

La protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción

The legal protection of whistleblowers of acts of corruption

Proteção jurídica dos denunciantes em casos de corrupção

Javier Sanclemente-Arciniegas

Doctor en Derecho de la Universidad París-Dauphine, PSL Research University, magíster en Derecho de los Negocios y de la Economía de la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne; especialista en Derecho Comercial de la Universidad Paris II Panthéon Assas; especialista en Derecho Público de la Universidad Externado; especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional; abogado de la de la misma universidad. Ex magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Profesor de Derecho Económico en la Universidad Nacional de Colombia y miembro del grupo de investigación en derecho y economía. Correo electrónico: jsanclementea@unal.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6251-8177>

Fecha de recepción: MAYO 25 DE 2020

Fecha de aceptación: AGOSTO 30 DE 2020

Publicación online: SEPTIEMBRE 30 DE 2020

Resumen

El texto plantea una reflexión sobre la protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción. Ese es un tema que merece gran atención a nivel internacional por ser una herramienta imprescindible en la lucha contra ese flagelo. En Colombia aún no ha sido implementada; sin embargo, el asunto ha cobrado relevancia por las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. Se trata de una forma de vincular las grandes empresas privadas a la lucha anticorrupción. Ella implica una nueva concepción de las corporaciones, propia del derecho del compliance. En ese marco las firmas son obligadas a desplegar estrategias internas con miras a dar cumplimiento efectivo a la ley. Esto comprende la proscripción del uso de la corrupción como una forma de conquistar nuevos mercados. Usando una metodología comparativa se estudia el régimen de esa institución en Francia y Estado Unidos. En la primera parte se observa quiénes son los sujetos que pueden ser considerados como denunciantes y cuál es el objeto de la protección. En la segunda parte se estudian las formas en que se les protege y el procedimiento que deben seguir las denuncias. Se concluye que es un instrumento útil que debería ser integrado al ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: Corrupción, denunciantes, cumplimiento, empresas, códigos de conducta, responsabilidad, denuncia de irregularidades.

Abstract

The text raises a reflection on the legal protection of whistle blowers of acts of corruption. This is an issue that deserves great attention at the international level for being an essential tool in the fight against this scourge. In Colombia it has not yet been implemented, however, the matter has gained relevance due to the Organization for Economic Cooperation and Development - OECD recommendations. It is a way of linking large private companies to the fight against corruption. It implies a new conception of corporations, typical of compliance law. In this framework, the firms are obliged to deploy internal strategies with a view to effectively complying with the law. This includes banning the use of corruption as a way to conquer new markets. Using a comparative methodology, the regime of that institution in France and the United States is studied. In the first part, it is observed who are the subjects that can be considered as whistle blowers and what is the object of protection. The second part examines the ways in which they are protected and the procedure that complaints must follow. It is concluded that it is a useful instrument that should be integrated into the colombian legal system.

Keywords: Corruption, whistleblowers, compliance, business, codes of conduct, responsibility, whistleblowing.

*Cómo citar: Sanclemente-Arciniegas, J. (2019). *La protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción.. Revista Criterio Libre Jurídico*, 17 (1), e-6260. DOI: 10.18041/1794-7200/clj.2020.v17n2.6260

Resumo

O texto reflete sobre a proteção jurídica daqueles que denunciam atos de corrupção. Esta é uma questão que merece grande atenção a nível internacional por ser um instrumento essencial na luta contra este flagelo. Na Colômbia ainda não foi implementado; contudo, a questão ganhou relevância devido às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. É uma forma de ligar as grandes empresas privadas à luta contra a corrupção. Implica uma nova concepção de corporações, típica da lei de conformidade. Neste quadro, as empresas são obrigadas a implementar estratégias internas a fim de cumprirem efetivamente a lei. Isto inclui a proscricção do uso da corrupção como uma forma de conquistar novos mercados. Utilizando uma metodologia comparativa, é estudado o regime desta instituição em França e nos Estados Unidos. Na primeira parte, observa-se quem são os sujeitos que podem ser considerados como denunciadores e qual é o objecto da proteção. Na segunda parte, são estudadas as formas como são protegidas e o procedimento a seguir para as queixas. Conclui-se que é um instrumento útil que deve ser integrado no sistema jurídico colombiano.

Palavras-chave: Corrupção, denunciante, cumprimento, empresas, códigos de conduta, responsabilização.

Introducción

El presente texto plantea una reflexión sobre la protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción. De esa manera se ha traducido al español la práctica conocida como el *whistleblowing*, que es una institución de la que se han ocupado desde hace tiempo la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo. En Colombia ese tema es poco conocido y sin mayores desarrollos legales, sin embargo, la importancia de la institución se ha puesto de relieve por las recomendaciones formuladas por la OCDE (El espectador, 2019). En efecto, en el mes de diciembre de 2019 esa entidad publicó un informe en el que evalúa y hace sugerencias al país con miras a la implementación de los compromisos que se derivan de su Convención sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros. Ese estudio sostiene que el sistema legal colombiano no protege a los denunciantes de actos de corrupción. Por el contrario, a la luz de lo ocurrido en el caso de Odebrecht concluye que esas personas afrontan condiciones hostiles (OCDE, 2019, p. 57). Colombia ha suscrito, además, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, el artículo 32 de esa norma establece que los Estados deben adoptar medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de represalias o intimidación a los testigos, peritos y víctimas de delitos tipificados en la citada Convención.

La protección jurídica de los denunciantes se ha impuesto a nivel internacional bajo el entendido que ella contribuye a preservar el interés general. En efecto, la corrupción transnacional se ha calificado como alta corrupción, en la medida que ella involucra relaciones de grandes empresas internacionales con altos funcionarios de los estados y tiene consecuencias importantes sobre el desarrollo de los países que la sufren (Rose-Ackerman, 1998, p. 25). Las personas que la denuncian manifiestan de esa forma un rechazo a la vulneración de bienes jurídicamente relevantes. Se trata de llamar la atención sobre actuaciones que se desvían de los estándares aceptados. Así, el término *whistleblowing* hace referencia a la manera en la que, en otros tiempos, los policías británicos alertaban sobre la comisión de delitos, haciendo sonar un pito. En Francia, se ha hecho referencia a los lanzadores de alertas éticas, actividad definida como el gesto de un individuo, testigo de un acto desviado, ilícito o peligroso para otros, quien decide alertar a las autoridades que tienen el poder de ponerle fin (Benaïche, 2014, p. 79). En un sentido similar Banisar (2011, p. 64) define ese fenómeno como el acto de un hombre o una mujer que, creyendo que el interés público tiene preeminencia sobre el interés de la organización de la que hace parte, denuncia que la entidad en la que participa está involucrada en prácticas corruptas, ilegales, fraudulentas o dañinas.

Los denunciantes han jugado un papel importante en la develación de escándalos en diferentes sectores en varios países del mundo: riesgos sanitarios, ambientales, hechos criminales de los estados o la violación de derechos humanos fueron conocidos por el público gracias a la iniciativa ética de esas personas. Organizaciones de naturaleza pública y privadas han sido sancionadas penal o socialmente, como consecuencia de denuncias realizadas por individuos que, desde el interior, conocieron de primera mano la realización de actividades reprobables. Sin embargo, nuestra reflexión concierne en esencia a los denunciantes de actos de corrupción cometidos por empresas privadas con miras a pervertir decisiones de funcionarios extranjeros. Lo anterior, por cuanto ese es el ámbito de aplicación de la Convención de la OCDE contra el soborno de los funcionarios públicos. En Colombia, sobornar funcionarios extranjeros es una práctica ilícita, prohibida por la ley 1778 de 2016, norma adoptada en desarrollo de las obligaciones derivadas del artículo 16 de la ley 970 de 2005 que integró a nuestro ordenamiento jurídico la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Pese a centrarnos en ese tipo de denunciantes, las consideraciones que realizamos pueden ser pertinentes para la protección de esos actores en otros ámbitos y en entes jurídicos de diferente naturaleza.

Obligar a las empresas a proteger a los denunciantes de actos de corrupción corresponde a una concepción compleja, que exhibe nuevos rasgos de la responsabilidad jurídica de esas organizaciones y de la competencia económica. En cuanto a las empresas, la nueva obligación implica abandonar la tesis según la cual las sociedades son el producto natural de una asociación de iniciativas privadas y tienen que centrarse en generar beneficios para sus socios. Esa visión pobre de la empresa quedó expresada en el texto de Milton Friedman (1970, p. 32), quien sostuvo que la única responsabilidad social de las firmas es la de producir dividendos para sus accionistas. En lugar de ello, la institución que analizamos se inscribe dentro de la teoría de los stakeholders formulada por Edward Freeman (1984, p. 8). Esa corriente concibe la empresa como un ente impregnado de valores y comprometido con la

defensa de postulados éticos. De allí que se afirme que las corporaciones no pueden ser gobernadas pensando solo en el beneficio de sus accionistas. Además, deben considerarse los intereses de terceras partes interesadas, como los trabajadores, acreedores, clientes, proveedores, comunidades o autoridades públicas, entre otros.

