

MINUTA

PROPUESTA DE WHISTLEBLOWER PARA LA DETECCIÓN DE PRÁCTICAS DE CORRUPCIÓN Y OTROS ILÍCITOS

Sumario

I.	ANTECEDENTES	2
II.	DEFINICIÓN DEL MECANISMO DE WHISTLEBLOWING	2
III.	BENEFICIOS DEL MECANISMO DE WHISTLEBLOWER	3
IV.	ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EFICACIA DEL MECANISMO	4
a.	Claridad en los requisitos del beneficio	4
b.	Protección efectiva del denunciante	5
c.	Aplicabilidad del mecanismo a diversas áreas	6
V.	EXPERIENCIA COMPARADA	7
VI.	ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DE WHISTLEBLOWING	8
a.	Beneficios para todas las personas	8
b.	Confidencialidad de la denuncia	8
c.	Protección al denunciante y testigos	8
d.	Sanción a la denuncia temeraria	9
e.	Recompensa para el whistleblower	9
f.	Exigencias básicas respecto de la información entregada constitutiva de la denuncia	9
g.	Mecanismos de coordinación institucional	10

I. ANTECEDENTES*

1. En el marco del mandato del *Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, tráfico de influencias y la corrupción*, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) viene a efectuar una propuesta que facilite la detección de prácticas corruptas del sector público o privado, como es la creación de *whistleblowers* para la denuncia de ilícitos asociados a la corrupción, que pasamos a exponer.

II. DEFINICIÓN DEL MECANISMO DE WHISTLEBLOWING

2. Una de las dificultades que presenta la lucha contra la corrupción y otros ilícitos económicos, es la dificultad de detección por las autoridades fiscalizadoras y judiciales. Las formas tradicionales de *enforcement* implican -usualmente- largos tiempos de investigación y recursos, sin llegar siempre a término¹.

3. Una manera que los sistemas comparados han enfrentado esta situación, en relación a la corrupción en ámbitos públicos y privados, ha sido mediante la figura del *whistleblower* o “soplón recompensado”. Ésta consiste en la revelación de actividades ilícitas o corruptas dentro de la Administración Pública -u organizaciones privadas-, por parte de un particular que se ha enterado de la ocurrencia de dichas conductas. El denunciante, que se ha enterado del ilícito por su cargo, de oídas o por coincidencia; tiene derecho a un porcentaje de la multa aplicada o del dinero recuperado por el Estado². Adicionalmente, los denunciantes gozan de protección para realizar la denuncia y evitar las represalias por parte de la organización (i.e.: despido).

4. La función del *whistleblower* se vincula con el resguardo de la probidad administrativa y el buen funcionamiento de mercados, donde el respeto a las normas de rectitud pública y regulación toma real importancia por el interés

* En la elaboración de esta minuta colaboró Danae Fenner Rivera, investigadora de RegCom.

¹ Indira Carr y David Lewis “Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower protection” *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, March 2010, p. 53.

² Francisco Sánchez *Protección de denuncias de hechos de corrupción: la regulación del whistleblowing en derecho comparado* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile), p. 17.

general que existe detrás de los bienes jurídicos de que se trata (i.e.: compras y adquisiciones públicas, competencia, fe pública, mercado de valores, etc.).

5. En Chile, esta materia se ha regulado parcialmente a través de la ley N° 20.205, la cual protege al funcionario público que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad. Sin embargo, ésta ha sido ineficaz e insuficiente para combatir la corrupción y comisión de ilícitos.

III. BENEFICIOS DEL MECANISMO DE WHISTLEBLOWER

6. Una buena regulación del *whistleblower* tiene beneficios para el funcionamiento de los mercados, de la Administración Pública, y el adecuado uso del presupuesto público, que exponemos a continuación:

- a. *El mecanismo disuade la corrupción.* En efecto, al ofrecer pagos monetarios cuantiosos a los posibles involucrados o conocedores de un ilícito, a cambio de información y prueba, crea inestabilidad en las prácticas corruptas o hechos ilícitos, como ha hecho la institución de la delación compensada en materia de carteles. Por lo mismo, en el análisis de riesgo que hace el potencial infractor antes de coludirse, sobornar, o cometer cualquier otro acto ilícito, deberá incluir el hecho de que algunos de los participantes o subalternos denuncie la práctica, haciéndose menos atractiva la práctica ilícita³.
- b. *Aumentan los incentivos a denunciar ilícitos.* La posibilidad - más o menos cierta- de recibir una suma de dinero por denunciar prácticas al interior de la organización y recibir protección para no enfrentar represalias por ello, generan que el posible denunciante observe mayores beneficios que los posibles costos.
- c. *El whistleblower crea un enforcement privado.* En tercer lugar, a diferencia del delator en una delación compensada de carteles, el *whistleblower* tiene un rol menos institucional, toda vez que no debe ser parte del acuerdo anticompetitivo o del ilícito que se

