviles y a la agencia que vigila y protege al consumidor.

El anterior ejemplo nos muestra perfectamente el dilema de *whistleblower*: quedarse en silencio y proteger al grupo de trabajo o denunciar un hecho que pone en peligro a miles de vidas. Sumado a lo anterior, los ingleses exigen que el *whistleblower* acuda a las autoridades pertinentes para cada tipo de denuncia, si no lo hace puede que la ley no lo proteja y sea víctima de medidas en su contra.

A diferencia de la divulgación interna de información, cuando se acude a fuentes externas la legislación no protege de manera irrestricta a quien lo hace. Una cláusula de la ley ordena que solo se protegerá a quien entregue información que beneficie el bienestar público y no el particular. En cada caso en particular, el delator debe hacer un juicio de valor y preguntarse si su conducta va a beneficiar a la comunidad o si él será el único beneficiado. Si la respuesta va encaminada hacia el beneficios de la comunidad, puede acudir a las autoridades y será protegido, si por el contrario el único interesado es la persona (particular) no se le aplicarán las disposiciones de la ley (**PIDA**)⁹³.

En el Reino Unido la regla general es que no se paga ningún tipo de recompensa a los whistleblowers, solo se paga una suma de dinero por concepto de daños punitivos lo cuales son impuestos por el juez y en pocos casos han sido mayores de 55.000 libras esterlinas⁹⁴.

La anterior diferencia muestra un enfoque diferente en la visión de la figura entre la legislación inglesa y norteamérica, en la primera se busca siempre el interés de la comunidad y no se premia o recompensa a quien decide “hablar”, mientras que en la segunda, la regla general es la recompensa y la búsqueda de un interés particular, que como resultado beneficie a la comunidad. Esto cambia la estructura motivacional del individuo.

El papel de los medios de comunicación es significativo, según la PIDA, pero debe ser la última instancia a la que recurra el whistleblower. Si las dos etapas previas fallan, el delator deberá acudir ante los medios de comunicación en búsqueda de notoriedad y reconocimiento, con el fin de divulgar una información que afecta a todos y por la cual se deben tomar medidas urgentes y necesarias. Los medios de comunicación, pueden ser un vehículo supremamente eficaz para conseguir que se tomen decisiones por parte de las autoridades, pero también puede ser utilizado para difamar y perjudicar a una organización o persona natural. Por eso es que la legislación inglesa, permite usar este medio masivo de información, previo agotamiento de las primeras dos instancias, so pena de drásticas sanciones pecuniarias. El prestigio es un bien mercantil preciado difícil de obtener, que debe ser respetado por los ciudadanos y por el Estado y no dejarlo a merced de la voluntad humana que constantemente está cambiando⁹⁵.

⁹³ Ley PIDA, Capitulo “Protected Disclosures”. Seccion 43A, 43B, 43F y 43G.

⁹⁴ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence Articulo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág. 110.

⁹⁵ MYERS Anna. Whistleblowing – The Uk Expirence Articulo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág. 112.

De lo anteriormente visto, podemos concluir que la aproximación Inglesa al *whistleblowing* se dio por un movimiento social, generado por varios accidentes trágicos que se pudieron haber evitado, si las quejas de ciertos empleados se hubieran tomado en serio. La posibilidad de conocer información interna de la empresa con fines de interés público llamo la atención del Gobierno y del Parlamento. Juntos discutieron y aprobaron un compendio de normas que protege a los trabajadores que deciden divulgar información, bajo ciertas reglas y parámetros. A diferencia del *whistleblowing* en los Estados Unidos, los ingleses buscan concientizar a las personas de lo útil que es prevenir catástrofes y no la posibilidad de enriquecerse por un hecho ilícito de un tercero, lo que significa que en el Reino Unido como regla general no se recompensa al “*soplón*”. Hasta el momento la experiencia inglesa ha sido positiva, cada vez más son las personas que acuden a las líneas internas de las empresas a divulgar información acerca de hechos ilícitos, previniendo futuras y costosas contingencias.

2. Australia

Al igual que en Inglaterra, fueron una secuencia de eventos trágicos y en algunos casos pre avisados por empleados de las mismas empresas, los que precipitaron incluir algún tipo de figura que incentivara, protegiera e investigara la información de aquellos que conocieran de posibles riesgos en contra del bienestar de los ciudadanos Australianos.

En 1999 y en el 2000, *Jefrey Simpson*, gerente financiero de la aseguradora HIH elevó una serie de quejas dirigidas a los altos ejecutivos de la compañía con sede en Australia, sobre los niveles de insolvencia a los que se estaba llegando. Fue ignorado. En marzo de 2001 la compañía se declaró en bancarota y empezó su proceso de liquidación, lo cual generó millones de dólares en seguros perdidos y miles de empleos perdidos en lo que es considerado el colapso financiero más grande en Australia⁹⁶. En el 2003 al embajador de Australia en Camboya, Tony Kevin, se le otorgó el premio de “*el Whistleblower del año*” después de revelar que el Gobierno Australiano encubrió el hundimiento del barco SIEV X en el cual transportaban inmigrantes, incluyendo niños y varias familias de Australia a Camboya⁹⁷.

Así como en otros países, en principio la idea de contar con un “*soplón*” dentro de la empresa o con un colega de trabajo que en cualquier momento traicionar la lealtad y el compañerismo. La cultura australiana valora el compañerismo o como ellos lo dicen el “*mateship*”, la salida a los bares a tomar cerveza y ver partidos de rugby o críquet en compañía de amigos es una fotografía del comportamiento amistoso del australiano. Por lo tanto promover una cultura que incentiva los “*soplones*” quienes por definición son aquellas personas que entregan información que conocen por su labor en la empresa y que puede afectar intereses colectivos que prevalecen frente a los particulares, no fue una tarea fácil.

Para entender cómo se implementó la figura del *whistleblowing* en Australia debemos explicar de forma sucinta la descentralización territorial de ese país.

Australia es un país federado conformado por 6 estados. Por razones históricas y constitucionales los estados tienen su propia legislatura y los temas en los que pueden legislar son prácticamente

⁹⁶ RANKIN, R. “HIH inquiri seeks scapegoats for Australia’s biggest bankruptcy” se puede ver en www.wsws.org/articles/2003/jan2003/hih-j10.shtml

⁹⁷ <http://www.refugeeaction.org/policy/kevin3.htm>

todos (educación, salud, poder judicial, política, transporte público, gobierno local etc.) mientras que el órgano legislativo nacional, conocido como el Parlamento de Mancomunidad tiene una competencia residual y puede vetar algunas de las leyes aprobadas por los parlamentos estatales.

La primera normatividad que trata el tema del *whistleblowing* fue aprobada en el estado de Queensland (capital, Brisbane) en 1993. A partir de entonces son numerosas las leyes aprobadas en los diferentes estados mediante las cuales se ha pretendido proteger a los trabajadores que entregan información de sus empresas con el fin de proteger el bienestar general de posibles riesgos. Para el 2003, todos los estados australianos, menos el estado de Australia del Norte (Darwin) y la Nación, tienen legislación que incentiva y protege a los “soplones”.

Al igual que en Estado Unidos, en la primera etapa de normas relativas al *whistleblowing* en Australia solo aplicaba a funcionario públicos. A medida que la figura se fue socializando y que muchas de la empresas Estatales fueron vendidas al sector privado (comienzos de los años 90’s) los legisladores y los tribunales comenzaron a adoptar medidas para que se pudiera ampliar su ámbito de aplicación a algunos sectores del ámbito privado.

En ese escenario y en una cultura donde hablar duro tiene sus consecuencias sociales negativas, las leyes que buscan incentivar el *whistleblowing* deben ser seguras y procurar caminos adecuados y seguros para ganar adeptos, solo así comenzará a cambiarse la cultura de la gente y las ideas preconcebidas sobre los “soplones”. Siendo conscientes de los desafíos que tenían por delante, los cuerpos legislativos de los distintos estados, decidieron implementar la figura con un enfoque distinto, atrayendo a la sociedad con un mensaje más claro y contundente. Así fue como en la ejecución de la ley, el poder ejecutivo decidió hablar más de “responsabilidad social” que de información divulgada por delatores. Esta mirada supone que el conjunto de la sociedad es responsable de lo que ocurre en su país (o estado), lo que quiere decir, que cualquier conducta ilegal perpetrada por un servidor público y/o persona del sector privado debe ser denunciada por quienes tienen la evidencia del hecho. El mensaje que algunos de los Estados australianos (*Tasmania, Australia Occidental, Victoria, Nueva Zelanda y Australia Capital*) quisieron venderlas a sus ciudadanos fue que, delatar una conducta ilegal era un deber moral que tiene el ciudadano con la sociedad en la que vive. En los Estados anteriormente mencionados se expidieron leyes⁹⁸ que obligan a la entidades públicas a tener personal y procedimientos para facilitar la divulgación de información asegurar la confidencialidad de la persona que decida hablar sobre conductas ilegales cometidas dentro de la entidad para la cual trabaja.

Con respecto al sector privado, tímidamente los estados han ido ampliando el ámbito de aplicación de las normas relacionadas con el *whistleblowing*, sin ser aun una práctica reiterada, unánime y aceptada por las empresas del sector real. Algunas de ellas son gigantes dentro de sus Estados, gozan de una amplia aceptabilidad y respeto por parte de la sociedad lo que las hace prácticamente intocables por el poder legislativo y convierte al que hable en contra de ellas en un “soplón o traidor”. A pesar de esto se han hecho esfuerzos, como en el Estado de Nueva Zelanda el cual obliga a las compañías asentadas en su territorio a tener procedimientos claros y expresos que permitan la divulgación de información sobre conductas irregulares, así mismo existen normas que protegen a quien “delata” siempre y cuando lo haga dentro del proceso que la

⁹⁸ Tasmania Public Interest Disclosures Act 2002, s60. Western Australia Public Interest Disclosures Act 2003, S23. Victoria Whistleblower Protection Act 2001, s68. New Zealand Protected Disclosures Act 2000, s11. Australian Capital Territory Public Interest Disclosures Act 1994, s10.

empresa diseño para tal fin. En este caso el sector privado fue muy audaz, dejó que leyes sobre el *whistleblowing* pasaran en el asamblea local, pero hicieron el lobby necesario para que en el texto final quedara que el empleado solo podía “hacer sonar el silbato” (es decir, divulgar información) dentro de la misma empresa y a través del procedimiento preestablecido, de no ser así el empleado incurría en una justa causa para su despido y posteriormente podría ser demandado por su ex empleador⁹⁹. Es decir si se puede delatar, pero solo a quien corresponde y como corresponde dentro de la empresa. Ahora bien los legisladores eran conscientes de que las investigaciones internas en empresas terminan archivadas o no se les da la importancia que ameritan, por eso establecieron que quien reciba al *whistleblower* tiene 20 días para adoptar una decisión basada en la información que este entregue, la decisión debe ser de 1. Archivo (por no encontrar suficientes méritos) 2. Inicio de investigación formal (encontró méritos para abrir una investigación) y 3. Solicitar una prórroga hasta por otros 20 días (necesita más pruebas)¹⁰⁰.

De no tomar alguna de estas decisiones dentro del término establecido, el delator podrá acudir directamente a entidades gubernamentales a entregar la información que tiene¹⁰¹.

Frente a la divulgación de información en medios de comunicación, la legislación nacional y estatal es clara en que este es el último paso al que debe llegar el delator y solo en caso de ser necesario. En otras palabras, la ley no incentiva ni protege a quien decide como primera medida acudir a los medio de comunicación a contar una historia sobre conductas ilícitas cometidas por la empresa para la cual trabaja¹⁰².

Los australianos son conscientes del gran poder que tienen los medios de comunicación y de lo peligrosas que se vuelven las historias de corrupción en las manos equivocadas, por eso solo quien ha intentado previamente divulgar una información, tanto en su empresa (internamente) como ante las autoridades públicas y siempre y cuando tenga la certeza de que su información es cierta y de interés público puede acudir a un medio de comunicación, de no ser así no existe norma jurídica que lo proteja y puede verse demandado o denunciado civil y/o penalmente.

Como lo mencionamos anteriormente, la sociedad australiana junto con las personas que la componen son responsables en mantener las conductas de las personas (naturales y jurídicas) dentro de la legalidad, pero esto no quiere decir que cualquier historia e información puede llegar al público sin unos filtros previos.

2.1. Protección sobre aquellos que deciden hablar

La legislación Australiana ofrece una amplia gama de medidas protectoras que fomentan e incentivas a las personas a hablar sobre conductas ilegales en el seno de sus empresas y/o entidades públicas.

⁹⁹ TROTT Kirsten. The Australian Perspective. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 121.

¹⁰⁰ New South Wales Protected Disclosures Act 1994, section 14. South Australia Whistleblowers Protection Act, section 5. New Zealand Protected Disclosure Act 2000, Section 3, 6 and 10.

¹⁰¹ TROTT Kirsten. The Australian Perspective. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 125.

¹⁰² TROTT Kirsten. The Australian Perspective. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 126.

2.1.1. Inmunidad

En todas las jurisdicciones (Estados) del país los delatores son inmunes de acciones civiles y penales en se instaure en su contra por la información que divulgaron si lo hicieron conforme al procedimiento y ante las personas que obliga la ley. Es decir, que si la persona cumplió con los requisitos de forma, no puede ser sujeto de una acción penal o civil en su contra.

En algunas jurisdicciones, los delatores no tienen el deber de guardar confidencialidad cuando conocen sobre la ocurrencia de una conducta ilegal.

2.1.2. Represalias

A pesar de inmunidad que el Estado les a los delatores da frente a futuras demandas civiles o penales, aquellas personas que consideran la opción de hablar y delatar, se preocupan por su vida personal y laboral. El Estado, a través de sus órganos no puede regular el trato y aceptación o negación con el que la gente recibirá al delator, pero si puede crear una serie de medidas tendientes a salvaguardar el empleo y estatus que tiene en su empresa/entidad pública.

Con excepción de los estados de Nueva Zelanda y Australia del Sur, todas las jurisdicciones consideran un delito el tomar represalias en contra de un delator (whistleblower). El delator podrá iniciar una acción judicial por su cuenta o por intermedio de entidades públicas (oficina del trabajo) en contra de quienes lo perjudicaron por su divulgación. Se considera que las siguientes acciones perjudican y lesionan al delator;

1. Lesión o daño físico o psicológico en su persona o la de su familia.
2. Daño en algún bien de su propiedad
3. Intimidación, hostigamientos y discriminación
4. Desventajas o tratamiento discriminatorio en relación al trabajo de la persona, carrera, profesión o negocio.¹⁰³

Bajo el amparo de la ley nacional de *whistleblowers* el empleado que lo desee puede pedirle a su empleador que lo reubique en otra ciudad debido a posibles represalias que pueda sufrir él y/o su familia. L reubicación es prohibida sin la autorización del delator.

2.1.3. Identidad

Una de las preguntas que saltarían a la vista de una persona que esté pensando en delatar a su empresa o a alguno de sus compañeros es ¿si sus colegas y/o jefes se van a enterar?¹⁰⁴, al parecer los políticos australianos se preguntaron lo mismo y decidieron zanjar el interrogante de la siguiente manera, se considera una ofensa y una conducta disciplinaria para los empleados

¹⁰³ Public Interest Disclosure (Protection of Whistleblowers) Bill 2002 (Commonwealth) s4. Queensland Whistleblowers Protection Act 1994 S5, Victoria Whistleblowers Protection Act 2001, s18, Australian Capital Territory Public Interest Disclosure Act 1994 s3, Tasmania Protected Disclosure Act 2002, s19 Western Australia Public Interest Disclosure Act 2003 s3, South Australia Whistleblower Protection Act 1993 s9.

¹⁰⁴ TROTT Kirsten. The Australian Perspective. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 128.

públicos, revelar información que es conocida y/o recibida como resultado de un delator que es legalmente protegido.

Ahora bien si el funcionario judicial que lleve la investigación considera que es indispensable revelar la fuente (delator) de quien entrego la información o si considera que la efectividad del proceso depende del delator, puede revelar su identidad siempre y cuando se le haya avisado la intención de revelar su identidad previamente¹⁰⁵.

2.1.4. Recompensas

Ningún estado australiano ofrece recompensas financieras a los delatores por la información que suministraron a las autoridades.

2.1.5. La experiencia de Australia

Una vez visto el cuándo, porque y como se implementó la figura del whistleblowing en Australia las preguntas que nos asaltan son: ¿ha servido? ¿Hay más casos de divulgación de información debido a la implementación del nuevo paquete normativo?

Para Rosemary Barker Co-directora del departamento de recursos humanos del Estado de Victoria ha habido pocos casos de divulgaciones desde que se implementó el nuevo paquete de medidas (nacionales y estatales) tendientes a motivar e incentivar esta práctica, al parecer la cultura de “amigazo” y de no ser percibido como un traidor aún persiste en Australia. A la gente le da miedo perder el trabajo y el estatus que ha logrado¹⁰⁶.