Pese a lo anterior, es necesario resaltar que la protección de los denunciantes de actos de corrupción no puede entenderse solo como una expresión de la responsabilidad social de la empresa. Aunque se aparenta con esa institución, la nueva obligación se distingue por su carácter imperativo. Ella representa la juridificación de recomendaciones derivadas de las teorías de la responsabilidad social, que dejan de ser voluntarias (Tricot, 2016, p. 303). Así, lo que bajo la perspectiva gerencial podía ser interpretado como una simple operación de marketing, ahora ha tomado un cariz coercitivo, propio de las reglas de orden público que se imponen de forma imperativa. De allí que la figura se sitúa dentro de una nueva disciplina jurídica: el derecho del *compliance*, que se interesa en especial por el cumplimiento efectivo del derecho (Frison-Roche, 2016, p. 1871). Esa obligación expresa entonces el advenimiento de una tendencia regulatoria mundial (Requena y Cárdenas, 2016, p. 8) que se ha desarrollado como producto de los graves escándalos de corrupción en los que se han visto involucradas grandes empresas. Ante ellos, el derecho compele a las corporaciones a desarrollar instrumentos internos tendientes a garantizar la obediencia de las disposiciones a las que se encuentran sometidas. Como efecto de esas normas, las organizaciones son obligadas a implementar mecanismos que impidan que sus directivos, colaboradores o contratistas, incurran en actividades prohibidas por la ley.

En cuanto a la competencia económica, la obligación de proteger a los denunciantes implica la proscripción del uso de la corrupción como una ventaja competitiva. En tal sentido, la penalización del soborno de funcionarios extranjeros, establecida en la ley 1778 de 2016, se inscribe dentro de una corriente internacional que pretender vincular a las empresas a los esfuerzos públicos para controlar la corrupción (D'ambrosio, 2019, p. 1). Por tal razón, Adán Nieto (2013, p. 191) hace referencia a la privatización de la lucha contra ese delito. Esa corriente ha sido impulsada por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y por la Convención sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la OCDE el 21 de noviembre de 1997. Sin embargo, esas dos normas tuvieron como precursora el Foreign Corrupt Practices Act de 1977. Previo a la adopción de esa ley por los Estados Unidos, las empresas multinacionales podían pagar sobornos alrededor del mundo y luego descontar esos pagos como gastos a la hora de declarar sus impuestos en los países respectivos. Esa norma implica una ruptura clara ante tal tendencia. Según el análisis de Greanias y Windsor (1982, p. 3) su adopción se realizó dentro de una ola de moralización emprendida por la administración Carter, luego de una serie de revelaciones acerca sobornos pagados por empresas norteamericanas en el exterior. De allí que se planteara la posibilidad de que sus efectos amenazaran la competitividad de las empresas estadounidenses, debido a que la ley tenía como efecto imponer restricciones que no afectaban a compañías de otras nacionalidades (Salbu, 1997, p. 229).

Al contrario de lo que temía Salbu, el Foreign Corrupt Practices Act ha permitido a los Estados Unidos ejercer un predominio determinante, con miras a lograr que la mayoría de países del mundo adopten instituciones propias de esa cultura jurídica, como la protección del *whistleblowing*. Además, se ha afirmado que ese país ha usado las sanciones que se desprende de esa norma en beneficio de sus empresas (Bismuth, 2015, p. 787). Por ello, un estudio del Consejo de Estado francés ha hecho referencia a la influencia decisiva que ha tenido la legislación extranjera en la adopción de normas que protegen a los denunciantes en Francia (Conseil D'État, 2016, p. 4). En sentido similar de análisis como los de Audit (2018, p. 45) señalan que la aplicación extraterritorial de las leyes norteamericanas se convirtió en un factor que aceleró la adopción de normas de *compliance* en ese país. Al margen de esas influencias, la adopción internacional de la institución objeto de nuestra reflexión se explica por cuanto mediante ella se da respuesta a los reclamos por una competencia leal en los mercados globales. En esa perspectiva, defendida por autores como Alldridge (2012, p. 1181), la corrupción debería ser combatida no solo por principios éticos, sino porque ella altera el buen funcionamiento del mercado, distorsionando la libre competencia. De allí que, en Colombia, la protección de los denunciantes de actos de corrupción se puede entender como un cumplimiento del mandato del artículo 333 de la Constitución que ordena al Estado proteger la libre competencia e impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica.

Para desarrollar el tema planteado dividimos este texto en dos partes. En la primera de ellas hacemos referencia a la relación entre el sujeto y el objeto de la protección. Veremos que se trata de luchar contra la corrupción facilitando la denuncia de las personas que, en razón de su trabajo, conocen de ese tipo actos. Por ello, el denunciante deviene un sujeto jurídico de relevancia particular, cuyo estatus y reconocimiento se encuentra sometidos a criterios específicos. En la segunda parte, analizaremos el contenido de la protección, en ese sentido se observarán los instrumentos a través de los cuales ella se expresa y el procedimiento a seguir para implementarla. El tema será abordado en perspectiva comparativa analizando la forma que toma la protección de los denunciantes a nivel internacional. En especial, nos detenemos en los desarrollos de la figura en la legislación francesa y estadounidense.

I.- Los sujetos y los objetos de la protección

La protección adecuada de los denunciantes de corrupción en Colombia implica determinar de una parte, quiénes son los sujetos a los que cobijará ese estatuto y, de la otra, cuál es el objeto de la protección. En cuanto a los primeros, la identificación clara de los actores es importante por cuanto de ella se desprenden dos consecuencias sustanciales: derechos, para los denunciantes, y obligaciones, para las empresas y el Estado. En cuanto al objeto de la protección, este se refiere tanto a los asuntos que pueden ser materia de denuncia, como a los fines a los que ella se encamina. Una mirada a la situación internacional demuestra que en la configuración de esos aspectos se expresan a la vez las tradiciones culturales y el compromiso de los estados con la lucha anticorrupción. Así, mientras que en algunas legislaciones la protección tiende a cobijar de manera exclusiva a los empleados de las empresas, en otras, ella es extendida

a todos los ciudadanos. En el mismo sentido, existe una corriente que protege a los denunciantes no solo como una manera de luchar contra la corrupción sino como una forma de proteger mercados sanos y el ejercicio de derechos fundamentales.

A. Los sujetos beneficiarios de la protección

La protección jurídica de los denunciantes implica una toma de posición por parte del ordenamiento jurídico frente a sujetos ligados a asuntos como la corrupción, la mentira, la verdad o la lealtad. Por ello, esa no es una posición exenta de ambigüedad. Los titubeos de la sociedad ante la figura se remontan hasta la antigüedad. Así, Nicolas Warembourg (2017, p. 53) rastrea el denunciante hasta la civilización griega, allí la figura fue conocida bajo el nombre de *sycophante*. Ese estudio refiere a la manera en la que, en la Las Leyes, Platón elogiaba aquel que informaba a los magistrados sobre la injusticia de otros. Ese merecía ser honrado, no solo por no ser culpable de ningún delito, sino por no permitir que los delincuentes cometan crímenes. Se le concebía entonces como el ciudadano virtuoso que se encargaba por su propia iniciativa de garantizar la efectividad del Estado de derecho. Pese a esa percepción inicial positiva, la imagen del informador fue cambiando y terminó siendo visto de manera ambigua. El estudio del Institut Messine (2018, p. 18) da cuenta de esa transformación observando que, debido a la remuneración de las denuncias, la persona que reporta un crimen puede ser contemplado como alguien ocioso, ansioso por ingresos fáciles y desleal.

En efecto, no siempre quien denuncia está exento de reproches. En algunos casos el amparo cobija a sujetos que participaron de alguna manera en actos reprobables. Esas personas pueden dejar de ser consideradas como malhechores en razón de su decisión de colaborar con la justicia. De esa forma, la ley incita a los denunciantes a ser desleales con aquellos que los rodearon al momento de incurrir en actos censurables. Pese a ello, también ocurre que individuos honestos se vean envueltos en dinámicas delictivas auspiciadas por las empresas en las que participan. Aunque sean honorables, esas personas deben resolver el conflicto entre ser leales a la organización, que delinque, o ser leales a su conciencia, que se aparenta con el interés general. De allí que la profesora Frison-Roche (2017, p. 279) afirma que el denunciante es el *Janus del compliance*, una muestra del avance de la justicia que se apoya sobre el vicio. En el mismo sentido, Schehr (2008, p. 149) sostiene que es necesario redefinir en esos contextos valores como la lealtad y la solidaridad. Así, los traidores y desleales no serían quienes denuncian, sino aquellos que involucran a las empresas en prácticas corruptas o ilícitas desviándose de los compromisos de cumplimiento normativo proclamados. De allí que, en algunos casos, los denunciantes han tomado el halo de héroes, que defienden a la vez el propósito genuino de las organizaciones y el interés general (Culp, 1995, p. 109).