³ Estudio sobre el mecanismo, en Mauricio Villena y Marcelo Villena *On the economics of whistle-blowing behaviour: the role of incentives* (2010); y Michael Ting *Whistleblowing* (2008).

denuncia, o incluso trabajar en la institución. Esto implica que los destinatarios de la norma y posibles beneficiados por las recompensas son mayores, y por ende, se adiciona a la fiscalización estatal (*public enforcement*) una fiscalización e investigación privada de delitos o infracciones al interior de las organizaciones públicas o privadas (*private enforcement*). Lo anterior ocurre especialmente cuando la autoridad pública que recibió la denuncia del *whistleblower* resuelve no investigar o no sancionar. En dicho caso, la posibilidad de *enforcement* privado subsidiario tiene la virtud de controlar la decisión pública, evitando o minimizando la captura del regulador. Para lo anterior, se evalúa la admisibilidad de la demanda *subsidiaria* por abogados, como ocurre en Estados Unidos.

- d. *El sistema no implica gasto fiscal.* El mecanismo que se propone tiene el beneficio de aumentar las sanciones (multas), así como incrementar lo recuperado del erario, sin requerir un mayor gasto fiscal. Por otra parte, la fiscalización privada se financiaría del monto de la recompensa. Inclusive, puede entenderse que este mecanismo incrementa los ingresos fiscales sin aumentar los funcionarios, y sin detrimento de la función pública y el *enforcement* de éstos.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EFICACIA DEL MECANISMO

7. Para que la figura de *whistleblower* sea eficaz, es necesario poner énfasis en ciertos aspectos cruciales de ella, a saber:

a. Claridad en los requisitos del beneficio

8. En primer lugar, los criterios de procedencia deben ser muy claros: quiénes pueden ser beneficiados; cuál es el tipo de información que se requiere entregar; qué grado de consistencia debe presentar dicha información (posibilidad de sancionar al denunciante temerario con una multa); qué tipo de conductas deben ser las denunciadas, entre otras. Si hay temor o incertidumbre respecto a la aplicabilidad o no de los beneficios por hacer la denuncia, el incentivo y miedo a hacerlo se mantiene igual que antes, deviniendo ineficaz la norma.

9. A modo de ejemplo de modelo de control de denuncias, está el norteamericano (*admisibilidad*), el cual contempla la obligatoriedad de consultar con un abogado que evalúe y analice si se cumplen los criterios de aplicabilidad de la figura o no, antes de denunciar a quien corresponda. De esta forma, se hace una suerte de *screening* de la posible denuncia, los hechos que la constituyen, el cumplimiento de los requisitos, y con la protección del secreto profesional respecto del denunciante⁴.

10. Adicionalmente, se debe dar credibilidad a la autoridad al hacer el pago al denunciante. Esto exigiría también que el presupuesto de la autoridad investigadora contemple un ítem o glosa que establezca el *quantum* de que dispone para premiar a quienes colaboren con ella, o bien concebir que parte de la multa o lo recuperado sea entregado al denunciante⁵.

11. En este sentido, la ley N° 20.205 ha sido deficitaria pues – aparte de no contemplar un “premio” para el denunciante – los sujetos a los cuales se dirige se rigen por el Estatuto Administrativo y otros estatutos que hacen referencia a él, quedando excluidos todos los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, los ex funcionarios y los trabajadores contratados a honorarios en la Administración Pública, entre otros. En algunos casos de denuncias que hubo, la ley fue inaplicable, dejando al denunciante en desamparo total⁶, incluso revelando la Contraloría General de la República la identidad del funcionario⁷.

b. Protección efectiva del denunciante

12. En segundo lugar, las medidas de protección al denunciante deben ser efectivas. Las represalias que una organización puede tomar en contra del

⁴ Con esto, pueden haber acercamientos entre el abogado de denunciante y la autoridad sin que se conozca la identidad de aquel.

⁵ Aldo González, *Fundamentos de los programas de delación compensada para la persecución de los carteles* (Departamento de Economía, Universidad de Chile, SDT 218, 2006). Adicionalmente, estos recursos tiene un uso alternativo, con lo que entrarían a disputar mejores usos sociales.

⁶ Nancy Barra “Reflexiones acerca de la ley N°20.205 Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad” *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* n°21, Santiago, junio 2009, p. 24.