Con respecto al sector privado no se tienen estadísticas ya que la ley obliga a crear una serie de procedimientos para recibir la información del whistleblower, pero no hay ningún deber de informar a las autoridades o a la opinión pública cuantos casos de estos se han presentado.

A pesar de ser esto cierto, es irrefutable el de que los australianos cuentan hoy con medidas proteccionistas, claras y expresas para cuando deseen divulgar información relacionada con conductas ilegales. Puede que a las autoridades o a los medios de comunicación llegues dos o tres casos de divulgación al año, pero esto puede ser necesario para salvar vidas o para salvaguardar grandes intereses nacionales. Por algo los ocho estados federados y la nación han expedido leyes relacionadas con esta figura, más vale tenerla y bridarles a los ciudadanos todas las herramientas necesarias para combatir la corrupción que después arrepentirse por no tenerlas.

3. Sur África

Antes de 1993 en Sur África los únicos silbatos que sonaban, eran en campos deportivos donde jugaba y asistía la minoría blanca a practicar sus deportes. Esta segregación se extendía a todas las esferas de la sociedad, y determinaba donde debían vivir, jugar, trabajar, descansar, estudiar y

¹⁰⁵ Public Interest Disclosure Bill 2002, section 34. Queensland Whistleblower Protection Act 1994, section 55. Victoria Whistleblower Protection Act 2001, section 22. Western Australia Public Interest Disclosure Act 2003, section 16. Tasmania Protected Disclosure act 2002, section 23.

¹⁰⁶ TROTT Kirsten. The Australian Perspective. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 140 – 141.

hasta que transporte debían tomar las personas. El sistema del “apartheid” fue ingeniado para que la sociedad blanca, la cual era una minoría en este país del África, controlara y mantuviera el poder de gobernar las vidas de toda una nación, en pocas palabras fue un régimen cuyo fin era sostener la dominación de la raza blanca frente a la negra. Parte del aparato gubernamental del apartheid se fundaba en un desarrollado modelo de espionaje, que infiltraba todos los sectores de la sociedad. Los partidos políticos, las comunidades negras, las ONG’s y los individuos eran vigilados constantemente por el gobierno, esto generó una cultura de desconfianza en donde nadie confiaba en nadie. El método usado por el gobierno de entonces era simple; pagaban dinero a quien denunciara personas y organizaciones contrarias al régimen. En un país donde el desempleo y la pobreza abundan, este tipo de “recompensas” no se hacía esperar por los ciudadanos que constantemente se vigilaban los unos a los otros para delatarse y poder recibir un poco de dinero¹⁰⁷.

El nombre que se les daba a los informantes informales del gobierno era “*impipis*”. Si un miembro de la comunidad era encontrado espionando o colaborando con el gobierno, la misma sociedad lo rechazaba y en ocasiones lo reprimía físicamente (incluso hasta causarle la muerte). Esto se hacía para enviar el mensaje, que “los soplonos” no eran tolerados ni bienvenidos. Al ocurrir este tipo de hechos, ni la policía ni algún funcionario del gobierno aparecían para calmar la revuelta¹⁰⁸.

Debido a esta cultura en la cual crecieron muchos de los hombres y mujeres surafricanos de hoy, en la que ser *impipi* (ser delator) no era precisamente un buen negocio, o al menos era uno de aquellos donde se arriesgaba mucho por poco, la corrupción es un mal que abunda en el país, sin que nadie la denuncie o divulgue información de la que tenga conocimiento.¹⁰⁹

Sumado a los problemas culturales que derivados del apartheid, el sector privado también se vio influenciado por este peculiar sistema de gobierno. Durante el tiempo que la raza blanca mantuvo el poder en Sur África, las grandes empresas privadas se vieron notoriamente favorecidas por la situación política y trabajaban de la mano con los funcionarios del gobierno para mantener el estatus quo. Por lo tanto se creó una cultura empresarial en la que necesariamente se debía tener amistades con funcionarios del Gobierno para que los negocios salieran adelante. Todo esto, más la pobreza, la falta de educación, la falta de oportunidades y el desempleo hacen de sur África un país perfecto para que el virus de la corrupción llegara para quedarse.

De acuerdo con la constitución interina que dio la oportunidad de celebrar las elecciones de 1994 “la democracia legitimaba a todos los ciudadanos a participar en la conformación del gobierno

¹⁰⁷ DIMBA Mukelani, STOPER Lorraine y THOMSON Bill. The South African experience. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 143

¹⁰⁸ DIMBA Mukelani, STOPER Lorraine y THOMSON Bill. The South African experience. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 143

¹⁰⁹ DIMBA Mukelani, STOPER Lorraine y THOMSON Bill. The South African experience. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 144.

que los iba a representar, y a su vez responsabilizaba ante la sociedad a aquel funcionario público que tomara una decisión contraria a los intereses de la sociedad”¹¹⁰.

Después de la históricas elecciones de 1994 en las que Nelson Mandela fue elegido como presidente de la nación, el entonces presidente del congreso Thabo Mbeki (quien después sucedió en la presidencia a Mandela) acudió a los servicios de la academia, abogados administrativistas con trayectoria, políticos reconocidos, estudiantes y demás miembros de la sociedad para comenzar un estudio jurídico que asegurara la implementación de lo escrito en la constitución de su país.

En 1995 el Grupo de trabajo que creó Mbeki entregó su primer borrador de ley, la cual denominaron “para una democracia abierta”¹¹¹ y dentro de su objetivo encontramos lo siguiente;

*“reconocer el deseo de los funcionarios públicos en divulgar información en contra de actos de corrupción, mala administración, o actos ilegales que ocurran en sus entidades como una forma indispensable para mantener un gobierno responsable y una administración eficiente”*¹¹².

Esta propuesta fue tomada por los miembros del congreso quienes después de varias sesiones de deliberación publicaron en la gaceta nacional la versión final de la ley, en la cual expresamente se estableció que uno de los objetivos de la norma era;

“Proteger a personas que divulgaran evidencias de contravenciones a la ley; mala administración o corrupción dentro de las entidades del Gobierno; o conductas conectadas a aquellas”

La ley dedicó un capítulo a los *whistleblowers* y estableció que el Estado protegería a “quien de buena fe divulga evidencia sobre conductas que contravengan la ley, corrupción, deshonestidad y mala administración por parte de funcionarios públicos en órganos del Estado”¹¹³. A pesar de este mandato, los legisladores Sur Africanos decidieron que solo se aplicaba sobre aquellos sujetos que acudieran a divulgar información a las instituciones que taxativamente expresa la ley; el Parlamento, el Fiscal General Nación, el Auditor General de la Nación, el Ministerio Público y/o la Comisión para los Derechos Humanos. Solo bajo circunstancias especiales el delator puede acudir a los medios de comunicación a divulgar información.

Algunos sectores de la academia reconocen la importancia de la ley, pues dio el primer enorme hacia una democracia más justa y transparente y permite proteger a la persona que tiene el deseo de divulgar información sobre corrupción o mala administración en entidades del Estado. Sin embargo varios sectores de la sociedad (academia, organizaciones civiles y ONG`s) criticaron la norma por no extender su ámbito de aplicación al sector privado, para aquellos el problema de corrupción en el país no era solo del poder público sino que por el contrario, gran parte de la empresas privadas se lucraba y auspiciaba conductas ilegales para crecer y dominar cada día más

¹¹⁰ Constitución Interina de Sur Africa. Sección 35

¹¹¹ Título original; Open Democracy Act.

¹¹² Task Group on Open Democracy (1995), Open Democracy Act for South Africa: Policy Proposals (unpublished document)

¹¹³ Gaceta del Gobierno Sur Africano No. 18381. Pretoria. The Open Democracy Bill, 18 October 1997. Section 63.

su mercado¹¹⁴. El pasado (autoridad blanca y grandes empresas que se lucraban por sus vínculos con el gobierno), la pobreza y el desempleo eran elementos que sumados daban para que las grandes empresas privadas con su poder económico y social pudieran comprar muchas conciencias y prácticamente vivir en un Estado donde la ley no les aplicaba.

En 1998 distintas ONG's iniciaron una campaña de educación y presión para incluir dentro de la ley "*para una democracia abierta*" al sector privado, por considerarlo como uno de los actores fundamentales en los episodios de corrupción que ocurren. El presidente Mbeki (1999) en su discurso de posesión invitó al Gobierno y al sector privado a combatir conjuntamente el fenómeno de la corrupción y reiteró la intención de tener una administración transparente, honesta y responsable en atacar a quien transgreda la ley"¹¹⁵. Este deseo del nuevo presidente de la república fue tenido en cuenta por las organizaciones, civiles, ONG's y algunos sector de la academia quienes se dedicaron a viajar por el país realizando seminarios sobre corrupción y demostrando el papel que el sector privado jugaba en ella. El gran logro de este movimiento fue poner en la agenda pública nacional el tema de la corrupción. Su éxito final, fue la ley que el Congreso de la República promulgó a mediados del 2000 llamada "ley de divulgaciones protegidas"¹¹⁶. La ley ofrece una alternativa al silencio creando procedimientos para divulgar información relacionada con actos de ilegales ocurridos en el sector público y/o privado y brindándole así una protección al empleado que decide hacerlo. El objetivo de la norma fue, incentivar a aquellos empleados leales y honestos a que no se quedaran en silencio sino que hablaran y entregaran la información que tuvieran a su disposición sobre conductas contrarias a la ley. Otro de sus objetivos fue el apoyar la creación de varias organizaciones sin ánimo de lucro para proteger, informar y asesorar a las personas que quisieran hablar. A pesar de los buenos propósitos de la norma, temas como la confidencialidad, sanciones al empleador que toma represalias, inmunidad quedaron sin resolverse y a la postre esas lagunas legales volvieron a la ley prácticamente inocua.

Una vez más Sur África se tomaba el tiempo para hablar de corrupción y como resultado expedida una ley cuyo objetivo principal era incentivar y proteger a aquellos que decidían hablar. Sin embargo en la década que lleva su implementación el resultado propuesto por los legisladores no se ha conseguido.

Factores como el temor a perder el empleo en un país donde abunda el desempleo y la falta de oportunidades, el miedo a ser linchando como en la época de los *impipis*, el gasto que supone largos procesos judiciales en los que se ven inmersos los pocos que han decidido hablar y falta de claridad en la norma han hecho que sean excepcionales los casos de *whistleblowers* presentado en la país del África del sur. Aun así el esfuerzo se ha hecho y seguramente se sigue haciendo, políticos, líderes sindicales, la academia, organizaciones civiles etc. siguen buscando maneras para terminar con uno de los problemas que más afecta a su sociedad y que impide al país crecer a tasas más altas. Sostener que la figura del whistleblowing fue un fracaso en Sur África sería basados en los resultados de una década sería un poco apresurado e incorrecto de hacer, lo que sí es un hecho es la intención del país (Gobierno, Congreso, Rama Judicial y Sociedad) en

¹¹⁴ DIMBA Mukelani, STOPER Lorraine y THOMSON Bill. The South African experience. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 144

¹¹⁵ Mbeki T. Discurso de posesión del Presidente de la República de Sur África ante el Parlamento. Ciudad del Cabo 25 de junio de 1999. Se puede leer en; www.polity.org.za/html/govdocs/speeches/1999/sp065.html

¹¹⁶ Titulo original; The Protected Disclosures Act.

transformarse en una sociedad más democrática y honesta, para así dejar atrás el pasado y comenzar con un futuro más prometedor.

4. Japón

En 1980 una multinacional farmacéutica solicitó a la autoridad competente una autorización para comercializar un medicamento anti-cancerígeno. Los científicos encargados de la investigación del medicamento “hicieron sonar el silbato” en una reunión interna de la compañía y sus superiores inmediatos. Al ver que sus preocupaciones fueron ignoradas acudieron al sindicato de la empresa, para impedir que la droga saliera a la venta y fuera consumida por el público. La compañía atacó el sindicato y trató de liquidarlo, al no poder hacerlo directamente, comenzaron una serie de conductas como ordenar al líder sindical a tomar seminarios largos alrededor del país, perseguir e intimidar a miembros del sindicato lo cual generó el debilitamiento del mismo. Hasta ese momento la empresa se había asegurado que nada saliera a la luz pública. Pasados unos meses un periódico nacional hizo un reporte sobre los riesgos de la droga y sobre la forma en que la empresa había manejado las preocupaciones de los investigadores y después al sindicato. La comunidad médica, sectores políticos, asociaciones de consumidores y otros sindicatos reaccionaron con vehemencia en contra de la actitud de la empresa. Como consecuencia de esa presión, la compañía dejó de vender la droga y llegó a un acuerdo confidencial con el sindicato y los científicos que en primera instancia trataron de alertar a sus jefes inmediatos sobre los efectos nocivos del producto¹¹⁷.

La cultura japonesa tiende a excluir a aquellos que son diferentes a las demás, les desagrada tener que lidiar con individuos conflictivos o que se comportan de forma inusual al comportamiento generalmente admitido por la sociedad. También es conocido el sentido de pertenencia que tiene un trabajador con su compañía. Muchos trabajadores japoneses edifican su vida laboral en una misma compañía, empezando muy jóvenes, progresando a medida que los años pasan hasta alcanzar la jubilación. Esto genera una cultura pro-empresarial fuerte y asegura una lealtad entre empleado y empleador mientras las condiciones laborales perduren¹¹⁸.

De divulgarse algún tipo de información interna o externamente la compañía tomara las medidas conducentes para averiguar quién fue el “traidor” y lo señalará como tal ante sus colegas. Esto hará que la persona se sienta lo suficientemente mal como para renunciar a su compañía y podrá llegar al punto de cambiar de domicilio. La cultura y la sociedad castigan con su rechazo al diferente, en este caso al “informante o traidor”¹¹⁹.

En el año 2004, el congreso japonés expidió la ley¹²⁰ de protección al whistleblower, mediante la cual se protege a empleados del sector público y privado de retaliaciones en contra de ellos y sus familias, que pueda ser cometidos por sus empleador en virtud de la información que deciden revelar. La norma ordena que las empresas tengan un área donde los empleados puedan acudir a

¹¹⁷ MIKI Yukiko. The Position in Japan. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 153.

¹¹⁸ MIKI Yukiko. The Position in Japan. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 154.

¹¹⁹ MIKI Yukiko. The Position in Japan. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 154.

¹²⁰ Whistleblower protection Act No. 122 of 2004.

presentar sus denuncias, esta área deberá investigar la información presentada y presentar un informe objetivo sobre la misma¹²¹.

Por otro lado, el empleado no será protegido si decide libremente acudir a las autoridades o a los medios de comunicación sin haber, acudido antes a las instancias internas de su empresa.

El código laboral japonés señala que nadie podrá ser despedido sin una justa causa, sin embargo, el estrés y el rechazo social al que se ve enfrentado el delator es tan grande, que termina voluntariamente renunciando. Sumado a lo anterior, algunas de las grandes corporaciones le arriendan vivienda a sus empleados, para así evitar tiempo perdido en desplazamientos por la ciudad, lo cual fomenta el compañerismo, la camaradería y la lealtad del trabajador con su empresa.

El Gobierno nipón tiene facultades para regular la economía a través de decretos con fuerza de ley. Esto ha derivado en una relación de complicidad entre el sector privado y el poder central. Son muchos los casos en que empresas que han causado daños serios a la comunidad y/o al medio ambiente no son castigadas como se debería por sus nexos con el Gobierno¹²². Los sindicatos de empleados generalmente mantienen buenas relaciones con los empleadores, lo cual hace pensar que esa buena relación no se va a ver afectada por la información que una persona pueda entregar.

En síntesis la cultura Japonesa en general castiga los actos de corrupción y se podría decir que la percepción global que se tiene sobre el país nipón es que sus instituciones son fuertes y aún no han sido permeadas por el virus de la corrupción. Sin embargo y por paradójico que suene, la idiosincrasia del pueblo japonés, reprocha y aísla al individuo que delata actos contrarios a la ley. La lealtad a las empresas, la buena relación que existe entre estas y los sindicatos y a su vez la “amistad” entre el sector privado y público torna difícil la implementación de una figura como la que hoy estudiamos.

5. Israel

Un aspecto de la economía Israelí llama la atención frente al tema de la corrupción; el involucramiento del gobierno y las distintas instituciones políticas en la actividad económica ejercida por el sector privado. Según la profesora *Ann Johnson* esta intromisión, en ocasiones borra la delgada línea que en Israel existe entre el sector privado y la corrupción política, de hecho gran parte de las conductas corruptas son perpetuadas de forma directa o indirecta por un actor político¹²³.

Israel no tiene una reputación mundial por ser un país corrupto, sin embargo localmente es conocido y en ocasiones aceptado la repartición de puestos de trabajo por parte de miembros del gabinete del gobierno de turno y la cercanía de estos con las grandes empresas del sector privado. Desde la creación del Estado de Israel hasta 1977, este fenómeno de favores políticos

¹²¹ Tomado de la página web: http://www.jil.go.jp/english/JLR/documents/2007/JLR15_mizutani.pdf

¹²² MIKI Yukiko. The Position in Japan. Artículo incluido en CALLAND Richard & DEHN Guy. Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. Pág 155.