Al margen de los dilemas morales, la protección de los denunciantes corresponde a una concepción pragmática de los valores en conflicto. La cooperación del denunciante resulta fundamental para alcanzar valores que, frente a tales dilemas, se consideran inferiores. De allí que la institución analizada ha tenido sus orígenes y desarrollos esenciales en los países anglosajones cuya cultura jurídica ha integrado las enseñanzas del pragmatismo. En tal sentido (Simons, 2003, p. 2) afirma que la indulgencia con la que trata en el sistema jurídico estadounidense a quienes cooperan con la justicia se explica por la influencia cultural del utilitarismo. En dicha perspectiva se tienen en cuenta los efectos prácticos que se desprenden de la situación privilegiada de quien denuncia. El denunciante es útil a la justicia por ser un *insider* o alguien que conoce información confidencial que es indispensable para castigar a los responsables de actividades ilícitas, ese hecho lo convierte en un aliado en la defensa del interés general. La consagración de la institución se remonta a la edad media en Inglaterra, aunque tiene su origen en derecho romano bajo la figura del *Qui tam*, ella legitimaba a los ciudadanos para ejercer una acción legal en nombre del Estado. En ese caso el *whistleblower* tiene derecho a participar en un porcentaje de los beneficios económico obtenidos gracias a la información que proporciona (Androphy y Corroero, 2003, p. 23). En los Estados Unidos *The False Claims Act* de 1863 fue la primera ley adoptada con el fin de proteger y remunerar a los *whistleblowers*. Luego fueron promulgadas el Dodd-Frank Act y el Sarbanes-Oxley Act ellas ejemplifican esa filosofía y constituyen los fundamentos legales de los privilegios que tanto las empresas como el Estado deben reconocer a los denunciantes. (Henkel, 2013, p. 333) afirma que la primera de esas leyes fue expedida durante la guerra civil, con el fin de autorizar a los ciudadanos privados, que tuvieran conocimiento de prácticas fraudulentas por parte de proveedores del ejército, para demandar a esas empresas en nombre del Estado.

Los modelos internacionales de protección a los denunciantes de actos de corrupción fluctúan entonces dependiendo de la identificación, estricta o amplia, de quien puede ser protegido como denunciante. En el caso estadounidense, aunque la protección del *whistleblowing* tiene en el lugar de trabajo un espacio privilegiado (Miethe, 2019, p. 7), ese amparo se puede extender a diferentes personas que son consideradas aptas para colaborar de manera efectiva con la justicia. En el caso de los países europeos, la tendencia se inclina a limitar la protección a los colaboradores internos de las empresas. Por ejemplo, en Francia, el artículo 6 de la ley 1691 de 2016, conocida como Ley Sapin 2, establece que un denunciante es una persona física que en forma desinteresada revela o denuncia un delito. Sin embargo, el Consejo Constitucional en la Decisión n° 2016-741 DC del 8 diciembre de 2016 concluyó que la protección prevista de esa ley solo se aplica a los denunciantes internos. Lo anterior dado que el artículo 8 de esa norma solo hace referencia a los trabajadores de las empresas y a sus colaboradores externos u ocasionales. Por tal razón, las denuncias provenientes de fuentes externas a la empresa no son cobijadas por esa norma. El contraste con el *False Claims Act* de 1863 es evidente, ya que, en EEUU, desde esa ley se ha permitido la denuncia de cualquier ciudadano que conozca de acciones deshonestas por parte de las empresas privadas que contrataban con el Estado. Naturalmente, dentro de esas personas se incluyen los trabajadores de las empresas deshonestas (Henkel, 2013, p. 337).

Pese a la existencia de otros posibles denunciantes de actos de corrupción los empleados son entonces los principales informantes de las desviaciones éticas de las empresas. Por tal razón, tanto el contenido de la protección como el procedimiento para implementarla

se relacionan con garantías laborales. Documentos de trabajo de la OIT (2019, p. 2) han sostenido que el método más común para la detección inicial de la corrupción es la denuncia de irregularidades por parte de los empleados, seguida de auditorías o revisiones externas. Las denuncias pueden tener como consecuencia despidos de los puestos de trabajo y obstáculos para la evolución en la carrera profesional. Por ello, esa organización sostiene que la adecuada protección de los trabajadores denunciantes es un aspecto importante de la lucha contra la corrupción, ya que ella favorecería también, un entorno propicio para el trabajo decente y el crecimiento sostenible. Además, la garantía de que los trabajadores puedan denunciar actos de corrupción de sus empresas se ha asociado a figuras como las del trabajador-ciudadano (Fasterling, 2016) y la empresa-ciudadana (Edward y Willmott, 2008, p. 405). La primera de ellas hace referencia a la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en el sitio de trabajo, tal reivindicación sería un asunto que se sitúa por fuera del vínculo de subordinación entre empleador y empleado. La segunda hace referencia a la incorporación de procesos de deliberación dentro de la empresa, en ese caso, la protección del denunciante expresaría la intención de la corporación de tener en cuenta voces tradicionalmente excluidas del gobierno de la compañía.

Aún los modelos que definen de forma más restrictiva quién es un denunciante, como el francés, incluyen dentro de esa categoría, a los colaboradores externos u ocasionales de la empresa. Sin embargo, el tratamiento dado a esas personas plantea dificultades dado que los mecanismos de protección de los denunciantes están configurados en torno de los trabajadores. Según el estudio del Institut Messine (2018, p. 48), esto podría conducir a las empresas a desinteresarse de las denuncias realizadas por terceros no empleados. Aquellas que quieran tratar con seriedad esas denuncias podrían verse forzadas a establecer mecanismos paralelos que tengan en cuenta que los denunciantes no son trabajadores. Existen, sin embargo, ciertos colaboradores externos u ocasionales que disponen de vías especiales para tramitar las denuncias, tal es el caso de los revisores fiscales o los miembros de equipos de auditoría externa. En esos eventos, reportar a la alta dirección de las empresas el hallazgo de actividades ilícitas no es una opción, sino obligación legal, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias penales. Tanto en el caso francés como en el país latinoamericanos, como Perú, los terceros que conozcan de actividades corruptas de las empresas pueden apoyarse en la Defensoría del Pueblo. Esa entidad ha sido vinculada por la ley a la lucha contra la corrupción a través de la asistencia y protección de los denunciantes. El estudio de Chevarría y Silvestre (2013, p. 88) hace referencia a la forma en la que esa entidad estimula a los ciudadanos Incas para que denuncien los casos de corrupción.

Otro sujeto de protección especial son los periodistas de investigación que develan prácticas corruptas por parte de las empresas. Aunque, en principio, ellos no son los denunciantes directos, su participación es fundamental en el último estadio del procedimiento de denuncia: la comunicación al público. La adecuada cobertura mediática puede convertirse en una protección crucial para los denunciantes. Así, Wahl-Jorgensen y Hunt (2012, p. 399) han observado que la narrativa periodística influye en la percepción de los denunciantes como individuos heroicos y desinteresados otorgándole legitimidad a sus reclamos. Sin embargo, la relación entre las fuentes y los periodistas ha venido cambiando, muestra de ello es el rol prioritario de los periodistas en escándalos como los Panama Papers, en el que ellos mismos han asumido la iniciativa de la denuncia (Foegle, 2017). De manera que, entre denunciantes y periodistas existe una relación estrecha que impone extender a los segundos algunas garantías de protección de las que gozan los primeros. Por ello, en el caso colombiano, la OCDE (2019, p. 57) expresó su preocupación sobre las circunstancias que enfrentan los denunciantes y los periodistas que informan sobre corrupción en Colombia, y recomendó al país que adopte, como cuestión prioritaria, protecciones apropiadas para aquellos que denuncian presuntos actos de soborno. La delicada relación entre periodistas y denunciantes se manifiesta además en otros dos aspectos: la protección de la libertad de expresión y el respeto del secreto de los negocios. Al primer aspecto nos referiremos en el acápite siguiente. En cuanto a la oponibilidad del secreto, el asunto ha sido debatido a profundidad en Francia (Bourdon 2016, p. 85) ya que las empresas acusan a sus empleados de revelar información sujeta a reserva. No obstante, el artículo 7 de la Ley Sapin 2 excluye de responsabilidad penal a las personas que divulgan secretos protegidos por la ley, siempre que la divulgación se realice en los términos que esa norma establece y su conocimiento sea de interés público.

