

El sistema de protección de informantes de corrupción y crimen organizado

Un modelo para armar, pero nunca para desarmar¹

Fernando Yávar Umpiérrez

- Lo echaron de su bufete, ¿verdad?
- Esa ha sido la versión que ha dado siempre. Era socio en un gran bufete de San Francisco, le iba bien, pero quería dejarlo, o eso dice él. Decía. Descubrió que uno de sus clientes le vendía software militar a Irán y Corea del Norte y lo delató. Los federales le pagaron bien, pero ahí acabó su carrera como abogado. Cogió el dinero, perdió gran parte en el divorcio, y vino aquí para empezar de cero. Pero parece que alguien le siguió los pasos.
 - ¿Tú sí te crees lo del asesinato?
 - Me parece que tiene sentido.

John Grisham, El Manuscrito.

1. El art. 83 de la Constitución señala como uno de los deberes responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, *denunciar y combatir los actos de corrupción*. Once años después en el Suplemento de Registro Oficial # 107 del martes 24 de diciembre de 2019 se publicó la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal (COIP), que introdujo las primeras normas procesales penales que tenían como objetivo regular la disposición constitucional citada.
2. Al final del art. 421 del COIP (La Denuncia) esta reforma agregó que: *“cualquier persona podrá presentar una denuncia en el caso de infracciones que afecten derechos colectivos, difusos o de la naturaleza”*. En el art. 427 ibidem se incorpora la reserva de identidad de los denunciadores al señalar que: *“las denuncias por delitos contra la administración pública o delincuencia organizada tendrán reserva de identidad del o la denunciante cuando lo solicite”*.
3. La citada reforma agregó un artículo -con tres incisos- a continuación del art. 430 del COIP que determinó que la denuncia por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, enriquecimiento privado no justificado, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes o

¹ Un misil en mi placard. Soda Stereo. 1984.



sicariato, por razones de seguridad², podrá presentarse con *reserva de la identidad* de la o el denunciante.³

4. Adicionalmente, la misma ley reformativa al COIP de diciembre de 2019 agregó en su artículo 79 otro artículo identificado como el 430.2 que estableció *incentivos* por las denominadas “*denuncias efectivas*”, que consistían en *compensaciones económicas proporcionales* a los recursos económicos que el Estado logre recuperar, hasta un monto de entre el 10% y máximo al 20% de lo recuperado, cuando el informante aporte con elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, enriquecimiento privado no justificado y producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización⁴.⁵
5. En fecha 17 de febrero de 2021 se publicó en el Suplemento # 2 del Registro Oficial la *Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción* en la que se agregó un artículo a continuación del art. 422 del COIP

² La denominada *Reforma Anticorrupción al COIP* publicada en el Registro Oficial # 392-2S, del 17 de febrero de 2021 agregó al listado de delitos a la obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, acoso sexual, abuso sexual y demás delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en especial cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

³ Esta denuncia será registrada con un código alfa numérico especial que identifique a la persona denunciante y con el propósito de preservar la integridad física, psicológica y material así como las condiciones laborales actuales del denunciante y su familia. Se mantendrá un registro cronológico de las personas que intervengan en el trámite de las denuncias presentadas con reserva de identidad, quienes quedarán impedidas de divulgar cualquier información relacionada con identidad de los denunciantes, así como aquella permita su identificación. La persona que denuncie podrá solicitar el ingreso al Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal, y el otorgamiento de una o varias medidas contempladas en el reglamento correspondiente. La o el fiscal valorará la pertinencia de esta solicitud. COIP art. 430.1.

⁴ La citada *Reforma Anticorrupción* sustituyó el primer inciso del art. 430.2 para agregar los delitos de obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado.

⁵ Una vez recuperados los fondos y activos el juez dispondrá la entrega inmediata de los recursos. Se podrá acceder a este beneficio una vez que se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada. No podrán acceder a este beneficio quienes, en cualquier grado, hayan participado en la comisión la infracción. COIP art. 430.2.

por el cual se introdujo una nueva⁶ excepción a la regla general del art. 421⁷, ibidem, en lo relativo a que la presentación de denuncias por delitos es potestativa, creándose -como deber ciudadano⁸- la *obligatoriedad de denunciar* de manera inmediata a las autoridades competentes de los delitos de obstrucción de justicia, peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, oferta de tráfico de influencias, testaferrismo, sobrepuestos en contratación pública, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada; actos de corrupción en el sector privado, acoso sexual, abuso sexual y demás delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en especial cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes.⁹