¹²³ ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. White Corruption in Israel. Pag 55.

fue dominado por el Partido Laboralista, quienes a través de una red que comprendía al 1. Gobierno 2. La *Histadrut* (Asociación de sindicatos de Israel) 3. Empresarios del sector privado y 4. Autoridades locales, lograron mantener el poder político y económico en cabeza del partido político. Estos “favores políticos” que se presentaban a finales de los años 70’s hoy en día se sigue ocurriendo, y la sociedad esta tan acostumbrada que dejo de verlo como un crimen o una conducta inapropiada y lo adoptó como una costumbre en las que más vale la pena estar, sino el éxito económico y profesional se vuelve más difícil de alcanzar.

Consientes de una cultura que favorece a las elites o a quienes tienen acceso al poder político, los legisladores de antaño crearon y facultaron a una serie de autoridades para que auditora al gobierno nacional y local, previniendo los excesos que se podrían derivar del uso arbitrario del poder. Es así como en Israel los siguientes órganos son quienes deben combatir la corrupción; la policía, el Fiscal General, el Poder Judicial, el Procurador General y el Contralor General.

La norma que regula al contralor y al procurador, los obliga a realizar y presentar ante el *Kneset* (Parlamento) un informe anual sobre su gestión, en el que un capítulo debe ser dedicado exclusivamente a los actos de corrupción investigados y a sugerencias sobre prácticas ilegales evidenciadas por sus despachos, esto con el fin de discutir la posibilidad de presentar proyectos de ley que prohíban esas prácticas encantadas¹²⁴.

Adicionalmente a las instituciones antes mencionadas, la ley prohíbe a empleados públicos trabajar en empresas del sector privado que tengan relación con la entidad estatal para la cual se trabajaban, el término de esta prohibición es de dos años¹²⁵.

5.1. Leyes que protegen y fomentan a los *Whistleblowers*

En mayo de 1981 el parlamento aprobó la enmienda No. 11 a la ley que regula la Contraloría y la Procuraduría, otorgándole facultadas a estas instituciones para recibir denuncias de ciudadanos sobre prácticas ilegales perpetuadas por servidores públicos (Procuraduría) o malversación de fondos públicos (Contraloría)¹²⁶. Según la Ley, la denuncia podrá ser recibida si quien la hace jura que lo hace de buena fe y en concordancia con los requisitos que tanto la procuraduría como la Contraloría dispongan. En poco más de 25 años desde la aprobación de la ley, la experiencia mostro que las medidas adoptadas no fueron suficientes, dado que en ningún momento se definió lo que se entendía por buena fe, lo cual dejaba a la subjetividad del funcionario público el aceptar o no la denuncia. Esto se sumó a la poca confianza que los ciudadanos de Israel tienen en la filtración de información desde las entidades públicas hacia empresas privadas a las que muchos de los denunciantes pertenecen. Como lo mencionamos anteriormente, en Israel existe una relación de vieja data entre el sector público y privado.

Con el propósito de darles mayor protección a los delatores, el 11 de febrero de 1997 el Parlamento Israelí aprobó la ley de protección del empleado¹²⁷ en la que se incluyó un capítulo

¹²⁴ ANN JOHNSON Roberta. *The Struggle Against Corruption*. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. *White Corruption in Israel*. Pag 60.

¹²⁵ ANN JOHNSON Roberta. *The Struggle Against Corruption*. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. *White Corruption in Israel*. Pag 60.

¹²⁶ ANN JOHNSON Roberta. *The Struggle Against Corruption*. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. *White Corruption in Israel*. Pag 64.

¹²⁷ Título en ingles “The protection of Employees Law”

que trata y protege a aquellos trabajadores que deciden hablar y divulgar casos de corrupción. La ley faculta al juez laboral para castigar a los empleados que persiguen, discriminan o atentan contra quienes delatan, siempre y cuando cumplan con las siguientes condiciones;

- “1. El delator (o quien lo asista) debe divulgar la información con buena fe.
2. La información debe versar sobre actos ilegales ocurridos dentro de su lugar de trabajo o sobre actividades de su empleador de las que tenga conocimiento.
3. El delator deberá divulgar la información ante la entidad estatal facultada para recibir la información o a quien tenga el deber de investigar las conductas que se desprenden de la información entregada.”¹²⁸

Si la persona cumple con estos tres requisitos y busca protección en una corte laboral, esta se le otorgará. La ley también faculta al juez laboral con la posibilidad de sancionar al empleador con una multa que deberá ser pagada al trabajador como compensación de los daños sufridos o con la reintegración si considera que la compensación económica no es suficiente. En este procedimiento la carga de la prueba la tiene el empleador. Es decir, quien debe probar que no perjudico de ninguna forma al trabajador es el empleador.

5.2. Corrupción de Cuello Blanco.

Los profesores Roberta Ann Johnson y Chaim Kalcheim, en el libro “The Struggle Against Corruption” argumentan que los Israelíes han crecido en una cultura que de uno u otra forma tolera algunos actos contrarios a las buenas costumbres que en cualquier otra sociedad se considerarían como actos de corrupción¹²⁹. Este fenómeno se comenzó a gestar con la llegada de masas de personas al territorio Israelí entre 1948 y 1960. Los votos de los “nuevos inmigrantes” eran apreciados y comprados a cualquier costo por la clase política que apenas estaba surgiendo en esta nueva nación. Esta práctica de compra de votos a cambio de favores políticos (puestos, asensos, favores en investigaciones etc.) se volvió común en Israel, a tal punto que hoy en día existe una palabra (un modismo) que hace referencia al acto de conseguir lo que uno busca gracias a los “hilos” de algún político que estaba detrás ayudando; *Protekzia* es el término¹³⁰.

Según el profesor Chaim Kalcheim, *Protekzia* es una palabra usada por los Israelíes con bastante naturalidad y si bien no tiene una definición literal, el modo en que se usa siempre es para referirse a “aquel que es tratado de forma preferente aunque signifique violar normas administrativas, gracias a sus contactos con funcionarios de Gobierno, sin que esto signifique necesariamente el ofrecimiento u recibimiento de dinero entre las partes involucradas”¹³¹.

5.3. Whistleblowing en Israel

Como hemos visto son varios factores los que determinan si una cultura es propensa a delatar malas prácticas cometidas en sus empresas o no. Varían desde el grado de recompensa,

¹²⁸ Ley en ingles (The Protection of Employees Law, del 11 de febrero de 1997.

¹²⁹ ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. White Corruption in Israel. Pag 70.

¹³⁰ ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. White Corruption in Israel. Pag 71.

¹³¹ ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. – A comparative study. White Corruption in Israel. Pag 70. Chain Kalcheim. White Corruption in Israel

protección a la persona y su familia, hasta las posibles retaliaciones de sus empleadores, el rechazo social o el temor a perder el empleo sumado con la falta de oportunidades.

El estudio del caso de Israel, nos enseña que la cultura y valores inmersos dentro de la sociedad juegan un rol fundamental en el éxito de una figura como estudiada en este trabajo. En una cultura donde la política y los favores que emergen de ella son vistos como normales, se hace complejo para un funcionario público el denunciar actos indebidos, sin sufrir un fuerte rechazo de sus colegas. Cuando se vuelve común doblar las normas o interpretarlas en beneficio propio sin sufrir consecuencias, por muy leve que sea esa violación, las personas se acostumbran y toman dos opciones. La primera es jugar a lo mismo, es decir, violar ciertas normas (administrativas, comerciales, tributarias, civiles etc.) en su propio beneficio y esperar que nade pase, la segunda alternativa es permanecer en silencio.

Según el estudio del profesor *Chaim Kalcheim*, prácticamente toda persona en Israel ha utilizado alguna vez en su vida un favor político, por lo que “soplar” a alguien por hacerlo sería como auto incriminarse uno mismo.

A pesar del esfuerzo de las distintas instituciones del Estado (gobierno, legisladores, jueces, procuraduría y contraloría) en brindar las herramientas jurídicas necesarias para garantizar la protección de quienes deciden hablar, la cultura y las costumbres son más fuertes que la ley y sus buenas intenciones.

6. Rusia

Para estudiar y comprender como ha surgido la figura del *whistleblowing* en Rusia, debemos comenzar por destacar la corrupción que existía al interior del Gobierno en la ya inexistente Unión Soviética.

Durante las siete décadas que duró el régimen comunista, el gobierno (el Estado) invirtió fuertemente en propaganda, relacionada a la corrupción, especialmente en lo referente al trato sobre aquellas personas que cometieran actos de esta índole. Según la profesora *Martirossian* “*la propaganda oficial y la directrices de las autoridades soviéticas, determinaban que la honestidad y transparencia era la única política y por ende no se aceptarían actos que fueran en contra de esta orden. (...) Cuando se investigaba o capturaba directamente a alguien perpetuando alguna conducta considerada como corrupta (en ocasiones los oficiales del Gobierno eran quienes determinaban que era corrupto y que no) se decía que era cometida por personas afines a los Tzares y por tal motivo eran opositores al régimen.*”¹³²

Desde la época de la Unión Soviética la corrupción era vista como un problema de ideología política, más no de intereses personales. Por esto se concibió la idea de que la corrupción se gestaba en las entidades públicas centrales (era donde estaba el poder y por ende donde las ideologías políticas colisionaban) y cuyos autores eran los funcionarios públicos. Vale la pena resaltar que para ese entonces todos los trabajadores eran oficiales, en otras palabras, la empresa privada no existía, por lo que no era necesario diferenciar la corrupción entre el sector privado y público.

¹³² MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. *The Struggle Against Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pág. 86.

Ahora bien, la imagen de país transparente y honesto que se transmitía puertas a los ciudadanos y a la comunidad internacional, no necesariamente reflejaba lo que pasaba puertas adentro del Kremlin. Para la profesora *Martirossain* “en un país donde se supone que todos son iguales y a todos se le da lo mismo, es imposible que no existan alguien que se aproveche de su superioridad para vivir un poco mejor que el resto de la multitud”¹³³. Ejemplo de esto, es lo que ocurría con los bienes de consumo en los hogares. El Gobierno mensualmente le asignaba unas raciones de comida, utensilios personales y para la limpieza a cada hogar. Las personas debían vivir con las raciones que se les daban, si se les acababan debían esperar hasta el siguiente mes o pedirles a sus vecinos o amigos que les suministrara algún producto. Pues bien, esto funcionaba de forma más o menos correcta para los ciudadanos normales, porque para las autoridades del régimen, no había limitaciones en ningún tipo de producto, inclusive consumían bienes que no eran suministrados al resto de la sociedad¹³⁴.

Pero estas autoridades no solo se aprovechaban de su status y autoridad para vivir mejor que los demás, sino que decidieron vender (traficar) con productos a cambio de dinero u algún favor que satisficiera su interés personal. Esta práctica más tarde paso a llamarse el “mercado negro”¹³⁵ de la unión soviética. Así que de puertas para fuera el Estado Soviético se mostraba fuerte, honestos y transparente, pero hacia adentro, sus funcionarios más importantes (por su jerarquía) se aprovechaban de la poca oferta y sobre demanda que caracterizaba al mercado, para vender productos a unos precios altos y beneficiarse con ello.

En el sector de la educación ocurría algo similar. La educación era gratuita para los ciudadanos, sin embargo los cupos eran limitados y debían ser asignados por autoridades locales. Estas últimas decidieron crear una especie de negocio y cambiar cupos en colegios y universidades por dinero o por otros favores dentro del régimen.

Poco a poco el “mercado negro” fue cogiendo fuerza y se volvió una práctica a la que recurrían los ciudadanos para abastecer sus necesidades básicas y/o para acceder a sectores en los que tendrían una mayor posición. Este mercado de corrupción, duró hasta el final de la unión Soviética y para la profesora *Martorossian* fueron tres lo facturas lo que ayudaron a que esto sucediera.

“A) Era una forma de mantener el poder dentro de las “elites” que lo ostentaban. Cualquier sublevación o disconformidad y quien tenía poder amenazaba con no volver a suministrar determinado producto

B) Al “comercializar” con bienes que en algunos casos satisfacían necesidades básicas del ser humano (como la comida) quien lo hacía no sentía el estigma de la corrupción o de haber cometido un acto contrario a la ley

C) Para los oficiales los beneficios potenciales de sus actos eran mayores a los perjuicios que pudieran sufrir, dado que las investigaciones en su contra rara vez

¹³³ MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pág. 82.

¹³⁴ MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pág. 86.

¹³⁵ En ruso se conoce como “*tyenevaya ekonomika*”

se daban y si los llegaran a condenar, las penas eran relativamente leves.”¹³⁶
Recordemos que la imagen del Estado era de honestidad y transparencia, y aquellos casos de corrupción eran atribuidos a individuos opositores al régimen, de tal forma que mal se haría en castigar a algún funcionario público importante por un acto de este tipo.

Con la ruptura de la Unión Soviética a finales de los años 80's, surgió una nueva clase de corrupción (o quizá la misma que ya existía, pero que operaba abajo de la mesa) que se apoderó de la noche a la mañana de grandes industrias del Estado y comenzó a controlar gran parte de la industria nacional. Quienes antes se beneficiaban por ser amigos de funcionarios de alto nivel del Kremlin pasaron a ser dueños de gaseoductos, oleoductos, acueductos, plantas generadoras de energía, y de muchas otras empresas que garantizaban unas utilidades altas. Pero a diferencia del pasado, hoy en día el mercado negro y el poder de estos grupos ilegales se sostienen con ejércitos de personas armadas que están dispuestos a enfrentarse en Moscú a plena luz del día, con mirada de las autoridades que poco o nada pueden hacer.

Es sorprendente que para el año 2000 el 85% de la población considera que los funcionarios públicos son corruptos y el 89%¹³⁷ considera las decisiones del orden nacional se toman por una elite se “súper ricos”.

6.1. Whistleblowing en Rusia

En occidente la idea de hablar y divulgar información es protegida y en algunos casos recompensada con el fin de conocer los datos exactos que lleven a una investigación solida sobre actos de corrupción. Sin embargo, la práctica de delatar (whistleblowing) es poco frecuente en Rusia hoy en día, debido a la escasa protección en favor del delator, debido a las mafias o grupos legales que han surgido en el país desde la desaparición de la Unión Soviética. Sumado a esto, nos encontramos con una cultura que desapruueba a los soplones.

La palabra más aproximada en ruso a “soplón – delator – informante” es “*donos*” o “*donoschilk*”¹³⁸ que significa el acto de informar e informarte respectivamente. Ambas palabras tienen una connotación negativa en el lenguaje ruso y son más bien usadas para describir a alguien doble o en quien no se debe confiar. Probablemente la connotación negativa viene de la época de Stalin, especialmente el año 1937 en donde el régimen contaba con múltiples “donos” en el país, para que contaran sobre quien era desleal o cometía prácticas contrarias a las políticas de ese entonces. Inclusive se llegó a criminalizar a quien no informaba al Estado sobre algún hecho de deslealtad cometido por algún pariente o conocido. Hoy en día cuando si le dice a un ruso que vigile a algún compañero de trabajo, la probable respuesta de ese será “*volvimos al año de 1937*”¹³⁹.

¹³⁶ MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pag 87.

¹³⁷ Webster , William. Russian Organized Crime and Corruption: Putin's Challenge (a report of the Center Strategie and International Studies Global Organized Crime Project). Whashington DC.

¹³⁸ MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pag 91

¹³⁹ MARTIROSSIAN Jasmine artículo incluido en ANN JOHNSON Roberta. The Struggle Against Corruption. Ed. Palgrave Macmillan, United States 2004. Pag 95.

El país ya vivió y sufrió una época en donde el propio Estado recompensaba a los delatores, pero como en el caso de Sur África anteriormente visto, esta práctica hizo que muchos inocentes fueran a la cárcel por conductas que nunca cometieron, gracias a denuncias presentadas por sus enemigos políticos o personales. Por lo tanto, las personas más que informar por un bien común, comenzaron a entregar información a las autoridades (a veces falsa) que buscaban el interés propio del individuo o al menos su protección.

Tal vez esa es la razón fundamental por la cual la sociedad y sus representantes en el Congreso (Duma) no se han sentido a dar un debate sobre una figura como la del *whistleblowing* como una herramienta para combatir la corrupción. Putin y sus fuerzas en la Duma, han intentado aprobar leyes relacionadas con la corrupción, pero para la profesora Martorossian este esfuerzo va encaminado por una parte a mostrar al Gobierno como transparente y así ganarse el beneplácito de los indecisos de cara a las urnas y por otro a investigar y encontrar actos de corrupción más no a castigar al culpable.