B. Los objetos de la protección

Establecer que los denunciantes de los actos de corrupción, cometidos por las empresas en los negocios internacionales, deben ser protegidos, implica también una toma de posición acerca del modelo de sociedad, de economía y de mercado. Ella expresa, de una parte, la alta valoración de bienes como la honestidad empresarial, la libre competencia, la verdad o la libertad de expresión. De otra parte, esto envuelve una concepción en la que el Estado y sus instituciones no son los únicos llamados a defender esos valores. En esa forma se reconoce que, en esos aspectos, la sola iniciativa estatal puede ser insuficiente, por eso se vincula a la comunidad, ciudadanos y empresas, en la lucha anticorrupción. De allí que, la renuencia que ha exhibido Colombia para adoptar ese tipo de medidas, expresaría posiciones profundas de nuestra sociedad, que confrontan el consenso internacional sobre el asunto. Las exigencias internacionales aparecen entonces como un vector de modernidad que incita a valorar en forma positiva asuntos que, de ordinario, son desdeñados. Así, pese a la deshonrosa clasificación en el puesto 96 entre de las naciones más corruptas (Transparencia Internacional, 2019) y, a otros reportes que clasifican el país como el más corrupto del mundo (El Heraldo, 2020; El Espectador, 2020) la mayoría de la sociedad colombiana no apoyó la consulta anticorrupción. Análisis como el de Haman (2019, p. 175) explican ese desinterés como una reacción propia de poblaciones de países con altos niveles de corrupción, en ellos, la reacción natural, que sería la indignación ante el flagelo, desaparece. En lugar de ello, se instala la resignación social, actitud que identifica como normales los actos corruptos.

El conflicto entre la percepción indulgente de la corrupción en Colombia y el tratamiento internacional del asunto se revela de manera clara en la ausencia de protección jurídica adecuada para los denunciantes de actos de corrupción. En tal sentido, conviene resaltar que, fruto de los compromisos internacionales el país ya se ha vinculado a la lucha contra la corrupción en los negocios

internacionales. En efecto, se ha adoptado la Ley 1776 de 2016, cuyo artículo segundo prohíbe a las personas jurídicas, que por medio de sus, empleados, directivos o asociados den, ofrezcan, o prometan, a un servidor público extranjero, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad, a cambio de que realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Sin embargo, como hemos dicho en la introducción, esa es una norma propia una nueva disciplina jurídica: el derecho del *compliance* (Sanclemente-Arciniegas, 2019, p. 118). Por ello, en esos casos, el legislador no debe limitarse a proferir normas, sino que, además, debe adoptar mecanismos dirigidos a garantizar su efectividad. Obligar a las empresas a proteger a los denunciantes de sus actos corruptos busca comprometerlas en el cumplimiento real de esa norma. En esa perspectiva, se concibe a los trabajadores como agentes de autocontrol legal de las empresas. De esa forma se produce una especie de delegación de las facultades de inspección, control y vigilancia, que pasan de ser ejercidas por instancias públicas a ser encomendadas a las instancias internas de las empresas (Montaner 2015, p. 733). De allí las referencias a la privatización de la lucha contra la corrupción a la que hace alusión Adán Nieto (2013, p. 191).

Al contrario de lo que desprende de los compromisos internacionales, la norma colombiana que prohíbe el soborno de funcionarios extranjeros dejó de adoptar el instrumento propio del *compliance*, que es la protección de los denunciantes de actos de corrupción. El legislador nacional se limitó a establecer la prohibición, pero se desentendió de garantizar la efectividad de la norma. De allí el reproche que plantea la OCDE sobre el compromiso limitado del país en la lucha contra ese tipo de corrupción. La comparación con países como Francia o Perú permite concluir que el ente internacional tiene razón. En efecto, en Francia la Ley Sapin 2, a la que hicimos referencia anteriormente, obliga a las corporaciones a adoptar mecanismos para asegurarse del respeto de ese compromiso internacional del Estado francés. Esto, a través de la modificación de la estructura administrativa interna de las grandes empresas con miras, entre otras, a proteger a los denunciantes de actos de corrupción. En Perú, el día 1 de abril de 2016 se promulgó la Ley 30424, mediante la cual se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. La norma Inca se adecua mejor a la tendencia internacional, pues adopta instituciones propias del derecho del *compliance*. En tal sentido, el legislador peruano estableció previsiones destinadas a asegurarse que las compañías cumplieran efectivamente la ley. Dentro de ellas, un modelo de prevención de incumplimiento que debe observar las siguientes condiciones: a) la existencia de un órgano autónomo a cargo de esa política, que cuente con recursos financieros y humanos adecuados; b) la identificación de las actividades que generen riesgos de incurrir en el delito; c) la existencia de sistemas de denuncias y protección al denunciante y la persecución e imposición de sanciones a los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención (Carrión, 2014).

La falta de protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción internacional en Colombia puede relacionarse con la ausencia de ese tipo de instrumentos en otros ámbitos de la vida empresarial y social. En efecto, en Francia y Estados Unidos, la protección se extiende a los denunciantes de un variado tipo de bienes que el derecho considera relevantes. La denominada Ley Sapin 2 en Francia recibe ese nombre por cuanto previo a ella se había adoptado la ley Sapin 1 que había establecido medidas para luchar contra la corrupción interna. Además, antes de promulgar la ley Sapin 2, Francia había expedido un conjunto diverso de disposiciones tendientes a proteger a denunciantes de diferentes tipos de actuaciones consideradas como censurables (Conseil d'État, 2016, p. 4). Dentro de ellos se destacan actos que ponen en peligro la salud de las personas, la seguridad en el trabajo, actos de discriminación o fraudes fiscales, entre otros. La citada ley se propuso establecer un marco general para todo tipo de alertas; pese a ello, luego de ser adoptada, el país galo profirió nuevas leyes en las que se crearon nuevas protecciones para denunciantes. Ese es el caso de ley del 17 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices sobre sus subordinadas que creo una alerta especial cuando se presenten riesgos de violación grave de los derechos humanos. En el caso de Estados Unidos, el uso de la institución es aún más profuso ya que, como hemos señalado antes, la protección legal de los denunciantes data del siglo XIX y no se limita a los trabajadores de las empresas. De manera que se trata de una herramienta mediante la cual el Estado se apoya en la sociedad para proteger objetos que no se relacionan solo con la corrupción.

Aún si se limitara a los casos de corrupción internacional, la protección de los denunciantes toca cuestiones más profundas ligadas a la verdad y a la libertad de expresión. En tal sentido, Paveau (2014, p. 163) relaciona la actividad de los denunciantes con la noción de *parresia* que retoma del libro *El Coraje de la Verdad* de Michel Foucault. En esa perspectiva, el denunciante es concebido como quien dice la verdad y por ello puede convertirse en alguien incómodo para los poderes establecidos, en la medida en que devela la mentira o la hipocresía. Esto evidencia la relación estrecha de la noción con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Por tal razón, David Kaye, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluyó dentro de su informe del año 2015 a los denunciantes de irregularidades como sujetos de protección especial. Según el Relator “*La protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades se basa en un derecho fundamental a la libertad de expresión. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones por cualquier medio de expresión y sin limitación de frontera*” (ONU, 2015, p. 4). Esa forma de concebir la protección de los denunciantes asocia esa actividad con el ejercicio del periodismo libre, que es un rasgo fundamental de las sociedades democráticas. De allí que el estudio del Institut Messine (2018, p. 35), sobre el asunto, sostiene que ese amparo puede ser reconocido aún en ausencia de leyes específicas que lo consagren. En apoyo de tal afirmación cita varias decisiones de Cortes de la Unión Europea y de la Corte de Casación francesa que fundan la protección del denunciante en la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Finalmente, la institución que analizamos tiene por objeto propiciar la existencia de mercados sanos, regidos por la libertad económica y la competencia leal. En tal sentido, Alldrige (2012, p. 1181) afirma que las normas tendientes a proscribir la corrupción como una herramienta en la competencia económica internacional buscan impedir la alteración de funcionamiento de los mercados globales. En esa perspectiva, observa que la corrupción distorsiona la libre competencia, pues introduce a la disputa económica medios de

los que no disponen los actores honestos del juego económico. El uso de la corrupción otorga a quienes acuden a ella un éxito económico que no merecen y contravienen la lógica normativa del mercado a la que ha hecho referencia Michel Foucault (2009, p. 65). Según ese autor, esa lógica se deriva del interés de los comerciantes por asegurar ese espacio como un sitio para decir la verdad (espacio de verisdicción) y para decir la justicia (espacio de jurisdicción). Desde una perspectiva similar Rose-Ackerman (1998, p. 25) identifica las consecuencias negativas que se desprenden del mal funcionamiento de los mercados debido a la corrupción. Ellas se traducen en un menor nivel de vida de los habitantes, cuyas necesidades dejan de ser atendidas por los recursos que se desvían. Y se extienden hasta el sistema económico general de la sociedad, que sufrirá la ineficiencia de un ambiente menos competitivo y de las empresas que habiendo obtenido acceso de manera fraudulenta, luego no se preocupan por desarrollar un desempeño satisfactorio.

