



LA PROTECCIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DENUNCIANTE “WHISTLEBLOWER” - un enfoque en la reciente tutela jurídica brasileña

João Francisco da Mota Junior*

Fecha de publicación: 01/07/2012

SUMARIO: 1. El *whistleblower* y su protección – una visión general. 2. La protección de los funcionarios denunciantes y la nueva ley brasileña. 3. El deber de “denunciar”. 4. Preguntas sobre la reciente protección jurídica. Referencias bibliográficas.

Resumen

La nueva Ley de Acceso a la Información (LAI) de Brasil, presentó a la protección del denunciante funcionario público, el *whistleblower*. Previsto en varios normativos internacionales el funcionario denunciante se convierte en una herramienta importante en la lucha contra la corrupción, la malversación, ilegal e inmoral. Protégelo y desarrollar mecanismos de protección no es más que promover la participación democrática y la eficacia alcanzado el derecho a la información.

Palabras clave: Protección legal. Funcionario público denunciante. Brasil.

Abstract

The new Law on Access to Information (LAI) of Brazil, introduced to protect the public servant whistleblower, the whistleblower. Expected in several international normative denouncing the server becomes an important tool in fighting

* Especialista en Proceso Civil y Penal-UFBA, Pos-Grado en Ciencias Jurídicas - UCSal/EMAB y Especialista en Derecho Empresarial – UCAM/Instituto A Vez do Mestre, Profesor de la Unieuro (Brasília-DF-Brasil), Analista de Finanzas y Control - Controladoria-General de la Unión y Consejero Nacional de Seguridad Pública.
jofram10@yahoo.com.br

corruption, malfeasance, illegal and unethical. Protect it and develop mechanisms of protection is nothing more than promote democratic participation and effectiveness achieved the right to information.

Keywords: Legal protection. Public servant whistleblower. Brazil.

Resumo

A nova de Lei de Acesso à Informação (LAI) do Brasil, introduziu a proteção do servidor público denunciante, o *whistleblower*. Com previsão em diversos normativos internacionais, o servidor denunciante torna-se um importante instrumento no combate à corrupção, condutas ilegais, irregulares e antiéticas. Protegê-lo e desenvolver mecanismos dessa tutela nada mais é do que fomentar a participação democrática e a efetividade alcançada pelo direito à informação.

Palavras-chave: Proteção legal. Servidor público denunciante. Brasil.

1. El *whistleblower* y su protección – una visión general

El derecho fundamental de acceso a la información proporcionado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, así como diversos tratados internacionales y las constituciones democráticas facilita que infracciones penales, riesgo para la seguridad o la salud, incumplimiento de las obligaciones legal o mala conducta, en general, sean conocidas por muchas personas.

Conocer de una irregularidad y no la informar, es inocuo. En otro modo, no desarrollar mecanismos eficaces para proteger al denunciante es reducir el número de esas denuncias. Al alentar y facilitar el *whistleblower*, proporcionando una protección jurídica eficaz, con directrices claras sobre los procedimientos de comunicación e información, ayuda a la actividad de las auditorías de los organismos públicos en la realización de los principios administrativos y constitucionales y la realización de los derechos fundamentales.

Sin ánimo de perseguir o introducir palabras extranjeras, pero mirando a comprender mejor su sentido, desde su origen, el instituto saldría del *whistleblowing* utilizado en el sector privado, de uso frecuente en las

¹ Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de **investigar y recibir informaciones y opiniones**, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, **por cualquier medio de expresión**.

grandes empresas, especialmente en los Estados Unidos, por lo que sería mejor detectadas y combatidas irregularidades y desviaciones de la conducta, incluyendo corrupción.

Una traducción libre sería aquella persona que "delata", "dar el aviso", "denuncia", "informa", "reporta", "comunica".

De hecho, no existe una definición jurídica común de lo que constituye el *whistleblowing*. La Organización Internacional del Trabajo - OIT lo define como los informes de los empleados o ex empleados de una conducta ilegal, las prácticas ilegales, peligrosas o poco ético por parte de los empleadores. El instituto, sin embargo, tuvo una connotación mayor en la lucha contra la corrupción. De este modo, la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones de Negocios Internacionales de la OCDE² trae en sus artículos 1 y 2 normas generales de protección al funcionario denunciante. Se refiere a la protección contra la discriminación o castigo disciplinario de los empleados del sector público y privado que informan o denuncian de buena fe y con motivos razonables para las autoridades competentes (Recomendación contra la Corrupción de 2009).³

En base a estos conceptos se puede definir como *whistleblower* la persona que a reportarse información, razonablemente y de buena fe, cree que es evidencia de un crimen, violación de las reglas de trabajo, conducta de improbidad, actos de corrupción o cualquier otro asunto que debe se sabe que las autoridades responsables en la cara de interés público.