Rusia es otro ejemplo de un país con grandes problemas sociales (desigualdad y pobreza) y con una tasa de corrupción supremamente alta en donde una figura como la que estamos estudiando en este trabajo, aún no está preparada para entrar en el ordenamiento jurídico. Factores culturales, como un pasado en el que se obligaba a la gente a delatar a sus amigos o inclusive a sus propios familiares, so pena de ir a la cárcel por quedarse callado han hecho huella en la sociedad Rusa de hoy en día, la cual no quiere saber nada de soplones o delatores, a cuando en otras naciones está probado que es un método efectivo para descifrar empresas criminales que se crean con el único objetivo de defraudar al Estado.

Otro factor que imposibilita la proliferación de delatores en la Rusia de hoy es las distintas organizaciones criminales que existen el país y en el poder, político, económico y criminal que estas ostentan.

7. Conclusión.

En este capítulo realizamos un análisis sobre la forma en que varios países de distintos continentes abordan la figura del *whistleblowing*. Pudimos observar que muchos de estos países han decidido abordar el tema de la corrupción de frente y así, brindarles a sus ciudadanos herramientas que permitan combatirla. Con este objetivo varios ordenamientos jurídicos han incluido normas relacionadas con el *whistleblowing*, para así incentivar y proteger a quien decide no guardar silencio, ni ser cómplice de actos inmorales e ilegales, sino que por el contrario quiere hablar y denunciar (fundamentado en hechos y pruebas) a quienes se lucran de forma ilícita. Desde Inglaterra hasta Australia, pasando por Israel, Sur África, Rusia y Japón se evidenció que de una forma u otra el tema de la corrupción y sus posibles soluciones ha estado en la agenda estatal. Vimos que son diferentes las formas en que se ha adoptado la dentro del ordenamiento jurídico nacional la posibilidad de delatar a compañeros de trabajo, jefes y demás personas dentro de la organización para la cual se trabaja, en Inglaterra por ejemplo este paso se dio por una presión social de varias ONG's, en Israel para quitarle un poco de poder a los políticos (y a los favores que se derivan de estos), en Japón y Australia el debate se prendió después de casos sonados de corrupción que hubieran podido evitarse si las medidas necesarias (oír a quien quería delatar) se hubieran tomado a tiempo.

Como conclusión de este extenso pero enriquecedor capítulo podemos sostener que, si bien los esfuerzos de los parlamentos y gobiernos en incluir políticas públicas que combatan la corrupción son fundamentales, el éxito de estas nobles iniciativas depende en gran medida de la cultura de una sociedad. Las leyes otorgan seguridad jurídica, protección y abren los caminos por donde se debe transitar, pero el ciudadano es quien escoge que camino prefiere caminar. Factores como el miedo, la historia cercana de opresión y maltrato (caso Sur África), la poca o mucha credibilidad en sus instituciones, las recompensas, la protección, la familia, la retaliación etc., inciden en el fuero interno del delator, quien es el llamado a decidir si habla o se guarda silencio. En este punto me parece oportuno citar a Simón Bolívar cuando dijo ***“Las buenas costumbres, y no la fuerza, son las columnas de las leyes”***¹⁴⁰

¹⁴⁰ SIMÓN BOLÍVAR. Discurso inaugural de instalación del congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819.

"La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad."¹⁴¹

Capítulo IV Whistleblowing en Colombia

En el capítulo anterior estudiamos como distintos países del mundo han incluido dentro de sus ordenamientos jurídicos la figura del *whistleblowing*, brindando así, una herramienta con la que se puede atacar directamente a los corruptos e ilegales. Vimos que los esfuerzos de los Estados han sido enormes, que algunas sociedades han asimilado la figura y la han utilizado de forma eficiente ya sea en bien de la sociedad o buscando un interés personal (caso USA donde las recompensas son tan altas que en ocasiones se busca más el interés de enriquecerse que el de denunciar una conducta que pone en peligro a la sociedad). Otras por el contrario no le han dado el uso que se desearía, en razón a los factores socioculturales como el miedo, la intimidación, las posibles retaliaciones, la falta de oportunidades o el rechazo social, haciendo que el silencio sea una mejor opción que la denuncia.

Conociendo las experiencias de otras naciones, este último capítulo estará dedicado al estudio del *whistleblowing* en Colombia. Para todos son conocidos los recientes escándalos de corrupción que han sacudido al país, sectores como la educación, salud, justicia, infraestructura o instituciones como el Congreso de la Republica, las Gobernaciones, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) solo por mencionar algunos ejemplos, de instituciones involucradas recientemente en casos relacionados con hechos de corrupción. Son varias las preguntas que surgen al oír día a día casos de corrupción que estremecen al país, por eso este trabajo de grado se centrado en una alternativa diferente que ha mostrado ser eficaz en otros países¹⁴² y vale la pena estudiar su implementación dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Para contextualizar el problema de la ilegalidad y en particular sobre el fenómeno en el país, la primera parte de este capítulo abordará la percepción de corrupción y algunas encuestas realizadas a los empresarios asentados en el país. En segundo lugar, trataremos la importancia de contar con la participación del sector privado en las políticas anti-corrupción. Por ultimo llegarnos al desarrollo de la hipótesis de este trabajo de grado; la figura del *whistleblowing* puede convertirse en una herramienta útil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, que permita combatir fenómenos como la corrupción (entre otros delitos).

1. Percepción de la corrupción en Colombia

En los últimos años los ciudadanos colombianos han tenido que oír y presenciar numerosos casos de corrupción, desde estudiantes ficticios en los colegios públicos, hasta jóvenes empresarios de la costa atlántica que decidieron diseñar una telaraña de empresas con el fin de ganarse las licitaciones públicas en las que participaban, con el fin de recibir el dinero de los anticipos, pero sin la mayor intención de concluir la obra. Estos y otros eventos han dejado en la población una percepción¹⁴³ que vivimos en un país con un alto grado de corrupción y en donde

¹⁴¹ SIMÓN BOLÍVAR. Discurso pronunciado el 13 de enero de 1815, en Bogotá con motivo de la incorporación de Cundinamarca a las provincias unidas.

¹⁴² Estado Unidos, Inglaterra ha sido eficaz y se ha implementado en Australia, Sur África, Israel, Japón, entre otros.

¹⁴³ Transparencia por Colombia. Barómetro Global de la Corrupción (2013). Comunicado de prensa del 9 de julio de 2013. Tomado de la página web: <http://www.transparenciacolombia.org.co/>

el dinero de los contribuyentes se desvía y pocas veces es realmente utilizado para suplir las necesidades de la población.

A pesar de ver semanalmente en los medios de comunicación colombianos casos de corrupción o malversación de fondos, consideramos pertinente estudiar y analizar la percepción de corrupción, con el fin de determinar ¿si realmente como país sentimos que este es un mal que nos afecta a todos o si por el contrario es un hecho temporal al cual no se le debe prestar atención? Este subcapítulo nos ayudará a resolver este interrogante.

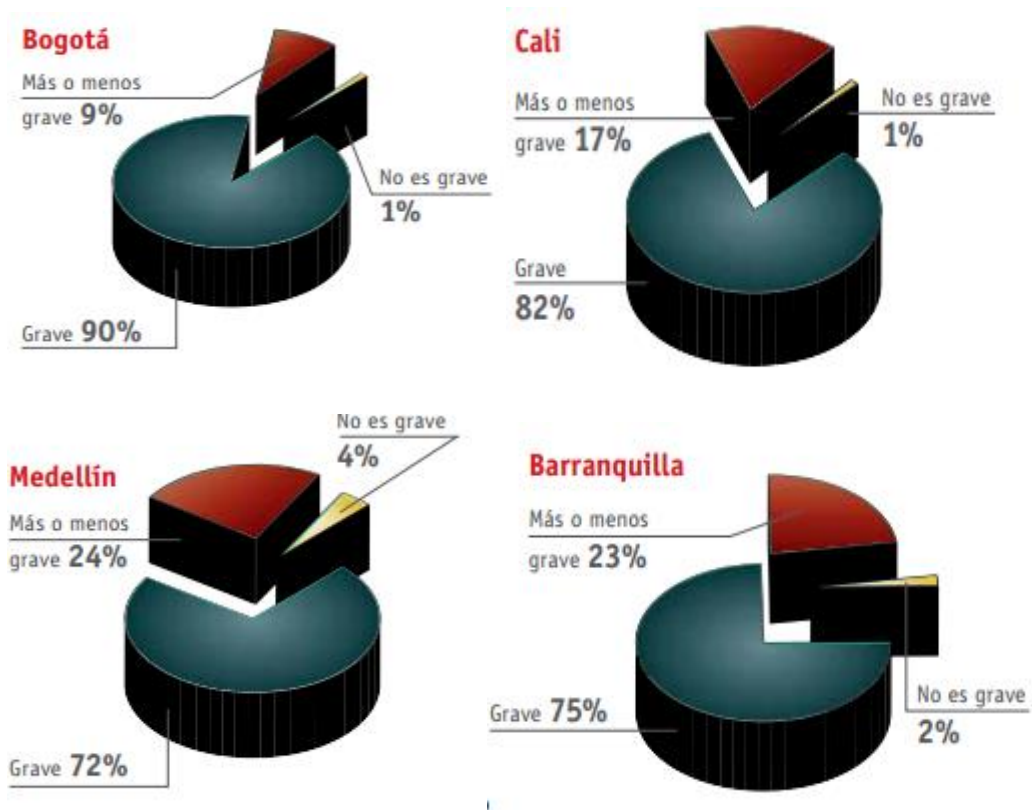
Sabemos que la corrupción es un fenómeno que impide el crecimiento económico de los países que la sufren, generando altos grados de desconfianza inversionista (nacional y extranjera), desviaciones de fondos, inequidad y poca confiabilidad de la ciudadanía en la gestión e instituciones del Estado. En el año 2011 El Centro Nacional de Consultoría¹⁴⁴, elaboró una encuesta para la Revista Credencial, con el propósito de conocer la percepción de la ciudadanía frente al tema de la corrupción. El tamaño de la muestra es de 1.017 encuestas a hombres y mujeres de todos los estratos. Algunos de los resultados son;



A la pregunta ¿cómo calificaría usted el problema de corrupción en su ciudad? Las respuestas fueron;

¹⁴⁴ CENTRO NACIONAL DE CONSULTORÍA. Encuesta realizada para la Revista Credencial. **FICHA TÉCNICA:** 1) Persona Jurídica que la realizó: Centro Nacional de Consultoría. 2) Persona que la encomendó: Revista Credencia. 3) Tipo de muestra: cuotas por ciudad, edad, estrato y sexo. 4) Tamaño de la muestra: 1.017 encuestas. 5) Temas a los que se refiere: corrupción. 6) Grupo objetivo: Hombre y mujeres, mayores de 18 años de todos los estratos. 7) Fecha en que se realizó: del 9 al 23 de agosto de 2011. 8) Técnica de recolección: Telefonía asistida por computador.

¹⁴⁵ CENTRO NACIONAL DE CONSULTORÍA Título: Gran encuesta sobre corrupción. Fecha: Del 9 al 23 de agosto de 2011 Persona que la encomendó: Revista Credencial de Colombia. Ilustración: Olga Lucia Aldana. Pag. 28



146

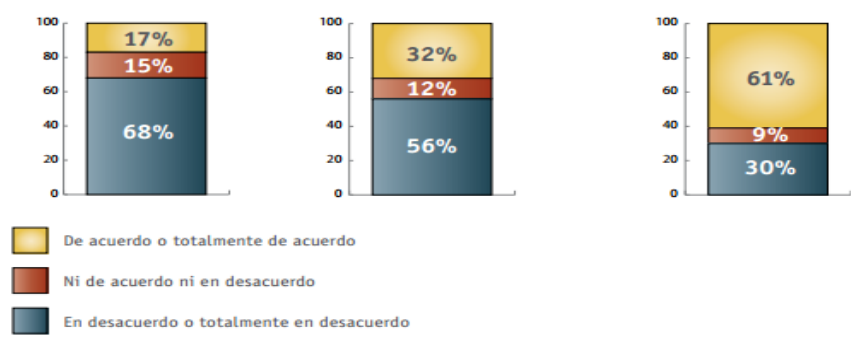
Estos resultados hablan por si mismos, que el 94% de los colombianos considere que la corrupción es un problema grave quiere decir que hay unanimidad frente a la gravedad del tema. Adentrándonos en las principales ciudades del país el panorama no mejora, prácticamente en todas tres de cada cuatro personas, considera al tema de la corrupción como grave.

Pensando en un tema fundamental para las finanzas del Estado, en la encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría se preguntó; ¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo esta con las siguientes afirmaciones?

13. En el país se invierten bien los impuestos.

14. En su ciudad se invierten bien los impuestos.

15. La corrupción en el país hace que los ciudadanos no quieran pagar sus impuestos.



147

¹⁴⁶ CENTRO NACIONAL DE CONSULTORÍA Título: Gran encuesta sobre corrupción. Fecha: Del 9 al 23 de agosto de 2011 Persona que la encomendó: Revista Credencial de Colombia. Ilustración: Olga Lucia Aldana. Pag. 28

De estas cifras se puede concluir que los colombianos no ven retribuido el dinero que pagan por concepto de impuestos, por consiguiente los pagan por ser un deber jurídico que acarrea sanciones y no por un deber de ciudadano hacia la sociedad en la que vive, con el propósito de mejorar su calidad de vida y los servicios que el estado ofrece. Preocupante resulta, el alto porcentaje (61%) de colombianos que respondieron de forma afirmativa a la afirmación “la corrupción en el país hace que los ciudadanos no quieran pagar sus impuestos”.

La Universidad Externado de Colombia en conjunto con la ONG Transparencia Internacional por Colombia, en el año 2012 realizó la Tercera Encuesta Nacional de Prácticas Contra el Soborno en Empresas Colombianas¹⁴⁸, en la cual “ (...) indagan a directivos de empresas sobre su percepción de la ocurrencia del soborno en Colombia, las modalidades utilizadas para sobornar, las motivaciones y presiones para realizarlo, prácticas para su prevención y su utilidad, incentivos y obstáculos a estas prácticas y el nivel de implementación de las mismas”¹⁴⁹. Algunas de las conclusiones de la encuesta fueron las siguientes:

“

1. Aumentó la percepción de que hay empresarios que ofrecen sobornos en el giro de sus negocios.
2. Los pagos para facilitar y agilizar trámites continúan siendo la principal modalidad de soborno.
3. Las prácticas empresariales de prevención del soborno son insuficientes.
4. A pesar de algunos avances en las prácticas para prevenir el soborno en pequeñas empresas y en empresas que contratan con el Estado aún falta mucho camino por recorrer.
5. Se debe avanzar en la creación de canales para la denuncia de hechos de soborno.
6. Se requiere una mayor apertura informativa por parte de las empresas en aspectos clave de la lucha contra el soborno como contribuciones políticas, donaciones y patrocinios.
7. Se deben reconocer los esfuerzos del sector privado que trabaja en la prevención del soborno por parte de la ciudadanía y el Estado.
8. Es necesario continuar con el trabajo de generación de una cultura de prevención del soborno.”¹⁵⁰

Algunos de los resultados de la encuesta mencionada son;

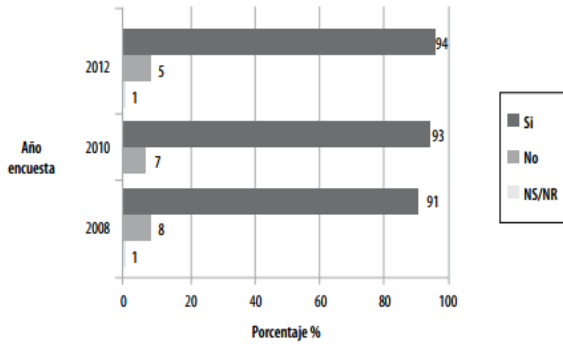
¹⁴⁷ CENTRO NACIONAL DE CONSULTORÍA Título: Gran encuesta sobre corrupción. Fecha: Del 9 al 23 de agosto de 2011 Persona que la encomendó: Revista Credencial de Colombia. Ilustración: Olga Lucia Aldana. Pág. 31.

¹⁴⁸ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. FICHA TECNICA. 1).- Fecha: Primer semestre de 2012. 2).- Cobertura: Se analizaron los resultados de empresas ubicadas en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Pereira, Tunja, Ibagué y Armenia. 3).- Tamaño: 858 directivos de empresas pequeñas, mediana y grandes, pertenecientes a los siguientes sectores; agropecuario, comercial, minero, prestación de servicios y otros.

¹⁴⁹ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. Pág. 19.

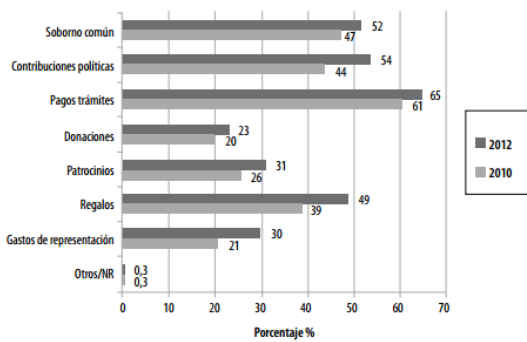
¹⁵⁰ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. Pág. 18-19.