II.- Contenido de la protección

Es esta parte del artículo se analiza la forma en la que se expresa la obligación de proteger a los denunciantes de actos de corrupción y los procedimientos para acceder a la protección. Se observa, de un lado, el modo en el que el derecho pretende impedir que los denunciantes sufran retaliaciones en razón de esa actividad. De otro lado, se analiza los procedimientos que se establecen para proporcionar canales seguros para que las denuncias sean tramitadas. En tal sentido, el ordenamiento compele a las empresas a proclamar de manera pública el conjunto de valores a los que ellas se adhieren. Esa actividad se lleva a cabo a través de la adopción de códigos de conducta, instrumentos que establecen una constitución o un orden jurídico interno de la organización (Teubner, 2011, p. 617; Manacorda 2015, p. 191). Naturalmente, dicho orden debe respetar las normas estatales que establecen la obligación de que la empresa adopte medidas para proteger bienes que el derecho considera relevantes, como la lucha anticorrupción, la lucha contra el terrorismo y el blanqueo de dinero, la protección del medio ambiente, de los datos personales o de la salubridad pública, entre otros. De manera que esos códigos son los vehículos por medio de los cuales las empresas transmiten a su ámbito interior los compromisos que asumen con la sociedad. El medio a través de la cual dicha transmisión se concentra son los contratos que la empresa celebra con sus trabajadores, contratistas o colaboradores ocasionales. Así, la lucha anticorrupción y la protección de quienes la denuncian son obligaciones que le impone el derecho a las empresas y que luego, ellas replican en su fuero interno. No obstante, no se trata de operaciones de marketing tendientes a mejorar la imagen de la empresa. La violación de esas normas puede dar origen a sanciones de naturaleza penal, que afectan tanto a la persona jurídica como a sus administradores.

De esa manera se esboza una concepción de la empresa que excluye la posibilidad de un antagonismo entre el interés corporativo particular y el interés general. La corporación debe proteger a los denunciantes de sus conductas ilícitas, ya que una actuación conforme a derecho es la condición que permite que el Estado le reconozca sus atributos jurídicos. En efecto, las empresas son fenómenos económicos que toman la forma jurídica de sociedades, es decir ficciones legales que afectan la realidad en la medida en que el derecho les reconoce ciertos atributos. Dicho reconocimiento solo es posible a condición que el objeto de la empresa respete las normas superiores. Son esas reglas las que determinan que la conciencia íntima de los colaboradores debe devenir un instrumento que ayuda, en cada caso particular, a determinar si la compañía a la que pertenecen incurre en actividades corruptas (Tsahuridu y Vandekerckhove, 2008, p. 107). La persona natural que asume ese rol deviene titular de derechos que se expresan en beneficios de naturaleza disciplinaria, penal, procesal, económica y de confidencialidad de su identidad. Sin embargo, el acceso a esos beneficios es sometido a condiciones, dentro de ellas se destaca un procedimiento especial establecido con miras a que las empresas que adoptan los mecanismos de trámite de denuncias y protección de los denunciantes reciban también algunos beneficios. De una parte, tienen el derecho a conocer de manera prioritaria de las quejas sobre su comportamiento, esto les permite gestionar la información darle el cauce adecuado y tomar las medidas correctivas pertinentes. En el caso de que los asuntos deban ser llevados ante las autoridades, el hecho de contar con un sistema de prevención del incumplimiento puede convertirse en un factor que las exima de responsabilidad penal.

A. Las formas que toma la protección

La protección de los denunciantes de actos de corrupción comprende el ámbito interno de la empresa y espacio público. Por ello la tutela legal se expresa en dos niveles normativos. De una parte, reglas estatales que establecen protecciones especiales para quienes denuncian, de otro lado, además de consagrar esas prerrogativas, las normas estatales compelen a las empresas a ejercer su poder normativo interno adoptando códigos de conducta mediante los cuales garantizan que la actividad corporativa será ejercida respetando principios superiores. En tal sentido, en un estudio realizado por Gendron (2006, p. 55) se constata una aceleración de la tendencia global a la emisión de expresiones normativas de origen empresarial, como instrumentos de un nuevo orden social en tiempos de globalización. Para ese año, el análisis encontró que, en los Estados Unidos, entre el 80% y el 93% de las grandes empresas tienen un código de conducta o una carta ética, y este porcentaje llegaría al 77% en Japón y al 62% en Francia. En Colombia se ha adoptado de manera incipiente esta tendencia. Así, el artículo 23 de la ley 1778 de 2016 establece que la Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia, la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de formas de prevención del soborno internacional. Sin embargo, esa consagración es insuficiente ya que las normas colombianas no hacen referencia de manera explícita a la protección de los denunciantes de actos de corrupción a través de esos instrumentos.

La forma en la que las normas estatales y las empresariales confluyen para proteger a los denunciantes de actos de corrupción se evidencia con claridad en el modelo adoptado por Francia mediante la Ley Sapin 2. En tal sentido, el artículo 17 de la citada norma establece que, con el fin de luchar contra la corrupción, las empresas deben dotarse de un código de conducta en el que definan

los diferentes tipos de comportamientos que se prohíben por configurar actos de corrupción o de tráfico de influencias. La norma ordena que el código se integre al reglamento interno de trabajo de la empresa; tal iniciativa debe acompañarse de un sistema de capacitación para los gerentes y del personal más expuestos a los riesgos de corrupción. Con el fin de garantizar la efectividad del compromiso asumido por la empresa, el mismo artículo la obliga a adoptar un sistema de alerta interna destinado a permitir la recopilación de informes de los empleados sobre la existencia de conductas o situaciones contrarias al código de conducta de la empresa. En este contexto, la protección del denunciante de actos de corrupción tiende a concretizar los compromisos que la corporación ha proclamado en los códigos de conducta. Esto demuestra la pertinencia de las consideraciones de Schehr (2008, p.149) acerca de la forma de interpretar en ese ámbito valores como la lealtad y la solidaridad. El denunciante de actos de corrupción llama la atención de la empresa sobre un disfuncionamiento interior, un desajuste entre los valores proclamados y ciertas prácticas administrativas cotidianas. Por ello, la protección del denunciante expresa el apego de la empresa a los valores que ella afirma defender; de allí que tomar represalias en contra de quien informa de los actos desviados, implicaría que el desvío no es la expresión de un error aislado, sino que corresponde a un designio institucional.

El capítulo II, artículos 6 a 16 de la Ley Sapin 2 contiene un conjunto de medidas tendientes a proteger a los denunciantes, cuya concreción se lleva a cabo en el ámbito empresarial y dentro del sistema de alerta interna al que acabamos de hacer referencia. En tal sentido, el artículo 10 prohíbe retaliaciones disciplinarias indicando que ningún empleado puede ser sancionado, despedido o ser objeto de una medida discriminatoria, directa o indirecta, en razón de la presentación de denuncias. Esa prohibición se extiende a negar incentivos o distribución de acciones, formación, reclasificación, clasificación, ascenso profesional, transferencia o renovación de contrato que tengan por origen los mismos hechos. En caso de que un trabajador sufra consecuencias negativas generadas en la presentación de denuncias, esa ley establece que los jueces competentes deben ordenar la reincorporación del denunciante y el restablecimiento de los otros derechos que le hayan sido violados. En ese evento, la ley ordena la inversión de la carga de la prueba dentro del proceso. En consecuencia, corresponde a la empresa demostrar que su decisión no se funda en la presentación de denuncias por parte del empleado, sino que existen otros hechos objetivos que explican la decisión cuestionada. Algo similar ocurren en los Estados Unidos: Miethe (2019, p. 7), al respecto, señala que los *whistleblowers* son protegidos por leyes federales y leyes estatales que censuran las retaliaciones que sufren las personas que han denunciado hechos ilegales o peligrosos por parte de sus empleadores. Esa protección se erige como una excepción del principio *at will* que faculta a las empresas para desvincular a un trabajador en forma discrecional, siempre que el motivo no sea ilegal. Despedir a un empleado en razón de las denuncias realizadas configura una ilegalidad sancionada también por el *Common Law* que, en criterio del citado autor, protege a los denunciantes de una forma aún más vigorosa que las leyes positivas.