Por supuesto, con las nuevas teorías de gestión de la administración pública se convierte en gran importancia fomentar la incorporación del instituto en la esfera pública.

De acuerdo con el artículo 3, párrafo 8, de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁴ (Convención de Caracas), los Estados Partes acordaron establecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncian de buena fe actos de corrupción, incluida la protección de sus identidades, sin perjuicio de la

² Completado en París en diciembre de 1997 y promulgada por Brasil por el Decreto N ° 3678 de 30 de noviembre 2000.

³ Recomendación del Consejo sobre la lucha contra el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales. IX.II Sección y la Sección XCV, y el Anexo II de la Recomendación, Guía de Buenas Prácticas de Control Interno, Ética y *Compliance*.

⁴ Convención de la OEA, celebrada en Venezuela el 29 de marzo de 1996, y promulgada por el Decreto N ° 4410 de 07 de octubre 2002.

Constitución del Estado y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

Del mismo modo, establece la Convención de Mérida (ONU, 2003), en su artículo 33, mediante el establecimiento de la "protección a los denunciantes," en el sentido de que cada Estado Parte debe considerar su incorporación legal en las medidas "apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injusto para las personas que denuncien a las autoridades competentes de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados de conformidad con esta Convención ", así como las disposiciones para los funcionarios públicos con arreglo al art. 8, apartados 4 y 5. Si bien el artículo 13, relativo a la participación pública, es claramente impar, el párrafo que estipula la adopción de medidas apropiadas para garantizar que el público conoce la agencia dedicada a la lucha contra la corrupción, como facilitar su acceso al procedimiento de quejas, incluyendo anónima, y el conocimiento de los incidentes que pudieran ser considerados como actos de corrupción. Protegidos sí, por último, testigos, peritos y víctimas (art. 32).⁵

En noviembre de 2010 en Seúl, la Cumbre del G-20 (G-20 a través del Grupo de Trabajo de Lucha contra la Corrupción - AWG) identificó la protección de los denunciantes como un área de alta prioridad en su agenda para luchar contra la corrupción en todo el mundo, lo que confirma la preocupación por la tema.

2. La protección de los funcionarios denunciantes y la nueva ley brasileña

En Brasil, la nueva Ley de Acceso a la Información (LAI)⁶, sin duda, traerá profundos cambios de paradigmas no sólo para la sociedad, sino también para el Administración Pública, por lo que los directivos y

⁵ Entre los instrumentos multilaterales para prevenir y combatir la corrupción, incluida la Convención Interamericana contra la Corrupción, se registra en la Convención sobre la lucha contra los actos de corrupción en la que los empleados están involucrados desde las Comunidades Europeas y los Estados Partes a la Unión Europea, aprobado por Consejo de Europa el 26 de mayo de 1997, la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo Europeo el 27 de enero de 1999, la Convención sobre el derecho civil la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo Europeo el 4 de noviembre de 1999 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana de 12 de julio 2003.

⁶ Ley N° 12.527/2011, de 18 de noviembre de 2011.

funcionarios públicos a cambiar sus actitudes con respecto a la cuidar y proporcionar información pública. Implementará la difusión de una cultura de acceso (cultura de transparencia) y una amplia publicidad.

En este contexto, se publicó la LAI, que promovió un cambio significativo en la Ley N° 8.112/90⁷, con la inclusión del arte. 126-A, para proteger el servidor de *whistleblower*, determinando, *in verbis*:

“Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.” (Acrescentado pelo art. 44 da Lei nº 12.527/2011)⁸

Antes de hacer algunas observaciones sobre esta protección, es evidente que el legislador patrio fue muy tímido en relación a este aspecto y sus mecanismos.

El derecho comparado, señala que muchas normativas protegen a los denunciantes, a través de una legislación específica, como en Japón (*Whistleblower Protection Act* - WPA, 2004), Sudáfrica (*Protected Disclosures Act* - PDA, 2000), el Reino Unido (*Public Interest Disclosure Act* - PIDA, 1998) y mas reciente el Peru (Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, 2010).

Algunos traen lo dispuesto en las leyes penales, como el Código Criminal canadiense que prohíbe las represalias contra el empleado que ofrece información sobre un delito, el Código Criminal de México o en el Código Criminal Federal de los Estados Unidos, en su versión modificada por la Ley Sarbanes-Oxley (*SOX Act*) la imposición de una multa y / o represalias de prisión por un informante para proporcionar información confiable acerca de la posible comisión de un "delito federal".

⁷ Estatuto del servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundaciones públicas federales.