GRÁFICA No. 2
¿USTED CONSIDERA QUE EN COLOMBIA HAY EMPRESARIOS QUE OFRECEN SOBORNOS DENTRO DEL GIRO DE SUS NEGOCIOS?

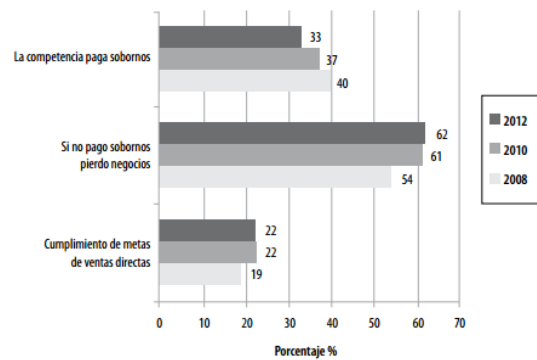


151

GRÁFICA No. 3
SI LA RESPUESTA A LA PREGUNTA ANTERIOR FUE "SI", ¿CUÁLES DE LAS SIGUIENTES OPCIONES CONSIDERA QUE SON USADAS POR ESOS EMPRESARIOS PARA SOBORNAR?



GRÁFICA No. 5
EN EL ENTORNO DE LOS NEGOCIOS CON EL SECTOR PRIVADO, ¿CUÁLES DE LAS SIGUIENTES AFIRMACIONES CONSIDERAN LOS EMPRESARIOS EN GENERAL COMO MOTIVOS DE PRESIÓN PARA DAR U OFRECER SOBORNOS?



En relación con canales de comunicación, la empresa:	Porcentaje
Cuenta con canales de comunicación confidenciales para empleados que solicitan orientación o quieren denunciar hechos de soborno, sin riesgo de represalias	36%
Cuenta con canales de comunicación confidenciales para terceros que soliciten orientación o quieren denunciar hechos de soborno, sin riesgo de represalias	20%
Ninguna	58%

152

La encuesta realizada por la Universidad Externado y Transparencia por Colombia, también muestra unos datos contundentes. El 94% de los directivos consideran que se ofrecen sobornos dentro de giro de sus negocios. Este dato preocupa porque desde el 2008 (fecha de la primera encuesta) hasta el 2012, la tendencia es a subir, lo cual quiere decir que la percepción de los

¹⁵¹ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. Pág. 51

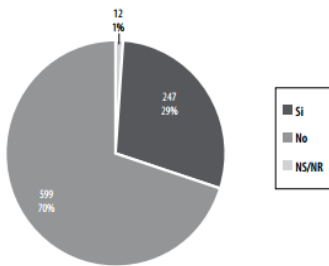
¹⁵² UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. Pág. 52, 56 y 65.

directivos es que en el país cada año se pagan más sobornos. Frente a la encuesta del 2010, la gráfica No. 3 nos muestra que las contribuciones políticas, los regalos, el soborno común y el pago de trámites son las opciones más comunes utilizadas por empresarios para sobornar. La gráfica No. 5 nos enseña que la afirmación que mejor representa la realidad para los empresarios es “si no pago sobornos pierdo negocios” y por ultimo evidenciamos que más de la mitad de las empresas consultadas no cuentan con ningún tipo de canal de comunicación para que empleados o terceros puedan presentar denuncias.

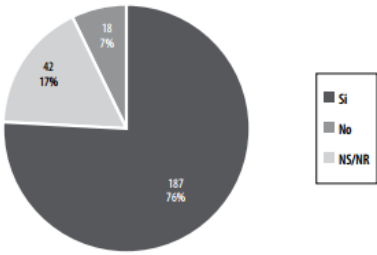
Ahora bien, por primera vez en esta encuesta se indaga sobre el conocimiento y utilidades de la ley 1474 de 2011, denominado estatuto anticorrupción, mediante el cual se dictan disposiciones orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación, y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública.

Los resultados son:

GRÁFICA No. 13
 ¿CONOCE USTED EL NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN APROBADO POR EL GOBIERNO EN AGOSTO DE 2011 Y QUE DICTA “NORMAS ORIENTADAS A FORTALECER LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y SANCIONA ACTOS DE CORRUPCIÓN”?



GRÁFICA No. 17
 ¿LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN SON DE UTILIDAD PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN?



De ser afirmativa su respuesta, las medidas incluidas en el Estatuto permiten:	Porcentaje
Prevenir hechos de corrupción	73%
Sancionar las acciones de los agentes corruptos	59%
Visibilizar el fenómeno	37%

153

Las gráficas evidencian que tras un año de la promulgación de la ley 1474 de 2011, el 70% de los empresarios encuestados no conocen el estatuto anticorrupción, lo cual demuestra un fallo en la comunicación de las normas por parte del gobierno nacional a sus ciudadanos. Es positivo ver que la mayoría de quienes conocen el estatuto (el 29%) considera que las medidas contenidas son un instrumento útil para luchar contra la corrupción.

Como conclusión vale la pena citar los resultados del Barómetro Global de la Corrupción - 2013, presentado por la ONG Transparencia por Colombia, según la cual el 56% de los encuestados

¹⁵³ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012. Pág. 76, 79 y 80.

considera que la corrupción en el país ha aumentado en los últimos dos años. Como dato revelado encontramos que el 91% de los colombianos encuestados reportarían un hecho de corrupción. En virtud de la cifra anterior y frente a la pregunta ¿ante quien reportaría un hecho de corrupción? La respuesta fue:

	Directamente a la Institución	Línea de Atención del Gobierno	ONG Independiente	Medio de Comunicación	Otro
Colombia	21%	31%	9%	33%	7%

154

De los resultados y cifras presentadas anteriormente podemos concluir que la corrupción es un problema bastante grave para la gran mayoría de colombianos, quienes a su vez sienten que en virtud de este flagelo no se invierten de forma adecuada los impuestos que se ven obligados a pagar, lo cual repercute negativamente en la lucha contra la desigualdad, la pobreza, el desempleo, la precaria salud que se ofrece y el atraso que vive en país en sectores como infraestructura y tecnología. En el sector real de la economía, la encuesta de la Universidad Externado en conjunto con Transparencia Por Colombia nos enseña que un escalofriante 94% de los empresarios piensan que se pagan sobornos por parte de empresas en el giro ordinario de sus negocios. Siendo los pagos de trámites, soborno común y contribuciones a campañas políticas las opciones más usadas para sobornar. Es bastante preocupante el escenario que nos presentan los datos, bajo el cual prácticamente todos los empresarios encuestados considera que se pagan sobornos, lo cual es bastante perjudicial para el presente y futuro del país. Si bien es cierto que el gobierno y el congreso de la republica han expedido normas mediante las cuales se busca perseguir y castigar la corrupción más severamente, los datos nos enseñan que solo una tercera parte de los empresarios encuestados conocen la ley expedida (ley 1474 de 2011), aun cuando el 70% de quienes la conocen considera que es una herramienta útil para lucha de este flagelo. Por último, vale la pena mencionar que los medios de comunicación son el vehículo preferido por los ciudadanos para denunciar hechos de corrupción. Es de suponer que ante la impunidad judicial y/o poca celeridad en trámites, la ciudadanía busca el poder de los medios, para hacerse escuchar y así conseguir que sus peticiones y quejas sean escuchadas.

En concordancia con al aumento en la percepción de corrupción presentado por Transparencia por Colombia en su último informe, el profesor Alberto Maldonado Copello en su escrito *La lucha contra la corrupción en Colombia: la carencia de una política integral*”, señala:

“Los niveles de percepción de corrupción, tanto en general por parte de la ciudadanía, como por parte de grupos específicos como de los empresarios o funcionarios públicos, continúan siendo elevados, y en algunos indicadores no hubo mejoramiento alguno durante los últimos ocho años. En el año 2009, Colombia obtuvo un puntaje de 3,7 (donde 10 es cero corrupción y 0 es corrupción muy grande), ocupando el puesto 75; en 1995, había ocupado el puesto 31 sobre 41 países, con un puntaje de 3,42. En conclusión, los puntajes se

¹⁵⁴ TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Resultados Barómetro Global de la Corrupción, 2013 – Colombia. Comunicado de prensa publicado el 9 de julio de 2013, a través de la página web: <http://www.transparenciacolombia.org.co/>

han mantenido bajos, durante los últimos 8 años no hubo mejoramiento, y Colombia ocupa actualmente un lugar medio en comparación con los demás países. En su conjunto, en un período de 15 años este indicador muestra que existe una percepción de elevada corrupción y no muestra tendencias significativas de mejoramiento. De acuerdo con la encuesta de LAPOP, la percepción de la corrupción en los funcionarios públicos es alta y no mejoró durante los últimos años. En el 2004, el 73,5% de los entrevistados consideró que la corrupción está muy generalizada en Colombia; esta cifra disminuyó en 2005 pero luego aumentó, alcanzando 77,3% en 2009, el valor más alto durante los últimos años.”¹⁵⁵ (Negrilla fuera del texto)

El profesor Maldonado Copello prosigue y señala que en los últimos años se ha configurado una captura de las instituciones del Estado por parte de los corruptos, algunas veces con fines económico y en otras con fines políticos, para usar el poder en beneficio personal o de terceros. A pesar de los esfuerzos que los distintos gobiernos han hecho en lucha contra la corrupción, en el escrito se insiste en la ausencia de una política integral entre las distintas entidades y niveles que permita una lucha contundente contra bandas criminales organizadas que conocen los lados más vulnerables del Estado¹⁵⁶.

Ahora bien la óptima implementación de una figura como la del Whistleblower, mediante la cual los ciudadanos cuenten con interlocutores serios, validos, transparentes, independientes y céleres para tramitar sus denuncias, evitaría tener que acudir a los medios de comunicación en búsqueda de una condena social, aumentando la credibilidad en las instituciones y el apego a la ley.

Como en todo negocio (legal o ilegal) la ley de la oferta y la demanda es la que determina el éxito o fracaso del mismo. Por ende la corrupción no es un fenómeno que nace y se mantiene por se, por el contrario para su sustento debe existir quien recibe y quien entrega u ofrece.

En el siguiente sub capítulo estudiaremos este segundo actor, pues consideramos que las políticas punitivas, preventivas y disuasorias que emanen de una política de Estado deben ser integrales. La empresa privada debe jugar un rol fundamental en el diseño y ejecución de estas políticas pues muchos de los actos de corrupción se gestan al interior de empresas privadas que buscan lucrarse y maximizar las utilidades de sus accionistas a costa del propio estado. Por esto queremos introducir al trabajo el concepto de corresponsabilidad, significando que la responsabilidad en los hechos de corrupción es tanto del funcionario público que se deja comprar, como del empresario que lo “compra para no perder negocios”¹⁵⁷.

2. Coparticipación del sector privado

El sector privado hace parte fundamental de nuestra economía y de nuestra sociedad. Como nación hemos respetado, fomentado y desarrollado un sin número de empresas en diferentes

¹⁵⁵ COPELLO MALDONADO Alberto. Trabajo titulado: La lucha contra la corrupción en Colombia. Ed. Friedrich Ebrt Stiftung. Pág. 3-4.

¹⁵⁶ COPELLO MALDONADO Alberto. Trabajo titulado: La lucha contra la corrupción en Colombia. Ed. Friedrich Ebrt Stiftung. Pág. 5.

¹⁵⁷ Concepto introducido en la encuesta de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012.

sectores de la economía que a su vez han creado empleo formal, riqueza, desarrollo, conocimiento y que hoy nos permiten destacarnos en el contexto latinoamericano como un país atractivo para la inversión que a pesar de la crisis mundial ha mantenido sus tasas de crecimiento estables.

La Constitución Política de 1991 estableció como principio fundamental y fin esencial del Estado el “(...) *servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;*”¹⁵⁸. En su título XII la constitución consagra que “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...) La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.*”¹⁵⁹

Dentro de esas “obligaciones” del sector privado que se mencionan en la Constitución, está la de aportar soluciones y participar en el desarrollo de políticas públicas que permitan “*servir a la comunidad y promover la prosperidad general (...)*”¹⁶⁰. En otras palabras el sector privado no debe ceñirse al marco jurídico que el poder legislativo y ejecutivo diseñen, sino que el mundo de hoy y sobre todo las democracias participativas en las que vivimos exigen un mayor esfuerzo de la empresa privada, en el sentido que al ser ellos los destinatarios de dichas políticas, también deben jugar un papel importante en la creación, discusión e implementación de las mismas. Ese obligación de participar y de ayudar en la búsqueda de soluciones que aquejan a la sociedad en general y al sector privado en particular es lo que algunos denominan con el termino; Coparticipación.

La ONG Transparencia por Colombia señala lo siguiente;

“La noción de corresponsabilidad se fundamenta en una concepción de democracia participativa, en la que la gestión pública no se limita a la gestión de las instituciones del Estado sino que involucra la gestión de lo público, entendiendo lo público como aquello que conviene a todos1 o como “la suma de voluntades, esfuerzos y recursos que tienen como meta el diseño y el cumplimiento de reglas que son de interés general”, concibiendo interés general como los asuntos comunes¹⁶¹. Bajo esta concepción de la democracia participativa, los ciudadanos hombres y mujeres ya no solamente exigen al Estado el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus derechos, sino que a la vez asumen una serie de deberes en relación con la gestión de lo público, con la regulación de los beneficios compartidos, teniendo como premisa los valores de la equidad y la justicia. Siendo que lo público es patrimonio compartido, así, la responsabilidad por su gestión deja de ser exclusiva del Estado, dando paso a la noción de corresponsabilidad.”¹⁶²

¹⁵⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 2°

¹⁵⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 333°

¹⁶⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 2°.

¹⁶¹ GARCÉS LLOREDA, M.T. y TARQUINO BUITRAGO,C.A.; *Lo Público: Una Forma de Redimensionar el Papel del Estado y la Sociedad Civil en los Procesos de Control Social*; Revista Sindéresis, No. 6; 2002; Pág.80.

¹⁶² Transparencia por Colombia. Corresponsabilidad del sector empresarial y de la sociedad civil en la lucha contra el crimen. Bogotá, Octubre de 2003.

Como lo vimos en los capítulos II y III de este trabajo, vincular a la empresa privada es fundamental para el éxito de la figura del *whistleblower* como uno de los mecanismos para combatir la corrupción y demás conductas ilegales, solo así se logrará construir una política integral que promueva espacios seguros y confidenciales para denunciar con el fin de prevenir la ocurrencia de delitos, pero que una vez configurados estos se investigue y castigue a quien ofrece así como al que recibe.

En algunos países anglosajones la ley y la sociedad civil (caso de Inglaterra) ha impulsado al sector privado para que haga parte de la solución sobre problemas que aquejan a la sociedad en general, pues solo con compromiso y de cada una de las partes que conforman es que se logran resultados realmente positivos, de no ser así, no encontramos frente a políticas pasajeras, que buscan más apaciguar a algún sector que resolver el problema de fondo.

Como se mencionó anteriormente y pudimos constatar en las encuestas presentadas, el sector empresarial es uno de los más golpeados por los fenómenos ilegales, un estudio realizado por Fedesarrollo permitió identificar algunos de los efectos más devastadores de la corrupción sobre la economía, los resultados son;

“(...)

1. Reducción de la inversión doméstica y extranjera¹⁶³, lo que limita el acceso del sector empresarial a nuevos capitales, afectando sus posibilidades de crecimiento.
2. Mayores costos de transacción originados en los pagos extraoficiales realizados por el mismo a funcionarios públicos en los procesos de compras estatales; estas irregularidades en los procesos de contratación, sumadas a las pérdidas por incumplimiento y a las condiciones de incertidumbre, generan extra costos que son trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados.
3. Reducción en la calidad de los productos y/o servicios ofertados al público, por las irregularidades y costos de transacción que el empresario debió pagar extraoficialmente.
4. Desigualdad en las condiciones de competencia¹⁶⁴.
5. Disminución en el crecimiento económico¹⁶⁵, y la exacerbación y sostenibilidad de la pobreza al aumentar la desigualdad del ingreso y reducir la inversión social¹⁶⁶, con lo que se afecta la capacidad de pago de los consumidores de los productos y servicios ofrecidos por el sector empresarial.
6. Efecto nocivo sobre la gobernabilidad, al ejercer una influencia negativa sobre la efectividad del gobierno, la rendición de cuentas externa por parte de sus instituciones, la calidad del estado de derecho - especialmente en lo relacionado con la protección de los derechos de propiedad, los derechos contractuales y la independencia judicial.
7. Pérdida de la legitimidad de las instituciones del Estado y afectación de la confianza pública.

¹⁶³ MAURO, P.; *Corruption and Growth*; Quarterly Journal of Economics, No. 110; 1995; Pág. 681-712.