Aunque la protección de los denunciantes de actos de corrupción inicia en el espacio del trabajo sus efectos se extienden a todo el espacio social. Por tal razón, la configuración de los instrumentos de protección involucra tanto el ámbito interno de la empresa como el espacio social en general y se acompaña de sanciones de tipo penal. En tal sentido, la ley Sapin 2 exime de responsabilidad penal a los denunciantes que revelan secretos protegidos por la ley, por lo que no pueden ser castigados por ese hecho. Otra manifestación del amparo a los denunciantes a nivel internacional consiste en proteger su identidad, lo que ha llegado, en ocasiones, a que vaya hasta la garantía de un anonimato total (Wolfe et al. 2014, p. 3). Se parte de la idea que quien informa de las desviaciones de la empresa es puesto al abrigo de retaliaciones por parte de las personas con quienes convive a diario. Esas personas tienden a percibir la denuncia como una traición o una deslealtad hacia el grupo de trabajo, de allí la importancia de no develar la identidad del denunciante. La confidencialidad de la identidad del denunciante también es un asunto relevante a nivel externo de la empresa; de esta forma se busca evitar perjuicios a la evolución profesional del denunciante en otras empresas. Estudios como los de Miceli, Near y Dworkin (2008, p. 109) dan cuenta de análisis empíricos en los que se demuestra la animadversión de las compañías hacia candidatos que han denunciado a sus anteriores empleadores. De allí que las normas que obligan a las empresas a proteger a los denunciantes hacen un énfasis especial en la confidencialidad de la identidad de esas personas. En el caso francés, el artículo 9 de Ley Sapin 2 castiga la divulgación de la identidad del denunciante con una pena de hasta dos años de prisión y una multa de treinta mil euros. En el caso estadounidense, Henkel (2013, p. 337) observa que una de las reformas más importantes de la Sarbanes Oxley Act fue la imposición de severas sanciones penales que pueden ir hasta los diez años de prisión, para quienes tomen represalias en contra de los denunciantes. Divulgar la identidad del denunciante es calificado como una acción de retaliación susceptible que puede dar lugar a las sanciones anotadas.

El hecho de denunciar a empresas poderosas desde la perspectiva económica implica asumir riesgos y gastos especiales derivados de esa actividad. Por tal razón, a nivel internacional, la protección de los denunciantes se ocupa de manera especial de los efectos financieros que se desprenden de esa iniciativa. En un primer estadio, las normas tienden a impedir que los empleadores castiguen a los denunciantes a través de desventajas de naturaleza salarial. En ese aspecto opera un criterio similar al de la protección contra el despido que ha sido referida antes. En consecuencia, en caso de trato económico que afecte al denunciante en relación con los demás empleados, la empresa tiene la carga de demostrar que ese tratamiento se funda en razones objetivas diferentes a la denuncia. De otra parte, los estados se ocupan de socorrer económicamente al denunciante frente a los costos que pueden incurrir a causa de su actividad. En tal sentido, en Francia, el artículo 14 de la Ley Sapin 2 estableció que el Defensor del Pueblo podía otorgar a los denunciantes un apoyo económico con miras a permitirle cubrir los gastos que su denuncia pudiera ocasionarle. En EEUU, el Estado no solo apoya en los gastos, sino que remunera la actividad del denunciante. Como hemos visto, esa protección se estableció desde el *The False Claims Act* de 1863 retomando la institución romana del *qui tam*. Ella corresponde a una lógica dentro de la cual, la iniciativa de proteger el interés general puede enriquecer los individuos que la intentan. Así, la denuncia no es del todo desinteresada. Se trata de una expresión de la cultura protestante dentro de la cual la virtud y el coraje no se recompensa en el más allá. De allí el título del texto de los autores Callahan y Dworkin (1992, p. 273) *Se bueno y vuélvete rico*. Ese título expresa un fenómeno real, los pagos que se realizan en ese país a los *whistleblowers* son entre el 30% o el 15% de lo recuperado por el Estado; dichas sumas superan en ocasiones los cien millones de dólares, se lo afirma el Institut Messine (2018, 19).

B. Los procedimientos para la protección de los denunciantes

A fin de proteger a los denunciantes de actos de corrupción, el poder legislativo debe adoptar normas mediante las cuales obliga a las empresas a establecer procedimientos especiales para recibir y tramitar las denuncias. Dichos procedimientos son importantes ya que a través de ellos se garantiza el respeto de algunas de las formas de protección a la que hemos hecho referencia en el acápite precedente. Por ejemplo, la salvaguarda de la identidad del denunciante se concretiza en la forma en la que la empresa implementa la recepción y tratamiento de las denuncias. El procedimiento tiende a tener un carácter condicionante, pues la ley subordina el acceso a los beneficios a los que tiene derecho el denunciante a la observación de las etapas establecidas para tramitar las denuncias. Para ello, se fijan unos pasos que deben ser respetados por los denunciantes so pena de perder los beneficios que se derivan de la norma que los protege. El recorrido que deben surtir las denuncias inicia en el seno de las empresas y concibe la divulgación pública como el último recurso al cual debe acudir el denunciante (Vandekerckhove y Lewis, 2012). De esa forma se le garantiza a la empresa que ha organizado un sistema de trámite de denuncias y protección al denunciante, la posibilidad de decidir el tratamiento que se debe dar al asunto.

El procedimiento adquiere entonces una doble función. De un lado, permite determinar si el comportamiento criminal es fruto de una acción desviada de un miembro de la organización, quien, a sabiendas de la prohibición legal y empresarial, ha incurrido en prácticas sancionadas por la ley. En ese evento, el trámite del asunto debe desembocar en el ejercicio de la potestad interna de sanción y en la denuncia ante las autoridades en los casos en los que la práctica censurada constituya un delito. De otro lado, de esa forma se evalúa el compromiso real de la empresa con su código de conducta y con las disposiciones que la compelen a adoptar estrategias para evitar actos de corrupción. Si a pesar de conocer la denuncia la empresa no reacciona, esto es un indicativo de un consentimiento frente a las desviaciones de sus miembros. El tema es relevante por cuanto la vinculación de la empresa a la lucha contra la corrupción está ligada a la imposición de sanciones de naturaleza penal para las empresas negligentes y para sus administradores. Sancionar internamente los comportamientos puede eximir de responsabilidad criminal a la persona jurídica. Ese tipo de responsabilidad ha generado debates en la doctrina latinoamericana, según lo afirma Coca Vila (2017). Sin embargo, la institución existe en los Estados Unidos desde hace más de cien años, aunque no es un asunto que haya estado exento de reparos (Hasnas 2009, p. 1329). Pese a las críticas, la posición dominante es la que apoya esa medida (Friedman, 1999, p. 833). En defensa de la responsabilidad penal de las empresas se ha observado que el daño social causado por ellas es muy superior al que causan los individuos. En Francia, con ese mismo argumento se consagró ese tipo de responsabilidad desde la reforma del Código Penal del año 1982. Por su parte, Tricot (2012, p. 19), la Ley Sapin 2 refuerza ese tipo de sanciones. En Colombia, la Ley 1778 de 2016 evoca en forma tímida esa posibilidad y actualmente cursan proyectos legislativos que pretenden reforzarla.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que el mecanismo de trámite de denuncias y protección al denunciante es solo un componente dentro del sistema de prevención del incumplimiento normativo, de manera que los asuntos a los que se refiere desbordan el tema específico de la denuncia e interpelan el modelo de gobierno corporativo (Sanclemente-Arciniegas, 2019, p. 118). En efecto, el trámite adecuado de las denuncias exige que las empresas implementen otras instituciones propias del derecho de compliance como el oficial y los programas de cumplimiento. Por ello, Arjoon (2005, p. 343) sostiene que la adaptación al compliance impone una nueva mutación de la estructura organizativa de las empresas en perspectiva ética. Las personas solo se animarán a denunciar si tienen la certeza de que pueden hacerlo en forma segura, anónima y confidencial. Por tal razón, es necesario que la empresa integre dentro de su estructura administrativa instancias que cuenten con autonomía e independencia ante la dirección de la organización. De lo contrario, las denuncias corren el riesgo de ser limitadas por gerentes demasiado osados o inescrupulosos que asumen riesgos o involucran a las empresas en aventuras riesgosas o ilícitas que luego afecten a todos los propietarios de la compañía. De allí que resulte necesario sustraer a la persona a cargo del mecanismo de recolección de denuncias, que, en la mayoría de casos, es el compliance officer de la autoridad jerárquica de los administradores. En el mismo sentido, es preciso garantizar un presupuesto adecuado para la implementación de esa política. Por tal razón, las decisiones a ese respecto deben ser tomadas por la asamblea de accionistas. Además, para integrar la obligación de prevenir el incumplimiento puede ser oportuno reorganizar la estructura administrativa de las empresas o instituir nuevas instancias al interior de las juntas directivas, que se encarguen de manera exclusiva de esos asuntos.