⁷ Incluso más, es posible conocer el nombre de los funcionarios que usaron el mecanismo de la Ley N° 20.205 en los datos de la Contraloría General de la República y que no se les aplicó el beneficio, en el buscador de dictámenes de dicho servicio con el número de la ley.

denunciante son múltiples, especialmente cuando los involucrados son personas de mayor rango que el denunciante (laborales, contractuales y sociales). El denunciante debe percibir que el beneficio de delatar no se verá opacado por la inseguridad en la continuación de su empleo o la supervivencia de la organización misma.

13. La ley N° 20.205 presenta falencias. Los empleados que denuncien no pueden ser objeto de medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución (sólo a los de planta), no pueden ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, y se puede solicitar el secreto respecto de terceros. Todo esto por un plazo de tres meses. Es evidente que los incentivos no son suficientes: antes de la denuncia se tenía trabajo asegurado; después de ella, sólo por tres meses⁸.

14. Por último, debe crearse una configuración institucional que permita que las denuncias lleguen a término y se haga, en los hechos, la investigación que corresponda con posibilidad real de sanción al infractor. En este sentido, no basta con crear canales de comunicación dentro de la organización misma, pues es sabido que en los grandes casos de corrupción los altos mandos están también involucrados, haciendo que las denuncias o avisos de los subalternos sean ineficaces.

c. Aplicabilidad del mecanismo a diversas áreas

15. El mecanismo del *whistleblower* puede ser aplicado a diversas áreas en las que hay corrupción o prácticas ilícitas, no limitándose solo a casos de corrupción. En primer lugar, donde posiblemente tiene más efectividad el mecanismo es en el sector público, pues puede permitir revelar conductas contra el patrimonio fiscal. Esto incluye compras públicas, licitaciones públicas por parte de ministerios, organismos o empresas públicas - instituciones regidas por el Estatuto Administrativo- pero incluyendo a terceros ajenos que puedan proveer de información útil para destapar escándalos de corrupción (por ejemplo: proveedores o ex - trabajadores de éstos que conocen de compras públicas en las que hubo corrupción).

⁸ Leonidas Montes, "Corrupción: una ley ineficaz", *Diario Financiero*, 25 de julio de 2007. Disponible en: http://www.cepchile.cl/1_4027/doc/corrupcion_una_ley_ineficaz.html#.vrvot46g9qu

16. En segundo lugar, el mecanismo es aplicable al mercado de valores, como se ha hecho en Estados Unidos. El uso de información privilegiada es uno de los ilícitos más recurrentes en él, pero a la vez más difíciles de detectar por parte de las autoridades. Incorporar mecanismos de *whistleblowing* parece apropiado porque el beneficio recibido por actuar en pos de la fe pública puede ser igual o mayor al beneficio de actuar contra ella.

17. Por último, se ha usado este tipo de mecanismo para mantener el buen funcionamiento de los mercados en general, a través de la normativa de libre competencia. Los carteles para su funcionamiento deben no sólo contar con la colaboración entre distintas firmas sino que además al interior de cada una de ellas, existen distintos individuos que hacen operativa la colusión. De este modo, el ofrecer pagos monetarios a personas que proporcionen evidencia sobre los actos colusivos permite introducir una inestabilidad adicional al cartel. Luego, un premio económico al delator puede ser un beneficio adicional, que permita descubrir conductas anticompetitivas.

V. EXPERIENCIA COMPARADA

18. Muchos países contemplan mecanismos de *whistleblowing*⁹, existiendo en la OCDE una norma modelo al respecto. Los resultados obtenidos han sido excelentes (*vid. infra*). Además, se ha incorporado el mecanismo de *whistleblowing* privado en la ley *Sarbanes-Oxley* (2002), ley *Dodd-Frank* (2010)¹⁰, mecanismos de detección de evasión impositiva¹¹, etc.

19. En Estados Unidos, el mecanismo existe desde 1861, en lo que se conoce como acciones *qui tam*. Las estadísticas muestran que el mecanismo permitió recuperar en 2006 alrededor de US\$3.000 millones del gasto público del gobierno federal, de lo cual 17% se destinó a recompensar a los

⁹ *False Claims Act* y *Whistleblower Protection Act* de EEUU; *Public Interest Disclosure Act* en Reino Unido; Convención de la Unión Africana para la Prevención y Combate de la Corrupción, Protocolo Contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo de África Austral; Iniciativa Anti-Corrupción para Asia y el Pacífico; Protección y Recompensas a Denunciantes de Corea del Sur.