6. Por su parte, la mencionada Reforma Anticorrupción al COIP que incorporó los *programas de compliance* a la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 49) como una circunstancia atenuante (art. 45, numeral 7, literal d), destaca a los *Canales de Denuncia* como uno de los *requisitos mínimos* de los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión.
7. Lamentablemente a pesar de las reformas citadas la mayoría de las sociedades en Ecuador aún no consideran prioritario tener políticas de prevención de actos ilícitos. Las empresas que reconocen la importancia de una efectiva implementación de los *programas de compliance*, y dentro de ellos, de la protección a los informantes o

⁶ Adicional a las previstas en el art. 422 del COIP que dispone: “Deber de denunciar.- Deberán denunciar quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley, en especial:

1. La o el servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca de la comisión de un presunto delito contra la eficiencia de la administración pública.

2. Las o los profesionales de la salud de establecimientos públicos o privados, que conozcan de la comisión de un presunto delito.

3. Las o los directores, educadores u otras personas responsables de instituciones educativas, por presuntos delitos cometidos en dichos centros.

De igual forma, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se señala lo siguiente:

Art. 17.- Deber jurídico de denunciar.- Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tenga conocimiento de la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, está obligada a denunciarla ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Art. 72.- Personas obligadas a denunciar.- Las personas que por su profesión u oficio tengan conocimiento de un hecho que presente características propias de maltrato, abuso y explotación sexual, tráfico o pérdida de que hubiere sido víctima un niño, niña o adolescente, deberán denunciarlo dentro de las veinticuatro horas siguientes de dicho conocimiento ante cualquiera de los fiscales, autoridades judiciales o administrativas competentes, incluida la Defensoría del Pueblo, como entidad garante de los derechos fundamentales.

Art. 73.- Deber de protección en los casos de maltrato.- Es deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos; y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial.

⁷ **Art. 421.- Denuncia.-** La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía, al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal o ciencias forenses o ante el organismo competente en materia de tránsito.

La denuncia será pública, sin perjuicio de que los datos de identificación personal del denunciante, procesado o de la víctima, se guarden en reserva para su protección. Cualquier persona podrá presentar una denuncia en el caso de infracciones que afecten derechos colectivos, difusos o de la naturaleza.

⁸ *Deber ciudadano de denunciar* es incluso el nombre del artículo 422.1 del COIP.

⁹ La misma norma establece la necesidad de protección a los informantes por parte de las instituciones responsables consagrando como información reservada a los nombres, apellidos y demás datos de identidad del denunciante.

*whistleblowers*¹⁰ no solo pueden conseguir un tratamiento procesal penal más favorable sino una gran ventaja competitiva en materia de prevención delictual con otras compañías que carezca de un sistema de cumplimiento. Como lo reconoce el profesor NIETO MARTIN “la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes”¹¹.

8. Sin embargo, un sistema de protección de informantes requiere una regulación mucho más integral que la actualmente vigente en el Ecuador, que debe ir más allá del ámbito penal ya que debe incluir también a las infracciones administrativas, por lo menos las más graves. Hace pocas semanas se aprobó y publicó en España la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción en cumplimiento de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. Esta normativa contiene 68 artículos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y doce disposiciones finales.
9. Entre los temas más relevantes que se regulan en la ley española de protección de los informantes¹² se encuentran:
 - a. Sistema interno de información.
 - b. Canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.
 - c. Publicidad de la información y Registro de las comunicaciones.
 - d. Revelación pública.
 - e. Protección de datos personales.
 - f. Medidas de protección.
 - g. Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.
 - h. Régimen sancionador.
10. Un análisis de los estudios de países que incentivan y protegen a los *whistleblowers* nos permite conocer la importancia estadística de los informantes en el ámbito empresarial. LEE observa que, en Estados Unidos 54 de cada 100 fraudes detectados en corporaciones que cotizan en Bolsa fueron descubiertos por *whistleblowers*; por el contrario, las auditoras externas sólo descubrieron el 4%.¹³ FELDMAN/LOBEL, sin embargo, evidencian que sólo 21% de los trabajadores estadounidenses está dispuesto a denunciar y la mayoría opta por “sufrir en silencio”¹⁴. Por su parte, según

¹⁰ El término anglosajón evoca “al que toca el silbato”, una analogía a los antiguos policías ingleses que sonaban sus silbatos al descubrir a un presunto delincuente. Para el profesor Ramon Ragués i Valles en su obra *Whistleblowing - Una Aproximación desde el Derecho Penal*, la expresión alude a aquellos miembros o antiguos miembros de una determinada organización pública o privada que denuncien prácticas ilícitas -o poco éticas- llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas.