Diferentes entidades como Transparencia Internacional, Amnistía Internacional, la Unión Europea o la Cámara de Comercio Internacional han producido cuerpos normativos completos en los que se regula de manera detallada los procedimientos a seguir con miras a garantizar la protección y el apoyo a los denunciantes. En este sentido, Vandekerckhove y Lewis (2012, p. 107) analizaron esas guías encontrando los siguientes elementos comunes: a) ellas definen quién puede denunciar; b) establecen qué tipo de actividades deben ser objeto de denuncia; c) señalan ante quién hay que presentar la denuncia d) deciden la forma, oral o escrita en la que la denuncia puede realizarse; e) señalan si la denuncia debe ser confidencial o anónima; e) consagran la denuncia de las desviaciones como un derecho o como un deber, f) establecen la forma de proteger y apoyar al denunciante; e) consagran los motivos de las denuncias excluyendo la mala fe; g) prohíben retaliaciones en contra de los denunciantes; h) establecen un sistema de seguimiento de las denuncias indicando las acciones que deben tomarse para darles trámite efectivo; i) indican a qué instancias externas pueden dirigirse los denunciantes y bajo qué condiciones; j) definen el tratamiento documental que debe darse a las denuncias, su archivo y disponibilidad; k) determinan la manera en la que el contenido de la denuncia debe ser comunicado a terceras personas; l) incluyen a los sindicatos como actores que pueden denunciar o hacer seguimiento a las denuncias; m) proveen asesoría independiente para guiar a los denunciantes acerca de la forma en la que deben llevar a cabo su denuncia y el buen fundamento de las mismas.

El procedimiento de las denuncias no se termina en el ámbito interno de la empresa; agotado esa etapa, el denunciante queda

facultado para divulgar la información ante entes externos, como las entidades de regulación, inspección y vigilancia, y las autoridades judiciales. A esos efectos, en Francia, la Ley Sapin 2 creó una nueva autoridad administrativa independiente: la Agencia Francesa Anticorrupción. Según el artículo 2 de la citada norma, el director de esa entidad no debe recibir ni solicitar ninguna instrucción administrativa ni política de parte del gobierno. La creación de esa autoridad es considerada como una innovación mayor que le dará credibilidad a la lucha contra ese flagelo (Boursier, 2017). El hecho de sustraer la entidad a cargo de la lucha contra la corrupción del control de los políticos es una estrategia pertinente, que se desprende de las tesis formuladas por el premio nobel de la economía (Stigler, 1971, p. 3). Desde la publicación de sus reflexiones se ha revelado que los políticos tienden a utilizar su influencia a favor de quienes les ayudan a financiar sus campañas electorales. Por ello, es necesario sustraer las entidades que regulan el juego económico de la dirección de quienes luego les pedirán ayuda para financiar sus aspiraciones de permanecer en el poder. La Agencia Francesa Anticorrupción se inscribe dentro de esa lógica y tiene por misión apoyar a los denunciantes de actos de corrupción y presentar denuncias ante las autoridades judiciales. Además de esa entidad, la norma francesa también vincula a la lucha contra la corrupción al defensor del pueblo. Se trata, una vez más, de una institución independiente del poder político que ha sido encargada de orientar y apoyar a los denunciantes. La tendencia a involucrar autoridades administrativas independientes en actividades de apoyo a los denunciantes de actos de corrupción también se halla presente en otros países de Europa y América latina. El estudio de Chevarria y Silvestre (2013, p. 38) da cuenta de la vinculación de las contralorías generales de la república a la labor de apoyo a los denunciantes de actos de corrupción en países como México y Perú. Esas entidades han adoptado mecanismos para la recepción y atención de las quejas y para la orientación de los ciudadanos, aunque se enfocan en casos de corrupción de funcionarios públicos.

El último estadio dentro del procedimiento que deben seguir los denunciantes de actos de corrupción es la divulgación al público de las actividades reprobables. En principio, solo se debe llegar a esa etapa una vez se ha alertado a la empresa y a las autoridades competentes. Recurrir a la publicación de la denuncia de las irregularidades implica una insatisfacción con el trámite que ha recibido la información en el seno de la empresa. Así mismo, ese hecho expresa desconfianza frente a la actividad desplegada por las autoridades que conocieron el asunto. La norma francesa otorga a la empresa un plazo que, denominada razonable para el tratamiento de la denuncia, para el de las autoridades es de tres meses. Pasado ese lapso, la información puede ser puesta en conocimiento del público a través de cualquier medio. El hecho de proceder a divulgar al público denuncias que no han sido conocidas antes por la empresa y por las autoridades competentes expone al denunciante a la pérdida de los beneficios que la ley establece. Este riesgo se incrementa cuando las denuncias realizadas se relevan infundadas; en ese caso, la persona puede ser objeto de sanciones disciplinarias o penales. No obstante, en Francia, el artículo 8 de la Ley Sapin 2 establece una excepción a esa regla, según la cual, en caso de peligro grave e inminente o en presencia de un riesgo de daño irreversible, la alerta puede ser puesta directamente en conocimiento de las autoridades competentes y hacerse pública. Como hemos señalado antes, la denuncia de actos de corrupción tiene una relación estrecha con la actividad periodística, por cuanto que ella expresa también el ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión. De manera que, periodistas y denunciantes aparecen como aliados en el control de la corrupción. Sin embargo, la obligación de informar primero a las instancias internas de la organización y a las autoridades competentes impide reducir la lucha contra la corrupción a un asunto de escándalos mediáticos.

Conclusiones

Colombia debe adoptar normas que protejan a los denunciantes de actos de corrupción, no solo para cumplir los compromisos internacionales del país, sino para asegurar la existencia de una economía sana y una democracia auténtica. Para estos efectos, la lucha anticorrupción no debe ser concebida como una misión exclusiva del Estado y sus instituciones. Es necesario vincular a toda la sociedad. Las experiencias internacionales demuestran que, para enfrentar con éxito los desafíos que plantea este flagelo, es conveniente sumar a las iniciativas públicas los esfuerzos privados de los ciudadanos, trabajadores y empresarios honestos. La protección de los denunciantes se inscribe dentro de esa tendencia. Esa estrategia debe ser entendida como un propósito común, en la medida que la corrupción es un fenómeno que afecta a todos. Por ello, desamparar a quienes levantan su voz ante este hecho, expresa una connivencia tácita con quienes conciben la actividad económica y la iniciativa política como actividades consubstancialmente ligadas al delito.

El ingreso de nuestro país a la OCDE tiene, entre otras consecuencias benéficas, la de confrontar esas concepciones. En efecto, tanto la Convención de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros, como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción comportan una visión que cuestiona la resignación que, en ocasiones, exhibe la sociedad colombiana ante ese delito. Implementar las recomendaciones que se desprenden de esos instrumentos implica dejar de lado la actitud fatalista y comprender que el derecho ofrece herramientas útiles para controlar esas expresiones de la criminalidad. Sin embargo, con el fin de tener éxito en ese empeño, el país debe adoptar medidas como la protección de los denunciantes de actos de corrupción. Esa medida es un pilar esencial de las políticas anticorrupción implementadas en países que han logrado reducir ese fenómeno.

Controlar la corrupción exige que se cumpla ley. Eso parece algo simple, no obstante, en Colombia ha constituido un desafío insuperable desde la época colonial en la que se impuso el adagio -se obedece, pero no se cumple-. Ante esas dificultades es necesario implementar iniciativas tendientes a involucrar a ciudadanos y empresas en la salvaguarda de las normas comunes. Por ello, siguiendo la tendencia internacional, la protección no debería amparar solo a los denunciantes de actos de corrupción extranjera, ella debe extenderse a quienes denuncian otras actividades como la corrupción interna, los fraudes al estado y las prácticas que ponen en peligro al medio ambiente, la salud o los derechos humanos, entre otras. Al centro de estas estrategias se sitúa una nueva disciplina jurídica: el derecho del *compliance*, campo que se centra en garantizar el cumplimiento efectivo de la ley. Para lograr ese propósito utiliza herramientas como imponer a las grandes empresas la obligación de reformar su modo de gobierno corporativo con el fin de controlar los riesgos de vulneración de bienes que el derecho protege. En caso de fallar en ese objetivo, las corporaciones son pasibles

de severas sanciones, que pueden ir hasta castigos de tipo penal. En ese marco jurídico, tanto la prevención del incumplimiento normativo en la empresa, como el seguimiento de la política anticorrupción en el Estado, deben ser confiados a instancias autónomas e independientes. De esa manera se impide que, debido a la influencia de empresarios y políticos inescrupulosos, las normas que prohíben la corrupción se queden en letra muerta.