¹⁰ Disponible en: <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>

¹¹ <http://www.taf.org/resource/irs/irs-whistleblowers>

denunciantes¹². El año 2014, el monto recuperado fue de casi US\$5.700 millones, con un total de US\$430 millones en recompensa¹³.

VI. ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DE WHISTLEBLOWING

20. A nuestro juicio, un sistema eficaz de *whistleblowing* debe tener las siguientes características:

a. Beneficios para todas las personas

21. Los beneficiarios del sistema de *whistleblowing* no deben ser sólo funcionarios públicos que detecten actos de corrupción al interior de la Administración, sino también todo aquel que detecte o se entere de conductas corruptas o infracciones a la ley, sea funcionario público o un particular.

b. Confidencialidad de la denuncia

22. Toda información presentada por el denunciante o testigo de los hechos no podrá ser de conocimiento público, teniendo así el carácter de confidencial. Con esto se refuerza el incentivo a denunciar, evitando posibles reproches por parte del entorno del denunciante

c. Protección al denunciante y testigos

23. Deben haber obligaciones de protección, directas y efectivas, respecto de los denunciantes y los testigos de los actos de corrupción. Así, se les da la posibilidad cierta de denunciar hostilidades o represalias laborales, pudiendo a su respecto establecer ciertas prohibiciones tanto laborales (prohibición de despido, rebaja de salario o cualquier cambio injustificado de condiciones laborales) como personales (protección policial, cambio de residencia, etc.).

24. Asimismo, se debe contemplar la asistencia legal para el denunciante en todo el procedimiento de investigación y sanción.

¹² Montes, n. 8.

¹³ Datos disponibles en <http://www.taf.org/DOJ-FCA-Statistics-2014.pdf>

d. Sanción a la denuncia temeraria

25. A fin de evitar las denuncias con fines que no sean el revelar actos corruptos (*vendettas* laborales, posibilidad de ascender, etc.), se debe establecer sanciones (multas o inhabilitaciones laborales) a los denunciadores temerarios, es decir, a aquellos que denuncian hechos a sabiendas que no se han cometido, o simulan indicios y pruebas de su comisión. En dicho sentido, el rol de los abogados que hagan un *screening* de admisibilidad de la denuncia aminorará estas situaciones.

e. Recompensa para el whistleblower

26. Uno de los puntos centrales del mecanismo de *whistleblower* es la existencia de un beneficio monetario o recompensa por la denuncia hecha, cuestión que genera el mayor incentivo.

27. Los montos entregados corresponden a un porcentaje de la multa aplicada al infractor, lo que en materias como libre competencia o uso de información privilegiada, alcanza sumas altísimas.

28. La recompensa permite financiar la asesoría letrada –con secreto profesional– que verifique la admisibilidad de las denuncias.

29. En el derecho comparado, se considera que las denuncias que son perseguidas por la autoridad permiten una recompensa mínima del 15% de la multa o monto recuperado, con un techo del 25%. En los casos que la autoridad opte por no perseguir o sancionar, el denunciante particular que persiga privadamente la sanción tiene un piso mínimo del 25% y un techo de hasta el 30%. Si el *enforcement* privado es exitoso, y no hubo *enforcement* público, se coloca al servicio público en una compleja situación¹⁴.

f. Exigencias básicas respecto de la información entregada constitutiva de la denuncia

30. Para hacerse beneficiario de las medidas de protección y del beneficio asociado a la denuncia, se requieren exigencias mínimas en cuanto a cómo

¹⁴ John Braithwaite, *Regulatory Capitalism. How it works, Ideas form making it work better* (Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2008) p. 67.

debe ser la información proporcionada. Así, los requisitos básicos de ésta son los siguientes:

- a. La información haya permitido el descubrimiento de los hechos (no puede tratarse de información acerca de una investigación ya en curso).
- b. Debe estar sustentada.
- c. La información debe ser veraz, útil y ayudar a la identificación de las personas, bienes o derechos vinculados al acto de corrupción.

g. Mecanismos de coordinación institucional

31. Puede ser útil establecer mecanismos de coordinación institucional o canales de denuncias para la aplicación eficaz de una normativa de *whistleblowing*. Esto supone que los canales existentes en cada institución no son suficientes para detectar hechos ilícitos, pues muchas veces están ellos mismo envueltos en las infracciones.

Es lo que podemos informar a ustedes. Quedamos a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas
Abogado, M.Sc. en Regulación Económica y Competencia
Profesor Asistente, Depto. de Derecho Económico
Director, Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Santiago, 9 de abril de 2015 