¹⁶⁴ POPE, Jeremy and Transparency International; 2000; *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*; Berlin; Transparencia Internacional

¹⁶⁵ MAURO, P.; *Corruption and Growth*; Quarterly Journal of Economics, No. 110; 1995; Pág. 681-712.

¹⁶⁶ GUPTA, S.; DAVOODI, H. & ALONSO, T.; Does corruption affect income inequality and poverty? Fiscal Affairs Department. Documento de Trabajo del Fondo Monetario Internacional. En BADEL, M.E.; *Costos de la Corrupción en Colombia*; Bogotá; Departamento Nacional de Planeación, Archivos de Macroeconomía; 1999.

(...)¹⁶⁷

Ahora bien el diseño y ejecución de las políticas anti-corrupción deben comenzar por identificar el impacto de este fenómeno en el sector empresarial, con el fin de crear conciencia y así encontrar puntos de convergencia que permitan plantear soluciones reales, integrales y de largo plazo. El *whistleblowing* es una de aquellas figuras en las que lo público y lo privado se unen para incentivar denuncias de actos indebidos que ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados, con el propósito de evitar nuevas infracciones, disuadir a quien piensa en cometerlas y/o brindar mayor información y aportar elementos de juicio que permita sanciones efectivas a quienes trasgreden la ley. No olvidemos el caso de Sharon Watkins en Estados Unidos quien denunció prácticas indebidas en Enron, que a las postre llevaron a la empresa a su liquidación y al Congreso a introducir normas llenando los vacíos legales y creando mayores controles.

De acuerdo con la teoría de la autonomía de la voluntad privada las personas (naturales y jurídicas) ostentan un poder reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres¹⁶⁸. El sector privado debe migrar hacia una cultura que pregone su “obligación de respetar el orden público y la buenas costumbres”, para así crear conciencia de la corresponsabilidad que tienen sobre asuntos relacionados con el giro ordinario de sus negocios, así como en asuntos más generales en los que directa o indirectamente tienen injerencia y que afectan a la sociedad en general. El gran cambio cultural debe provenir de la empresa privada, pues de esta se giran grandes sumas de dinero para pagar a funcionarios públicos con el fin de agilizar trámites, ganar licitaciones o conocer sobre información privilegiada etc., sin este tipo de prebendas, la administración pública pudiera trabajar con menos presión y tentación, garantizando la escogencia del ganador es el resultado de la mejor propuesta que a su vez esté sustentada por unos estudios técnicos, económicos y jurídicos rigurosos.

Recuérdese que en la encuesta realizada por la Universidad Externado en conjunto con Transparencia Internacional el 58% de los encuestados no contaba con ningún canal de comunicación para que sus empleados puedan presentar denuncia.

Las “*hotlines*” o líneas calientes que han implementado algunas empresas en Estados Unidos podrían ser mecanismos idóneos y seguros para fomentar las denuncias de prácticas ilegales ocurridas al interior de la empresa, permitiendo así, la investigación y a la postre detección de problemas de diferente magnitud, que permitan generar planes de acción a fin de evitarlos. Si las empresas diseñaran procesos a través de los cuales la denuncia es recibida, investigada y solucionado el problema, junto con una protección y confidencialidad sobre quien la hace, se generaría automáticamente una cultura en favor de la transparencia.

Ahora bien, después de estudiar las encuestas y cifras presentadas por entidades nacionales e internacionales, se puede concluir sin lugar a duda que la corrupción es un problema grave sobre el cual las distintas entidades del Estado deben tomar medidas integrales, eficaces y coherentes

¹⁶⁷ Transparencia por Colombia. Corresponsabilidad del sector empresarial y de la sociedad civil en la lucha contra el crimen. Bogotá, Octubre de 2003.

¹⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citado en Introducción al Derecho, Bogotá, Editorial TEMIS, pags 542-549.

para luchar contra este mal. Preocupa que el 90% de los empresarios considere que se pagan sobornos dentro del giro ordinario de sus negocios, sin embargo es alentador que el mismo porcentaje de ciudadanos estén dispuestos a denunciar hechos de corrupción.

Precisamente para ese 90% de ciudadanos que están dispuestos a denunciar, es que la figura bajo estudio se vuelve relevante, como una herramienta jurídica que permite ofrecer garantías y seguridad a quien decide hacer “sonar el silbato”.

A continuación estudiaremos algunas normas incluidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, cuyo análisis se torna necesario para comprender la posible incorporación del whistleblowing como una política de estado en Colombia.

3. Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)

Si bien las políticas anticorrupción adoptadas por el Estado colombiano son de larga data (ver anexo 1), estimamos pertinente analizar una de las últimas leyes promulgadas sobre esta materia. Sumado esto consideramos digno de resaltar, el resultado presentado en la Encuesta realizada por la Universidad Externado de Colombia junto con Transparencia por Colombia, en donde el 76% de los empresarios que conocen sobre el estatuto anticorrupción cree que en la utilidad de sus medidas.

Leyes como la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción) son el desarrollo de los mandatos de la Constitución del 91, en la medida que brindan nuevas herramientas a los órganos de control y judiciales para judicializar a quien trata de vivir de la ilegalidad. Según la exposición de motivos del otrora proyecto de ley objetivos generales son;

- *Atender las principales causas que generan corrupción. Cerrar los espacios que se abren los corruptos para usar la ley a su favor.*
- *Mejorar los niveles de transparencia en la gestiones de la administración pública en general.*
- *Disuadir el accionar de los corruptos pues la falta de sanción a los actos de corrupción posibilita una percepción de garantía de impunidad que incentiva la comisión de conductas corruptas.*
- *Incentivar el compromiso de algunos actores diferentes al sector público para enfrentar y romper el accionar corrupto desde la ciudadanía en general.*¹⁶⁹

En el estatuto podemos ver un avance significativo en la lucha en contra de la corrupción desde la rama penal, disciplinaria y fiscal. A continuación veremos cuales fueron algunos de los cambios que imprimió el estatuto en las ramas antes mencionadas.

A. Penal:

A.1. Eliminación de subrogados penales: El artículo 13 del Estatuto Anticorrupción elimina con los subrogados penales cuando la persona haya sido condenado dentro de los

¹⁶⁹ Presentación estatuto Anticorrupción. Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y lucha contra la Corrupción.

cinco años anteriores por delito doloso o preterintencional. “Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado (...)”¹⁷⁰

A.2. Aumento en el término de prescripción: En virtud del artículo 14 amplía el término de prescripción de la acción penal para servidores públicos en ejercicio de sus función, particulares que ejerzan funciones públicas y agentes o recaudadores se amplía.

A.3 Aumento de penas: Para delitos como; Estafa (art. 246), Lavado de activos (Art. 323), peculado por apropiación (Art. 397), Concusión (Art. 405) Cohecho Propio (Art. 405), Interés indebido en la celebración de contratos (Art. 409), tráfico de influencias de servidor público (Art. 411) entre otros se les aumentará la pena en una sexta parte a la mitad cuando sean cometidas por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

A.4 Nuevos tipos penales. A) Corrupción Privada (Artículo 16) B) Administración Desleal (Artículo 17) C) Fraude de subvenciones (artículo 26) y D) tráfico de influencias de particular (artículo 28).

A.5 Parte procesal: Desde el punto de vista procesal el artículo 34 extiende el ámbito de aplicación del artículo 91 de la ley 906 de 2004 (suspensión y cancelación de la personería jurídica) a las personas jurídicas. En su segundo inciso se señala que “en los delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.”

B. Medidas Disciplinarias:

B.1 Incorporación de nuevas faltas y prohibiciones. El artículo tercero elimina la llamada “puerta giratoria” de los empleados públicos, la cual consiste en prestar servicios de asistencia o representación en asuntos relacionados con las funciones propias de su cargo¹⁷¹.

B.2 Prohibición de represalias. El artículo 43 significa un gran avance en la protección de aquellos que deciden denunciar hechos de corrupción. En este orden de ideas, se prohíbe cometer, directa o indirectamente, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, acto arbitrario e injustificado contra otro servidor público que haya denunciado hechos de corrupción¹⁷².

B.3 Parte Procesal. El artículo 44 modifica los sujetos disciplinables al extenderlos a, I) particulares que ejerzan labores de supervisión o interventoría y II) a particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria.

C. Medidas Fiscales

¹⁷⁰ Ley 1474 de 2011. Artículo 13.

¹⁷¹ Ley 1474 de 2011. Artículo 3.

¹⁷² Ley 1474 de 2011. Artículo 43.

C.1 Nuevo proceso. Se crea el proceso verbal de responsabilidad fiscal con el objeto de darle celeridad a los procesos cuya cuantía sea inferior a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando se determine que están dados todos los elementos para proferir auto de apertura de imputación¹⁷³.

C.2 Alianzas estratégicas: La ley faculta a las Contralorías territoriales a realizar “alianzas estratégicas con la academia y otras organizaciones de estudios en investigación social para la conformación de equipos especializados de veedores ciudadanos, con el propósito de ejercer fines preventivos (...)”¹⁷⁴

Estas fueron algunas de las medidas plasmadas en el último gran estatuto contra la corrupción (Ley 1474 de 2011), el cual viene a complementar un compendio de normas cuyo único objetivo es otorgarles a las autoridades competentes herramientas suficientes para combatir contra los corruptos, así como incluir en el ordenamiento nacional algunas disposiciones contempladas en acuerdos transnacionales sobre la materia.

Medidas como la contemplada en el artículo 43 (prohibición de represalias) o las alianzas estratégicas (artículo 121) deben ser bien recibidas por las autoridades y ciudadanos, puesto que permiten hablar sin temor y así no permanecer inmóvil ante los hechos de corrupción que se conocen. Que el Contralorías territoriales tenga la facultad-obligación de aliarse con la sociedad civil y academia con el fin de combatir la corrupción es una excelente noticia. Nuestros legisladores y miembros del gobierno que participan en la redacción de este tipo de normas han entendido y deben de seguir creyendo que un fenómeno como el de la corrupción se ataca con la participación de todos los actores de una sociedad (Gobierno, Justicia, Organismos de Control, Ciudadanía, etc.) siendo el más importante el ciudadano, pues en ultimas es él quien decide cometer el ilícito por un lado y/o denunciarlo por otro. Con mecanismos que permitan denunciar de forma libre, espontanea, sin intimidaciones, y con protección para el denunciante y su familia generaría un efecto positivo en el nivel de denuncias en contra de personas corruptas. La figura del *whistleblowing* que hemos venido estudiando en este trabajo no pretende suplantar por ningún motivo a las entidades encargadas de investigar y judicializar a quienes infrinjan la ley, sino por el contrario, busca crear las circunstancias adecuadas para que las personas que tienen información decidan hablar, en otras palabras, para que las personas digan “basta y hagan sonar el silbato” para que así todos conozcamos donde y como se están cometiendo actos ilegales.

4. Sobre el Deber de Denuncia

De acuerdo con el artículo 95 de la Constitución Nacional *“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”*

El deber de denunciar actos presuntamente ilícitos se puede enmarcar dentro del numeral 7° del artículo precitado, lo cual significa que para los ciudadanos colombianos la denuncia es un deber

¹⁷³ Ley 1474 de 2011. Artículo 97.

¹⁷⁴ Ley 1474 de 2011. Artículo 121.

*“que enaltece a todos los miembros de la comunidad”*¹⁷⁵. Como dijimos anteriormente la vida en sociedad implica unos derechos y deberes que todo ciudadano debe soportar, en el caso colombiano colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia es un deber, pues con la colaboración de la ciudadanía junto con los órganos encargados de la investigación de delitos, los jueces podrán tener los elementos de juicio necesarios para impartir una justicia pronta e imparcial.

Ahora bien la figura de la denuncia penal implica para la Corte Constitucional;

*“(…) una manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción*¹⁷⁶*, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo modo y lugar, que le consten. A la vez que representa la activación de un medio para acceder a la administración de justicia, cuando concurren la calidad de ofendido y denunciante, constituye el ejercicio de una obligación legal y social de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictuosos.*

Se trata de un acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal en cuanto vincula al titular de la acción penal - la Fiscalía - a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible que deba ser investigado de oficio, en desarrollo de claros mandatos superiores previstos en los artículos 6° (responsabilidad por omisión y extralimitación de funciones de los servidores públicos); 123 (la vinculación de los servidores públicos a la Constitución, la Ley y el reglamento); 228 (el carácter público y permanente de la administración de justicia); 229 (el derecho a de acceso a la administración de justicia), y particularmente del 250 de la constitución que contempla el carácter obligatorio en el ejercicio de la acción penal.

*Es además un acto formal en el sentido que, aunque carece del rigor de una demanda, convoca una mínima carga para su autor en cuanto exige (i) presentación verbal o escrita ante una autoridad pública; (ii) el apremio del juramento*¹⁷⁷*; (iii) que recaiga sobre hechos investigables de oficio*¹⁷⁸*; (iv) la identificación del autor de la denuncia; (v) la constancia acerca del día y hora de su presentación; (vi) suficiente motivación, en el sentido que contenga una relación clara de los hechos que conozca el denunciante, de la cual se deduzcan unos derroteros para la investigación; (vii) la manifestación, si es del caso, acerca de si los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.*

¹⁷⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 95.

¹⁷⁶ El artículo 67 de la Ley 906 de 2004 establece que el deber de denunciar radica en “Toda persona”.

¹⁷⁷ Aunque el artículo 69 de la Ley 906 de 2004, a diferencia del artículo 29 de la ley 600 de 2000, no prevé de manera explícita el requisito de que la denuncia se formule “bajo juramento”, tal requisito es deducible no solamente de la naturaleza incriminatoria del acto, que por ende genera responsabilidades, sino del segmento final del artículo 69 que señala que “quien la recibe (la denuncia) advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal”. En concordancia con este precepto los artículos 435 y 436 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) contemplan los delitos de falsa denuncia, y falsa denuncia contra persona determinada, los cuales exigen para su estructuración el elemento normativo “bajo juramento”.

¹⁷⁸ Por principio las conductas punibles son investigables de oficio, a menos que se trate de aquellas infracciones respecto de las cuales la propia ley establece la necesidad de la querrela o de la petición especial como presupuestos de procesabilidad, lo cual obedece a razones de política criminal orientadas a flexibilizar la respuesta punitiva respecto de la lesión de bienes jurídicos a los que se le reconoce cierto carácter disponible (querrela), o a regular el ejercicio de la acción penal cuando se encuentran involucrados aspectos de extraterritorialidad (petición especial).

La denuncia es un acto debido en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico (Art. 95.7 CP) del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio. Las causas para exonerarse de este deber jurídico están previstas en la propia ley y constituyen un desarrollo de las salvaguardias constitucionales establecidas en los artículos 33 y 74 relativas al derecho a la no autoincriminación, y a la inviolabilidad del secreto profesional.

El acto de denuncia tiene carácter informativo en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante. No constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho, careciendo, en sí misma, de valor probatorio.”¹⁷⁹

Ahora bien, teniendo claro que la denuncia es un acto informativo, constitutivo, propulsor y formal mediante el cual se pone en conocimiento de las autoridades un acto presuntamente ilícito en el que se debe indicar un o unos posibles implicados, junto con una narración de hechos de modo, tiempo y lugar, bajo la gravedad de juramento y con ciertas formalidades¹⁸⁰, cabe preguntarse sobre el rol de la figura del *whistleblower*. Recordemos una de las definiciones de con las que iniciamos este trabajo de grado; *Whistleblower* es una “**denuncia** de irregularidades a través de una revelación por parte de un empleado (o profesional) de información confidencial que se refiere algún cambio, fraude u otra conducta ilegal o inmoral relacionada con su lugar del trabajo, proveniente del empleador o de sus colegas¹⁸¹” (resaltado fuera del texto).

Como vemos en la misma definición de *Whistleblower* está expresamente señalada la palabra “denuncia”, debido a que esta figura en ningún momento pretende suplantar este acto procesal, sino que por el contrario busca fomentarlo en lugares de trabajo, donde el empleado conoce de hechos que pueden constituir un delito y está dispuesto a divulgarlos a cambio de una recompensa y/o una protección por parte del Estado. En otras palabras, a través del whistleblowing se busca corroborar ese deber ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la justicia, motivado por el Estado (a través de una política pública) que recompense económicamente a quien divulga información que lleve a la sanción de delitos o con la mera protección de quien lo hace y de su familia, contra represalias y cualquier tipo de violencia que se puede derivar de su actuación.

¹⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1177 de 2005. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸⁰ Requisitos de la denuncia.

- (i) La presentación verbal, escrita o por cualquier medio técnico que permita la identificación de su autor.
- (ii) La constancia del día y hora de su presentación.
- (iii) Una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante.
- (iv) La manifestación, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.
- (v) La prestación del juramento.

¹⁸¹ En inglés “Committee on Standards in Public Life”. Este comité es un órgano asesor del Gobierno del Reino Unido, fue creado en 1994 por el entonces Primer Ministro Británico Jhon Mayor, en respuesta a preocupaciones sobre conductos poco éticos de algunos Parlamentarios.