Conflicto de interés:

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

Referencias Bibliográficas

1. Androphy, J. M., y Corroero, M. A. (2003). Whistleblower and Federal Qui Tam Litigation-Suing the Corporation for Fraud. *S. Tex. L. Rev.*, 45, 23-87.
2. Alldridge, P. (2012). The UK bribery act: The caffeinated younger sibling of the FCPA. *Ohio State Law Journal*, 73, 1181-1216.
3. Arjoon, S. (2005). Corporate governance: An ethical perspective. *Journal of business ethics*, 61, 4, 343-352.
4. Audit, M. (2018). Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance. En Borga, J.-Cl. Marin, y J.-Cl. Roda, (Dir.), *Compliance: l'entreprise, le régulateur et le juge*. Dalloz, 45-54.
5. Banisar, D. (2011). Whistleblowing: International standards and developments. Corruption and transparency. En Sandoval, I. (Ed) *Debating the frontiers between state, market and society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, 64-128.
6. Benaiche, L. (2014). Le droit de l'alerte en France. *Les Tribunes de la sante*, 4, 79-98.
7. Bismuth, R. (2015) Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain—quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas. *Annuaire Français De Droit International*, 787-807.
8. Bourdon, W. (2016) La liberté d'informer des journalistes et lanceurs d'alerte. *Legicom*, 57, 2, 85-88.
9. Boursier, M. E. (2017). La mondialisation du droit pénal économique, Le droit pénal au défi de la compliance. *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, 3, 465-480.
10. Callahan, E. S., y Dworkin, T. M. (1992). Do good and get rich: Financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act. *Vill. L. Rev.*, 37, 273-336.
11. Carrión, A. (2014). *Criminal Compliance. De la Ley de EE. UU de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la transcendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: Thomson Reuters.
12. Chevarria, F., Silvestre, M. (2013) *Sistemas de denuncia y protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa*. Programa Eurosocietal.
13. Uribe Manriquez, A. R., Coca Vila, I. y Atahúaman Paucar, Jhuliana. (2017). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas, perspectivas comparadas: EEUU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador*. Flores editor.
14. Conseil D'État. (2016) *Droit d'alerte: signaler, traiter, protéger*, La Documentation française.
15. Culp, D. (1995). Whistleblowers: corporate anarchists or heroes? Towards a judicial perspective. *Hofstra Lab. LJ*, 13, 109-138.
16. D'Ambrosio, L. (2019) L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2. *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 1, 1-24.
17. Edward, P. y Willmott, H. (2008). Structures, identities and politics: Bringing corporate citizenship into the corporation. En: Scherer, A.G., Palazzo, G. (eds) *Handbook of research on global corporate citizenship*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers 405-429.
18. ElHeraldo (2020). <https://www.elheraldo.co/colombia/estudio-ubica-colombia-como-el-pais-mas-corrup-to-del-mundo-694743>, recuperado el 2 de marzo de 2020.
19. El espectador (2019) <https://www.elespectador.com/economia/ocde-alega-compromiso-limitado-de-colombia-contra-los-que-pagan-sobornos-en-el-extranjero-articulo-896548>, recuperado el 12 de marzo de 2020.
20. El espectador (2020). ¿Por qué aparece Colombia como el país más corrupto, según ranking de percepción?. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/por-que-aparece-colombia-como-el-pais-mas-corrup-to-segun-ranking-de-percepcion-articulo-900186> recuperado el 12 de marzo de 2020.

21. FASTERLING, B. (2016) Les dispositifs d'alertes professionnelles et le salarié citoyen. *La Revue des droits de l'homme* 10. DOI: 10.4000/revdh.2428.
22. Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica: curso del Collège de France*. Akal.
23. Freeman, R. E. (1984). *Strategic management: A stakeholder approach*. Harpercollins College.
24. Friedman, L. (1999). In defense of corporate criminal liability. *Harvard journal of law y public policy*, 23, 833- 863.
25. Friedman, M. (1970). The social responsibility of business is to increase its profits. *New York Times Magazine*, September, 13, 1970,32-33.
26. Frison-Roche, M.-A. (2017). Compliance et confiance. En *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre, Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, LDGJ, 279-287.
27. Frison-Roche, M.-A. (2016). Le Droit de la compliance, *Recueil Dalloz .Chron.*, 29 septembre. 32, 1871-1874.
28. Gendron, C. (2006). Codes de conduite et nouveaux mouvements socioéconomiques: la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation. *Revue Gestion*, 31, 2, 55-64.
29. Greanias, G. C., y Windsor, D. (1982). *The Foreign Corrupt Practices Act: Anatomy of a Statute*. Lexington Books.
30. Haman, M. (2019) The Colombian Anti-Corruption Referendum: Why It Failed?. *Revista Colombia Internacional*, 100, 175-200.
31. Hasnas, J. (2009). The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability. *American Criminal Law Review, Forthcoming*. 1329-1359.
32. Henkel, C. (2017). Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector. En Disant, M., y Pollet-Panoussis, D. (Dir). *Les lanceurs d'alerte: Quelle protection juridique? Quelles limites?*, LGDJ, 333-352.
33. Foegle, J.-P. (2017) Les "Paradise Papers" ou les paradoxes d'une transparence ubérisée, *La Revue des droits de l'homme*. DOI: 10.4000/revdh.3475.
34. Institut Messine (2018) *Rapport Le lanceur d'alerte dans tous ses états: Guide pratique et théorique*, Institut Messine.
35. Manacorda, S. (2015). La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires? En, Supiot, A. (Dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*. Dalloz, 191-206.
36. Miceli, M., Near, J. P., y Dworkin, T. M. (2008). *Whistle-blowing in organizations*. Psychology Press.
37. Miethe, T. (2019). *Whistleblowing at work: Tough choices in exposing fraud, waste, and abuse on the job*. Routledge.
38. Montaner, R. (2015) El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35. 733-782.
39. Nieto, A. (2013). La privatización de la lucha contra la corrupción. En Arroyo, L. y Nieto, A. (ed.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 191-210.
40. OCDE. (2019) *Implementing The OECD Anti-Bribery Convention, Phase 3 Report Colombia*.
41. ONU. (2015). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. David Kaye.
42. OIT. (2019) *Législation et pratique sur la protection des lanceurs d'alerte dans le secteur des services publics et financiers*, OIT.
43. Paveau, M. A. (2014). Les diseurs de vérité ou de l'éthique énonciative.. Parrésias, messagers, whistleblowers, lanceurs d'alerte. *Pratiques. Linguistique, littérature, didactique*, (163-164).
44. Requena C., y Cardenas S. (2016). *Compliance legal de la empresa: una tendencia regulatoria mundial*. Thomson Reuters.
45. Rose-Ackerman, S. (1998). Corruption and the global economy. *Corruption y integrity improvement initiatives in developing countries*, 25-43.

46. Sanclemente-Arciniegas, J. (2019). Compliance: norms as an instrument and a threat to the administration. *Cuadernos de Administración* (Universidad del Valle), 35, 65, 118-130.

47. Salbu, S. R. (1997). Bribery in the global market: A critical analysis of the foreign corrupt practices act. *Wash. y Lee L. Rev.*, 54, 229-287.

48. Schehr, S. (2008). L'alerte comme forme de déviance: les lanceurs d'alerte entre dénonciation et trahison. *Déviance et société*, 32(2), 149-162.

49. SIMONS, M. (2003) Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement. *Vand. L. Rev.* 56, 2-54.

50. Stigler, G. (1971) The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 3-21.

51. Transparencia Internacional, Corruption Index, Colombia. <https://www.transparency.org/country/COL>.

52. Teubner, G. (2011). Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18, 2, 617-638.

53. Tsahuridu, E., y Vandekerckhove, W. (2008). Organisational whistleblowing policies: ¿Making employees responsible or liable? *Journal of Business Ethics*, 82, 1, 107-118.

54. Tricot, J. (2012). Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français. *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, 1, 19-46.

55. Tricot, J. (2016). La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du Droit. En Martin-Chenut y Quenaudon, R. *La RSE saisie par le droit Perspectives interne et internationale*, Pedone. 303-319.

56. Vandekerckhove, W.; Lewis, D. (2012) The content of whistleblowing procedures: A critical review of recent official guidelines. *Journal of Business Ethics*, 108, 2, 253-264.

57. Wahl-Jorgensen, K. y Hunt, J. (2012). Journalism, accountability and the possibilities for structural critique: A case study of coverage of whistleblowing. *Journalism*, 13, 4, 399-416.

58. Warembourg, N. (2017) Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique. En Disant, M., y Pollet-Panoussis, D. (Dir). *Les lanceurs d'alerte: Quelle protection juridique? Quelles limites?*, LGDJ, 53-70.

59. Wolfe, S., Worth, M., Dreyfus, S., y Brown, A. J. (2014). *Whistleblower protection laws in G20 countries. Priorities for Action*, The University of Melbourne, Griffith Univeristy, Transparency International Australia.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>