¹¹ NIETO MARTIN, Adán. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, 8120 (2013), p. 5.

¹² La mayoría de estos aspectos en el Ecuador o no están regulados o lo están de forma deficiente.

¹³ LEE, Jenny. “Corporate Corruption & the New Gold Mine”, *Brooklyn Law Review*, 77 (2011-12), p. 315.

¹⁴ FELDMAN, Yuval / LOBEL, Orly. “The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protection for Reporting Illegality”, *Texas Law Review*, 88 (2010), p. 1158 (nota 14).

BUSSMANN/MATSCHKE¹⁵, en Alemania las denuncias internas permiten detectar el 47% de la criminalidad empresarial, mientras que las investigaciones de las instituciones estatales descubren únicamente el 5% de los fraudes corporativos.¹⁶

11. Regresando a Estados Unidos, la U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) ha informado que *“el ejercicio fiscal 2022 continuó basándose en el éxito sin precedentes del ejercicio fiscal 2021 para el Programa de Denuncias de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos. En el año fiscal 2022, la Comisión concedió aproximadamente 229 millones de dólares en 103 indemnizaciones, convirtiendo el año fiscal 2022 en el segundo año más alto de la Comisión en términos de cantidades en dólares y número de indemnizaciones”*.¹⁷ La SEC *“también recibió un número récord de denuncias de irregularidades. En el año fiscal 2022, la Comisión recibió más de 12.300 denuncias”*¹⁸, *el mayor número de denuncias recibidas en un año fiscal.*¹⁹
12. Los entes de la administración pública están en deuda con la ciudadanía no sólo con la creación de una normativa integral que proteja a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma, sino sobre todo con políticas públicas que generen cambios culturales que permita incentivar y reconocer a los informantes no sólo en el seno empresarial sino en el entramado social. A los *whistleblowers* hay que protegerlos y premiarlos no perseguirlos²⁰ ni discriminarlos ni convertirlos en parias. Cuando hagamos consciencia de su importancia como factor preventivo, disuasor y reductor de impunidades delictivas -incluidas las de crimen organizado- habremos avanzado como sociedad. Es hora de armar este modelo.

¹⁵ Citados por HEFENDEHL, Roland. *“Alle lieben Whistleblowing”*, Berlín, 2009, p. 622.

¹⁶ Cfr. RAGUÉS i VALLES, Ramon. en su obra *Whistleblowing - Una Aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 36-37.

¹⁷ Según dicho informe: *“Desde el inicio del programa, la SEC ha pagado más de 1.300 millones de dólares en 328 indemnizaciones a particulares por facilitar información que ha permitido el éxito de las medidas de ejecución de la SEC y de otros organismos. Los denunciantes han desempeñado un papel fundamental en las medidas de ejecución de la SEC para proteger a los inversores y al mercado. Las acciones de aplicación emprendidas a partir de información procedente de denunciantes meritorios han dado lugar a órdenes por valor de más de 6.300 millones de dólares en sanciones monetarias totales, incluidos más de 4.000 millones de dólares en concepto de restitución de ganancias mal habidas e intereses, de los cuales más de 1.500 millones de dólares han sido devueltos, o está previsto que sean devueltos, a los inversores perjudicados”*.

¹⁸ Creola Kelly, Jefa de la Oficina del Denunciante (OWB) de la SEC ha señalado que *“el aumento significativo en el número de denuncias y premios desde el inicio del programa muestra que el programa, con sus protecciones de confidencialidad mejoradas, está incentivando eficazmente a los denunciantes a tomar la decisión, a menudo difícil, de presentar información sobre posibles violaciones de la ley de valores. Independientemente de si un denunciante es una persona con información privilegiada de una empresa, un inversor de la calle principal o un demandante sin representación, la Comisión salvaguarda enérgicamente su identidad al tiempo que recompensa a las personas elegibles que identifican a los malos actores en nuestros mercados.”*

¹⁹ SEC Whistleblower Office Announces Results for FY 2022 Agency's Program Tops \$1.3 Billion in Awards since Inception; Rapid Growth in Tips and Awards Continues. Publicado en: https://www.sec.gov/files/2022_ow_ar.pdf Consultado: 19-03-2023.

²⁰ A modo de ejemplo ver el caso de Emilio Lozoya Austin en México narrado en el artículo *“Lucha anticorrupción: ¿por qué proteger al alertador?”* de Miguel Ontiveros Alonso. Publicado en:

<https://www.eluniversal.com.mx/opinion/miguel-ontiveros-alonso/lucha-anticorrupcion-por-que-proteger-al-alertador> Consultado: 19-03-2023.