La denuncia es y seguirá siendo el vehículo a través del cual las autoridades conocen de hechos punibles, el *whistleblowing* en un medio más que busca fortalecer esa relación ciudadano-Estado.

5. Sobre la Omisión de Denuncia

“Los delitos de omisión, en general, son aquéllos donde se desaprueba por el ordenamiento jurídico no un hecho que se ha llevado a cabo, sino algo que el Estado exige que se realice pero no se hace. O como define Silva Sánchez, “la omisión consiste en la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”¹⁸². Es el caso típico de la madre que deja morir a su hijo recién nacido, por inanición.”¹⁸³

Colombia como Estado social de derecho que es, no es ajeno a la idea que el poder punitivo, no solo debe estar encaminado a la prohibición de causar daños a los demás, lo cual se traduce en obligaciones del individuo, sino que por el contrario el Estado también debe crear una serie de “deberes”, que emanan de la solidaridad que todo ser humano tiene con la comunidad en la que habita, con el fin de mantener en orden la cohesión social. En palabras del profesor Gomes Pavajeau ““*el elemento social ya no permite que se mire la norma penal desde una perspectiva del “no hacer” (prohibiciones) sino también la necesidad de tener en cuenta el “hacer” (mandatos)*”¹⁸⁴.

Hasta el momento hemos sostenido que el *soplón* o el *delator* es quien decide voluntariamente acudir a las autoridades a entregar una información sobre hechos ilícitos que conoció al interior de su trabajo, sin embargo en Colombia existe un delito penal denominado omisión de denuncia de particular el cual consiste en;

ARTICULO 441. OMISION DE DENUNCIA DE PARTICULAR. <Aprte tachado INEXEQUIBLE> <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor ~~de doce (12) años,~~ omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

Este tipo penal se fundamenta en los deberes constitucionales de todo ciudadano en colaborar con la administración de justicia y obrar conforme al principio de solidaridad ciudadana. Este deber de denuncia, no significa que los ciudadanos deben suplantar a las autoridades en funciones propias de ellas como la investigación y judicialización de delitos, lo que se busca al

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. Barcelona: Ed. Bosch, 1986, Pág. 306.

¹⁸³ Artículo denominado: Ideas generales sobre la omisión impropia

¹⁸⁴ Gomez Pavajeau, Carlos Arturo Intervención y omisión En Revista Derecho penal y Criminología Numero 76 Julio-Diciembre 2004. Pág. 102.

igual que en la figura del *whistleblowing*, es que para ciertos delitos (de alto impacto para la sociedad colombiana) exista un compromiso mayor por parte de la ciudadanía, pues en buena hora el Estado entendió que el terrorismo, el lavado de activos, el secuestro o la extorsión solo se pueden combatir con la colaboración permanente y comprometida de la ciudadanía.

Fuera de este tipo penal hay una gran variedad de delitos y conductas contrarias a la ley (disciplinaria, aduanera, comercial, administrativa, tributaria etc.) que desafortunadamente se cometen a diario en el seno de entidades del Estado o en empresas privadas que de forma directa o indirecta afectan el bienestar de la comunidad.

6. Sobre el Secreto Profesional

En este capítulo hemos visto la percepción de corrupción en Colombia, introducimos el término “coparticipación” como eje fundamental de una política anti corrupción, se mencionaron las iniciativas que desde 1990 cada uno de los gobiernos ha promulgado para luchar contra este flagelo y por ultimo mencionamos la estructura motivacional del individuo, con el propósito de analizar qué es lo que hace que un individuo denuncie.

Ahora bien, analicemos el siguiente caso hipotético; El gerente general de una empresa del sector real, le comenta a su director jurídico los nuevos planes de expansión de la empresa para los años venideros. Sin embargo el gerente comienza a relatar que para cumplir con las metas aprobadas por la junta directiva se debe llevar una doble contabilidad con el fin de no pagar impuestos y no repartir dividendos al final del ejercicio, a fin de poder utilizar ese dinero en la expansión de la compañía. Si bien es cierto que en este caso hipotético no se ha consumado el delito, si se comenzó a planear la ejecución del mismo (*iter criminis*). Bajo esta perspectiva el director jurídico podría denunciar los planes de su empleador ante las autoridades competentes, podría denunciarlos ante la asamblea general de socios o podría permanecer en silencio y ejecutar lo que se le pide. Sin embargo vale la pena preguntarse ¿la información que posee el abogado cuenta con reserva legal, en virtud del secreto profesional? ¿el secreto profesional impide acudir a las autoridades en procura de evitar la posible comisión de un delito? ¿En Colombia el secreto profesional es violable o inviolable?

Para comenzar a responder estas preguntas, comenzaremos por definir qué se entiende por secreto profesional y que se señala en la Constitución de 1991 sobre el tema.

La Real Academia de la Lengua define secreto como “*lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto*”¹⁸⁵. Secreto profesional es definido como el “*conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio*”¹⁸⁶.

Por su parte la Constitución Política señala en su inciso segundo del artículo 74° que “el secreto profesional es inviolable”

Dicho esto podemos inferir que el secreto profesional es un deber de guardar silencio que nace del conocimiento que de una persona se le transmite a otra en virtud de su ciencia, arte u oficio.

¹⁸⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Tomado de la página web: www.rae.com

¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De tiempo atrás (*Corpus Juris del Derecho Romano, Digesto, Ley 25 de Test. XXII, V*)¹⁸⁷ se entiende que ciertas profesiones deben conocer parte profundamente de la vida privada, profesional o comercial (que no es de público conocimiento) de a quienes se atiende con el fin de prestar un buen servicio profesional. La relación que surge entre el locutor (cliente) y el receptor (profesional) descansa en la confianza y lealtad, principios que no pueden ser quebrantados son pena de brindar un servicio profesional precario e incurrir en faltas éticas en la profesión que se predica. “En virtud de lo anterior, el secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto”¹⁸⁸

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el secreto profesional tiene las siguientes características;

“ (...)”

- *El secreto profesional es un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones, especialmente de aquellas ligadas a servicios personalísimos.*
- *El secreto profesional en Colombia es inviolable por expresa disposición del artículo 74 de la Constitución Política¹⁸⁹. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable”. Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo”¹⁹⁰.*
- *Si bien el secreto profesional surge de una relación interpersonal de confianza es oponible a terceros.*
- *El secreto profesional tiene un alcance distinto en cada profesión, dependiendo del radio de cercanía que la misma tenga sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y del control del Estado sobre las mismas¹⁹¹.*
- *Es un derecho-deber; depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y aquél derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida. Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto, no sólo en razón del derecho de aquél que entrega información privada, sino también del interés objetivo y legítimo de generar un clima de confianza en el ejercicio de la profesión (...).¹⁹²*

¹⁸⁷ VIDAL DOMINGUEZ, Ignacio. EL SECRETO PROFESIONAL ANTE EL NOTARIO. *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol.8, n.2 [citado 2012-03-08], pp. 479-517 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200015&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122002000200015.

¹⁸⁸ Corte Constitucional T-151 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸⁹ Corte Constitucional: T-151 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-538 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-526 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹⁰ Corte Constitucional C 264 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹¹ Corte Constitucional C-538 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

- *La jurisprudencia ha señalado que la garantía del derecho profesional busca proteger otros derechos igualmente fundamentales, especialmente el de la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad etc., y por tanto, se constituye en una barrera protectora de la vida privada.*¹⁹³
(...)

En 1991 el Decreto 2700 (código de procedimiento penal vigente en ese entonces) intento fijar una excepción a la “inviolabilidad” del secreto profesional. El artículo 284 señalaba lo siguiente;

“Artículo 284: Excepciones por oficio o profesión. *No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio, salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro:*

1. *Los ministros de cualquier culto admitido en la República.*
2. *Los Abogados.*
3. *Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto.”*

La norma fue demandada y en sentencia C-411 de 1993 se la Corte declaró la inexecutable de la expresión “*salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro*”. Para el alto tribunal,

*“como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable”. Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal).”*¹⁹⁴

Este párrafo trae consigo dos conclusiones que vale la pena separar y resaltar. La primera es que siguiendo la literalidad de la Constitución, la Corte reafirma que el secreto profesional es inviolable, lo cual significa que no puede ser quebrantado por ningún motivo, hecho o circunstancia. Para el tribunal constitucional es claro que la información que es entregada al profesional en virtud de sus servicios, debe ser guardada, so pena de violar otros derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre, la honra etc. La segunda conclusión que se colige es que ciertas circunstancias podrán justificar la infracción al artículo 74 de la Constitución. De esta forma la Corte abre la posibilidad de justificar las actuaciones de los profesionales cuando se busca evitar la consumación de un delito.

En la sentencia C-264 de 1996¹⁹⁵ se analizó si era posible develar el secreto profesional “*cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia*”. Sobre el particular la corporación

¹⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-264 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

señaló que si bien el secreto profesional es inviolable por mandato expreso de la carta política, esto no significa que en ocasiones no entre en conflicto con derechos de igual o mayor jerarquía. Por esto resulta válido que sea el legislador¹⁹⁶ quien resuelva esos conflictos, como por ejemplo en el caso de niños que tengan defectos físicos irremediables o enfermedades graves que pongan en peligro la vida de la madre, en donde se configuraría un conflicto entre la vida y la confianza. Frente al asunto la Corte señaló;

*"(...) cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia", indica que el Legislador ha resuelto el conflicto entre la vida y la inviolabilidad del secreto, optando por la primera. En estricto rigor, no puede afirmarse que la ley señale una condición bajo la cual resulta legítimo violar el secreto profesional. Simplemente, en la situación límite en que fatalmente debe decidirse por uno de los dos valores - confianza y vida -, se ha considerado que la preservación de la vida desplaza, en ese caso, a la conservación del secreto"*¹⁹⁷.

De lo anterior se concluye que la Corte abrió otra puerta para justificar el no cumplimiento del precepto constitucional, cuando este choque con otro derecho fundamental y sea el legislador quien resuelva cuál de los dos derechos debe prevalecer. Cabe la pena resaltar que en este caso la jurisprudencia constitucional no solo estableció como causal de justificación la gravedad de la circunstancia (prevenir la consumación de un delito), sino que añadió la necesidad de realizar un análisis entre los dos derechos fundamentales que se pretenden proteger y una solución dada por el legislador.

En la sentencia C-062 de 1998¹⁹⁸ la Corte estudió el artículo 489 del Código de Comercio que señala lo siguiente;

"ARTÍCULO 489. <REVISOR FISCAL EN LA SOCIEDAD EXTRANJERA>. Los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código sobre los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país. Estos revisores deberán, además, informar a la correspondiente Superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o de revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades."¹⁹⁹ (Se subraya)

El demandante argumenta el segundo inciso del artículo 489 del CCO viola el artículo 74 de la Constitución al obligar a los revisores a informar o entregar información a las entidades de control sobre actos que conocen por virtud de su oficio y que son reservados ante el público. Después de analizar la norma la Corte declaró el inciso exequible y señalando lo siguiente;

"No puede pensarse entonces, que la existencia del secreto profesional y la confidencialidad de ciertas actuaciones sea razón suficiente para paralizar

¹⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-264 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-062 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-062 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con las autoridades, y que tampoco se puede crear alrededor de lo irregular, de lo ilícito, de lo torcido, una apariencia de corrección que se ampara en lo secreto. Porque de lo que se trata, se insiste, no es de la simple regulación de una actividad profesional y su manera de cumplirse (la contabilidad), con sus cargas y deberes. Estamos frente a una función –la revisoría fiscal- que trasciende la defensa de las expectativas individuales, que está llamada a velar por intereses superiores que afectan al Estado y a la comunidad en general; que no se reduce al cumplimiento de ciertos requisitos de idoneidad técnica –como los exigidos al contador profesional para que pueda desplegar la actividad que le es propia-, sino que demanda probidad y compromiso con valores sociales que busca proteger la norma demandada al establecer ciertos mecanismos de control sobre las sociedades, y al exigir la presencia de funcionarios que vigilen el desarrollo de estas entidades.”²⁰⁰ (Se subraya).

En esta sentencia la Corte es enfática en señalar que las conductas ilícitas no pueden cobijarse bajo el manto del secreto profesional amparado constitucionalmente, buscando ocultar la verdad o paralizando investigaciones y actuaciones judiciales. Del aparte señalado anteriormente se podría concluir sin lugar a equívocos que el deber constitucional de todo ciudadano en colaborar con las autoridades es superior al deber de guardar el secreto profesional, cuando detrás de este se pretende ocultar una conducta ilícita o irregular.

Así las cosas, la Corte ya no señala que el secreto profesional se puede levantar cuando estamos ante la consumación de un delito, o cuando estamos ante dos derechos fundamentales de igual importancia (vida-confianza), sino que establece una cláusula general mediante la cual “no se puede paralizar o suspender el deber constitucional de todo ciudadano en colaborar con las autoridades” en virtud del secreto profesional cuando detrás de este existan actuaciones contrarias a la ley.

En sentencia del 25 de abril de 2012, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt se estudió una demanda en contra del literal f) del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007²⁰¹ (Por el cual se establece el código disciplinario del abogado).

Según el demandante, al no delimitar los delitos sobre los cuales se justifica violar el secreto profesional, se abre “*boquete por donde se colarían impunemente arbitrariedades y deslealtades de los abogados con sus clientes, constituyéndose en una carga desproporcionada y aventurada que soportan los clientes que acuden a los servicios de un abogado*”.

En este caso la Corte da un giro radical en su jurisprudencia, en especial sobre la sentencia 411 de 1993 en donde se sostuvo que el secreto profesional por expreso mandato legal era inviolable, declarando en ese entonces una expresión inconstitucional que permitía al profesional declarar

²⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-062 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰¹ **LEY 1123 DE 2007. ARTÍCULO 34.** Constituyen faltas de lealtad con el cliente: (...) f) Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”

sobre hechos conocidos por él en virtud de su profesión cuando se buscara evitar la consumación de un delito. En este caso y después de analizar la teoría de la normas formuladas por Binding en el siglo XIX, la corporación señala que;

“Con esta norma no se está desconociendo el secreto profesional ni el carácter antijurídico de su vulneración, simplemente se está reconociendo que para aplicar una sanción disciplinaria no es suficiente con el incumplimiento del deber de respetar el secreto profesional – lo cual podría seguir siendo considerado como formalmente antijurídico de acuerdo al numeral 9 del artículo 28 de la ley 1123 de 2007–, sino que además como en cualquier otra falta o delito es necesario que sea además culpable y que no incurra en una causal de exclusión de la responsabilidad”.

(...)En virtud de lo anterior, desde el punto de vista dogmático penal, la expresión “o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” constituye claramente una forma de estado de necesidad²⁰² y por lo tanto debe considerarse como una alusión a esta causal de exclusión de la responsabilidad realizada en el tipo disciplinario.”²⁰³

Bajo la línea argumentativa de una interpretación sistemática la Corte decide declarar constitucional la norma demandada “siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 del Código Disciplinario”.

Así una vez más se encuadra dentro del ordenamiento jurídico una norma que a primera vista es violatoria del artículo 74 de la Constitución, lo cual no hace más que reafirmar la tesis que de tanta excepción o justificación creada por el tribunal constitucional la inviolabilidad del secreto profesional está en entredicho o por lo menos hoy las puertas para justificar una violación al mismo más que hace algunos años, cuando se decía que “como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable.”²⁰⁴

Después de este análisis jurisprudencial podemos concluir que si bien la inviolabilidad del secreto profesional es un hecho que no merece discusión al estar plasmado expresamente en la Constitución, también es cierto que la Corte Constitucional permite no acatar el mandato cuando;

- i) existe un conflicto entre la aplicación del secreto profesional y otro derecho constitucional, en este caso el mandado a resolver el conflicto es el legislador.
- ii) Se presenten circunstancias excepcionalísimas que hacen necesario levantar el velo del secreto profesional para proteger una vida o evitar la consumación de un mal mayor y
- iii) Cuando se pretende ocultar una actividad ilícita, oscura, contraria a las buenas costumbres etc., a través del secreto profesional.

²⁰² Estas son las exigencias jurisprudenciales que se deben tener en cuenta para argumentar un estado de necesidad;

a) Primer lugar, el estado de necesidad exige la existencia de un peligro actual o inminente para un bien jurídico.

b) En segundo lugar, se requiere la ponderación de intereses entre un bien jurídico que debe ser tutelado y otro que debe ser lesionado para salvaguardar el primero.

c) En tercer lugar, el estado de necesidad no puede aplicarse de manera ilimitada, sino que se requiere que la conducta realizada constituya un medio idóneo para hacer frente al peligro

²⁰³ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 20120. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-411 DE 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Si volviéramos al ejemplo del abogado presentado al inicio de este acápite, después de estudiar distintos fallos de la Corte Constitucional podríamos argumentar, que a fin de evitar la consumación de un delito su conducta se encontraría dentro de las causales de justificación dadas por la Corte.

Esto es fundamental para la viabilidad jurídica de una figura como la estudiada en este trabajo de grado, pues de seguir la línea férrea del tribunal constitucional de sus primeras sentencias, prácticamente ningún trabajador podría “soplar” o “hacer sonar el silbato” (*whistleblowing*) sobre conductas contrarias a la ley, cometidas al interior de las empresas para las cuales trabajan.

Pero la carga de argumentar la adecuación de la conducta a un estado de necesidad como causal de justificación no es el único camino que existe para levantar el velo del secreto profesional. La Corte creo la posibilidad que al existir una controversia entre dos derechos de rango constitucional sea el legislador quien dirima esta controversia. En este orden de ideas, bastaría con una ley de la republica que expresamente permita la posibilidad de denunciar ante las autoridades competentes cualquier conducta ilícita que un trabajador conozca por ocasión de su trabajo, para que jurídicamente quede protegido quien decide hacerlo.

Dicho esto creemos aun con más fuerza que una figura como la del *whistleblowing* sería beneficiosa para el país al incentivar de forma legítima y con el compromiso del sector privado conductas ocurridas al interior de sus empresas que deben ser investigadas y sancionadas por las autoridades competentes. Solo así los índices de percepción y la corrupción que realmente ocurre bajarían.

Como se sostuvo al principio de esta tesis, el *whistleblowing* no es la respuesta final a todos los males de la ilegalidad de nuestro país, pero si es una herramienta novedosa que ha mostrados buenos resultados en otras naciones y que bien podríamos introducir en la nuestra.

CONCLUSIONES

De acuerdo con nuestro propósito inicial, en este trabajo de grado pudimos comprender que es un *whistleblower*, cuáles son sus dilemas, sus miedos y sus aspiraciones. Estudiamos de forma separada la legislación de Estados Unidos sobre la materia, dado que fue en el país donde se creó la figura en el cual mayores éxitos, en términos de prevención de delitos, económicos y en aumento de denuncias se han conseguido. De acuerdo a lo que estudiamos, podemos sostener que en Estados Unidos se logró crear un equipo entre el Estado (Departamento de Justicia) y la ciudadanía, en donde el primero se entera de conductas ilegales cometidas al seno de las empresas por boca del segundo y a su vez este último recibe un porcentaje de lo que el Estado logra finalmente recuperar. Casos como el de *Sharon Watkins*, que en su momento llegó a hacer el personaje del año para la revista TIME y un innumerable número de películas muestran como la sociedad norteamericana ha acogido esta figura.

Otras legislaciones han decidido combatir la corrupción introduciendo la figura del *whistleblower* dentro de ordenamiento jurídico. Casos como el inglés, muestran la necesidad y aceptabilidad de la sociedad aun cuando no se otorgan recompensas económicas para quien divulga información. El interés general y la satisfacción de haber prevenido una catástrofe o al menos un delito debe ser razón más que suficiente para que las personas decidan hablar. En países de tradición británica como Australia y Sur África también se ha introducido la figura.

Razones culturales, la recordación de un pasado escalofriante en Sur África en donde el régimen blanco asediaba a quien fuera denunciado (con razón o sin ella) por ir en contra de las políticas estatales han generado un pánico literal en la población actual, lo cual hace prácticamente imposible que una figura como esta, en la que se necesita que alguien “sople” o traicione a sus empleadores, para ser exitosa.

Evidenciamos como en dos países desarrollados como en Japón y Australia también se introdujo la figura, pero el compañerismo (*mateship*) y la lealtad del trabajador japonés a su empresa hacen que sean pocos los casos en los que un *whistleblower* hará zonas su silbato.

A pesar de los resultados en varios de los países que vimos, hay un hecho cierto y es que todos han hecho los esfuerzos para incluir el tema de la corrupción (pública y privada) como un tema de Estado sobre el cual deben buscarse soluciones. Ningún país aún está libre de corrupción, hay unos con un niveles más aceptables que otros, pero ninguno es ajeno a este mal, lo cual quiere decir que no la comunidad internación aún no ha llegado a soluciones únicas, lo que significa que cada Estado debe hacer lo jurídicamente correcto para castigar a los ciudadanos que cometen actos ilegales y brindarle las herramientas jurídicas necesarias a quienes tienen la intención de denunciar conductas fraudulentas. El estado debe castigar a unos y trabajar con los otros, pues la educación y el cambio de cultura será la que permita bajar los índices de corrupción cada día más.

En este orden de ideas, y después de desarrollar este trabajo podemos decir que;

- *Whistleblower* es “denuncia de irregularidades a través de una revelación por parte de un empleado (o profesional) de información confidencial que se refiere algún cambio, fraude

u otra conducta ilegal o inmoral relacionada con su lugar del trabajo, proveniente del empleador o de sus colegas”.

- El *whistleblowing* o la conducta de revelar información interna de una empresa que trasgrede las normas legales y morales, es importante para todas las organizaciones y personas, pues todos los días empresas privadas y entidades públicas corren el riesgo de que algo salga mal. Un alimento, unos frenos de carro, un fraude en alguna entidad estatal o un juguete defectuoso puede ser evitado si quien participo en su diseño y fabricación o quien conoce información por ser empleado de la empresa o entidad, tiene las herramientas legales de acudir a una entidad para denunciar el hecho.
- En Estados Unidos fue donde se acuñó el término y en donde se trata a los “delatores” como unos auténticos héroes. El sistema Norteamericano se basa en un esquema de recompensas económicas que no tienen piso ni techo, a las que se accede si la información divulgada por el delator, lleva a las autoridades a la sanción de una conducta ilegal.
- En otras naciones (Inglaterra, Australia, Japón) se ha introducido la figura y se han creado procedimientos legales para que las denuncias sean investigadas seriamente por las oficinas de control interno de las empresas y/o las autoridades. En estas legislaciones el bienestar de la comunidad y la prevención de catástrofes son la motivación que debe estar detrás del individuo que divulga información.
- La cultura de cada sociedad juega un papel fundamental en el éxito o el fracaso de esta figura. Sociedades en donde existe miedo en denunciar y en donde la falta de confianza en las instituciones del Estado es alta, la probabilidad de éxito es bastante baja. Por el contrario, en países en donde el Estado es capaz de brindar una protección integral al denunciante y su familia así como prevenir represalias y cuenta con una legislación laboral fuerte, el éxito de la figura prácticamente está asegurado.
- En Colombia desde la expedición de 1991 junto con el Gobierno del presidente Cesar Gaviria Trujillo se inició una política de Estado en la lucha contra la corrupción. El constituyente de 1991 diseñó un esquema constituido por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación para luchar en contra de la corrupción, tanto de servidores públicos, como de particulares que manejaran recursos públicos y de particulares que infringieran las normas penales.
- Desde 1991 hasta la fecha, son bastantes las normas que tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional han expedido creando o modificando tipos penales, diseñando nuevos procedimientos, constituyendo nuevas entidades del Estado, todo encaminado a luchar en contra de la corrupción.
- La figura del *Whistleblower* es una propuesta, ya probada con mayor o menor éxito en otras naciones, que entraría al compendio de normas que hoy existen en Colombia en materia de corrupción. El objetivo es prevenir la ocurrencia de hechos que afectan el bienestar de la sociedad, incentivando a quien conoce de su posible configuración por

trabajar en la empresa donde se fraguó la trama, para que denuncie (suene el silbato) ante las autoridades.

Por último vale la pena recordar, que en Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Japón tuvieron que ocurrir catástrofes o grandes quiebras para que la el *whistleblowing* fuera tratado por las autoridades nacionales. En Colombia desafortunadamente vemos a diario carteles de contratación, de salud, educación, exportaciones ilegales etc. que atentan contra el Estado social de derecho. La corrupción tanto privada como pública, impide que el país se desarrolle (piénsese en la cantidad de recursos que se han perdido por este flagelo), que se distribuya el ingreso, que seamos una sociedad más equitativa y en ocasiones vuelve a la sociedad un poco escéptica sobre las instituciones judiciales.

Como mencionamos anteriormente, aún no se ha encontrado una fórmula única que nos lleve al nivel deseado de cero corrupción, razón por la cual debemos seguir buscando soluciones y promoviendo figuras cuyo único objetivo sea evitar que quienes violan la ley lo sigan haciendo y permanezcan impunes.

BIBLIOGRAFÍA

- ANN JOHNSON Roberta. *The Struggle Against Corruption*. Ed. Palgrave macmillan, United States 2004. ISBN 1-4039-6269-3.
- ANN JOHNSON Roberta. *Whistleblowing, When it Works and Why*. Ed. Rienner United States, 2003. ISBN 1-58826-114-X.
- ALFORD Fred. *Whistleblowers. Broken Live san Organization Power*. Ed. Cornell University Press, United States 2002. ISBN 0-8014-8780-3.
- BOK Sisela. *Blowing The Whistle in Public Duties: The Moral Obligation of Governmet Officials*. Ed. Joel Fleishman. Harvard Press 1981.
- Banco Mundial y Vipresidencia de la Republica de Colombia. *Estudio: Corrupcion, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una Estartegia Anticorrpcion para Colombia*. Marzo de 2002.
- CALLAND Richard & DEHN Guy. *Whistleblowing Around The World. Law, Culture And Practice*. Ed, The Open Democracy Advice Center, South Africa 2004. ISBN 1-919798-56-0.
- COPELLO MALDONADO Alberto. Trabajo titulado: *La lucha contra la corrupción en Colombia*. Ed. Friedrich Ebrt Stiftung.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 264 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-151 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-062 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1177 de 2005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Esobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-200 de 2012. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-301 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- DUAB. C Falko. *New Whistleblowing Regulations in the USA*. Ed. VDM Verlag – Germany. ISBN 978-3-8364-0730-4.
- GARCÉS LLOREDA, M.T. y TARQUINO BUITRAGO,C.A.; *Lo Público: Una Forma de Redimensionar el Papel del Estado y la Sociedad Civil en los Procesos de Control Social*; Revista Síndéresis, No. 6. 2002.

- GOMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. Intervención y Omisión. Revista de Derecho Penal y Criminología. Número 76. Julio-Diciembre 2004.
- HESCH D Joel. Whistleblowing, A Guide to Government Reward Program. Ed Goshen Press United States 2008. ISBN 978-0-9772602-0-1.
- MARTIN KOHN Stephen. The Wistleblower`s Handbook. Ed. Lyos Press – United Estates, 2011. ISBN 978-0-7627-6373-3.
- PERETZ GLAZER Myron & MIGDAL GLAZER Penina. Whistleblowers Exposing Corruption in Government & Industry. Ed. Basico Books - United Estates. ISBN 0-465-09173-3.
- TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Trabajo titulado: Corresponsabilidad del sector empresarial y de la sociedad civil en la lucha contra el crimen. Bogotá, Octubre de 2003.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA Y TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. N°20, Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. ISSN: 1657-7736. Colombia – América del Sur. Diciembre 2012.
- VERGARA JORGE Gamarra. Agenda Anticorrupción en Colombia; reformas, logros y recomendaciones. Banco de la Republica, Noviembre 2006.

ANEXO 1

1. Política anticorrupción del Estado Colombiano

De acuerdo con Jorge Gamarra Vergara *“Las estrategias anticorrupción comenzaron formalmente con la administración de Cesar Gaviria, la cual creó la Misión para la Moralización y Eficiencia de la Administración Pública (Decreto 1860 de 1991). Posteriormente, el gobierno de Ernesto Samper creó la Consejería Presidencial para la Administración Pública (Decreto 2098 de 1994), y logró la promulgación del estatuto anticorrupción (Ley 190 de 1995). En la siguiente administración, Andrés Pastrana creó el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, el cual buscaría reducir los niveles de corrupción basándose en dos líneas de acción: promover la prevención con participación ciudadana y fortalecer las acciones de control y sanción mediante la coordinación interinstitucional. En la primera administración de Álvaro Uribe se reformaron algunas leyes, las cuales hicieron más severos algunos castigos y se incentivó la participación y veeduría ciudadana en los procesos de administración pública.”*²⁰⁵

De forma más específica miremos cuales fueron los avances en materia normativa, programas y demás iniciativas, relacionadas con la lucha en contra de la corrupción de cada uno de los gobiernos comenzando con el de Cesar Gaviria.

1.1. Periodo presidencial de 1990 a 1994 (Cesar Gaviria Trujillo)

1. El decreto 1860 de 1991 en su artículo 16 crea el “Consejero para la modernización de la Administración Pública y la Descentralización” que entre otras funciones debe; *“asistir al Presidente de la Republica al Gobierno Nacional en la elaboración, formulación, ejecución y evaluación de las políticas en relación con la modernización de la administración pública y la descentralización; así como coordinar, de acuerdo con las instrucciones del Presidente de la República, la elaboración de los proyectos de ley, de decreto y de otros actos o decisiones necesarios o convenientes para la plena realización de los principios y normas constitucionales relacionados con la organización y el funcionamiento de la Administración Pública”*²⁰⁶.
2. Expedición del decreto 1421 de 1993 “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá” mediante el cual se promueve la participación ciudadana y la veedurías con el propósito de participar y vigilar la gestión distrital y local²⁰⁷.
3. Ley 87 de 1993, mediante la cual se dictan normas de control interno en diferentes entidades y organismos del Estado “con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos,

²⁰⁵ VERGARA JORGE Gamarra. Agenda Anticorrupción en Colombia; reformas, logros y recomendaciones. Banco de la Republica, Noviembre 2006.

²⁰⁶ Decreto 1860 de 1991. Artículo 16

²⁰⁷ Decreto 1421 de 1993 Artículos 6 y 95.

se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.”²⁰⁸

4. Expedición del código de contratación Pública (Ley 80 de 1993)

1.2. Periodo presidencial de 1994 a 1998 (Ernesto Samper Pizano)

1. Ley 333 de 1996 *“Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita”*.
2. Ley 190 de 1995 *“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”*. En la norma se tocan temas relacionados con el control sobre el reclutamiento de servidores públicos, declaración de bienes y renta de servidores públicos, Inhabilidad para desempeñar funciones públicas y se introducen algunas modificaciones al código penal. En los artículos 70 y 73 se crean la Comisión Nacional para la Moralización y Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, cuyas funciones entre otras son; *“A) Colaborar con los organismos de control para la vigilancia de la gestión pública nacional. B) Adoptar una estrategia anual que propenda a la transparencia, eficiencia y demás principios que deben regir la administración pública. C) Coordinar la ejecución de políticas que permitan la eficaz participación ciudadana en el control de la gestión pública. D) Examinar y aconsejar a las entidades públicas y privadas sobre las fuentes de corrupción que están facilitando sus propios sistemas y recomendar formas para combatirlas. Y E) Realizar audiencias públicas para analizar situaciones de corrupción administrativa y formular las recomendaciones pertinentes.”*²⁰⁹
3. En la Ley 270 de 1996 se tratan temas como la responsabilidad del Estado, de sus funcionarios y empleados judiciales, así como la acción de repetición en contra de funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado²¹⁰

1.3. Periodo presidencial de 1998 a 2002 (Andrés Pastrana Arango)

1. A través de la ley 489 de 1998 se crea el sistema nacional de control interno cuyo objetivo es *“integrar en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas, para que, mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado.”*²¹¹ En la misma ley se crea la escuela de Alto Gobierno y se habla de democratización y control social de la administración pública. Ambos conceptos están encaminados en imprimirle transparencia a la administración

²⁰⁸ Ley 87 de 1993, Artículo 1 *“por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones”*

²⁰⁹ Ley 190 de 1995. Artículos 70 y 73

²¹⁰ Ley 270 de 1996. Artículo 72

²¹¹ Ley 489 de 1998 Artículo 28

mediante la coordinación y apoyo entre las distintas entidades del Estado y a través de la participación ciudadana a través de veedurías que vigilen la gestión.

2. Mediante el Decreto 2405 de 1998 se el Programa Presidencial de lucha en contra de la corrupción cuyo “propósito central (es) coordinar, la implementación de las iniciativas gubernamentales para hacerle frente a este flagelo, como su articulación con aquellas que en el mismo sentido adelanten los organismos de control y la sociedad civil.”²¹²
3. Se crearon mecanismos de seguimiento, evaluación y rendición de cuentas de la gestión pública, se desarrolló una estrategia para el fortalecimiento de valores éticos en los servidores públicos y se implementó el Sistema de Información de la Contratación Estatal (SICE).

1.4. Periodo presidencial de 2002 a 2010 (Álvaro Uribe Vélez)

1. Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993.
2. Mediante el decreto 4898 de 2007 se ratificó la “Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.
3. Se realizaron consejos comunales abiertos a la participación ciudadana.
4. Se diseñaron estrategias que fomentaban la rendición de cuentas.

²¹² Directiva Presidencial No. 09. De Andrés Pastrana Arango. Fecha: 24 de Diciembre de 1999.