⁸ Traducción libre: "Art. 126-A. Ningún funcionario podrá ser culpado civil, penal o administrativa en informar a una autoridad superior, o cuando hay sospecha de la participación de esta, a otra autoridad competente para la verificación de la información relativa a la práctica de delitos o faltas en su poder, aunque debido a la eercicio del función, empleo o cargo público ". (Agregado por el art. 44 de la Ley N° 12.527/2011)

En este último caso, y como marco para el desarrollo de esta protección legal, existe la *Whistleblower Protection Act* - WPA estadounidense de 1989, cuando el Congreso enmendó la *Civil Service Reform Act* de 1978, que fortalece en general, la protección de la seguridad a los denunciantes en el Gobierno Federal, ofreciendo más amplios plazos para la presentación de acciones por parte de la *Merit Systems Protection Board*, con cambio de la carga de la prueba en los casos de denuncias de represalias sufridas debido a las quejas y asegurar el servidor el derecho de obtener las tasas y los gastos derivados la controversia. Para WPA-EE.UU., hubo todavía la protección del servidor que se niega a cumplir órdenes ilegales, que se extiende la protección que existía antes y que restringe el derecho a protestar por el servidor después de ejecutar la orden, y esto ya está previsto en el sistema brasileño (art. 116, IV de la Ley N° 8.112/90).

En ámbito constitucional, la Constitución China expresamente protege a los ciudadanos chinos que denuncie, se prohibiendo las represalias (art. 41). La Constitución ecuatoriana, a su vez, dispone que toda persona tiene el deber de "denunciar y combatir actos de corrupción" (art. 97, 14), que también se destacó por el Derecho Constitucional alemán (*German Grundgesetz* - art. 4 e *German Constitutional Law* – art. 20, 3).

Estas normas se pueden extraer las principales funciones comunes a esta queja, a saber: a) la publicidad de los actos ilegales o irregulares relacionadas con el lugar de trabajo, b) una dimensión de interés público, por ejemplo, las denuncias de delitos, no práctica conducta ética corrupción, etc., en lugar de una mera queja personal, y c) la denuncia de actos ilegales o irregulares a través de los canales establecidos, o bien a ciertas personas u organismos.

Por otra parte, el requisito principal para la mayor parte de la legislación de protección de denunciantes es que las denuncias se hacen de buena fe y motivos razonables. Por lo tanto, no es necesario para ser verdad, pero hay indicios de ilegalidad o irregularidad, evitando el "denuncismo", lo que configura un delito y no está cubierto por la protección.

En lo que respecta a la protección, puede ser adoptado un sistema mixto o heterogéneo, que implica la protección de los funcionarios públicos y trabajadores del sector privado (por ejemplo, Reino Unido, Japón, Sudáfrica y Perú), o un sistema de protección homogénea o puro sólo cuando uno de los sectores, como el sector público (por ejemplo, Canadá por *el Public Servants Disclosure Protection Act* – PSDPA de 2005 y

Austrália por el *Public Service Code of Conduct* de 2009, aunque este último hace que la predicción en algunas legislaciones nacionales de otros, al sector privado).

Aún hay registros para proteger solamente el tipo particular de "denunciante" o un cierto tipo de "hecho" como las cuestiones que involucran la corrupción (leyes contra la corrupción en Francia, Italia, Corea del Sur y Rusia, todos los cuales protegen a los servidores o funcionarios). Sin embargo, otras protecciones reglamentarias que rigen más especial, frente a ciertos funcionarios públicos o de las categorías funcionales, debido a su función.

En este contexto, se entiende que las leyes del Reino Unido y Sudáfrica son los más completos sobre el tema.

3. El deber de “denunciar”

A nivel interno, la Constitución Federal Brasileña (CF) no impone el deber de los ciudadanos en el informe. Sobre la base de la supremacía de la libertad, la Constitución Ciudadana de 1988 optó por establecer más derechos y deberes de las garantías. Por otra parte, muchos de los derechos enumerados en el CF son los deberes solidarios, normalmente, exigibles al Estado.

No se olvida de que la iniciativa del administrado resulta de la Petición de Derechos (art. 5, XXXIV, CF). Derecho este que el Supremo Tribunal Federal - la Corte Suprema brasileña - "califica como una prerrogativa constitucional de la extracción de garantizar la generalidad de la gente por la Carta Política de la Carta."⁹

En la legislación infraconstitucional, sin embargo, hay una serie de obligaciones en la "denuncia" o "desafío a la autoridad" de los hechos que violan la ley y el público.

Él cita la posibilidad prevista en el Código de Procedimiento Penal, art. 27, donde "cualquier persona del pueblo podrá llevar los fiscales¹⁰ en los casos que se ajustan a la acción pública"¹¹, o una predicción similar en

⁹ Supremo Tribunal Federal, AR 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, juicio en 21-10-1994, Plenário, DJ de 6/6/1997.

¹⁰ Ministerio Público, Fiscales Generales, State Public, Prosecutor.

¹¹ En idioma original: “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública.”

la Ley de Acción Civil Pública (art. 6 de la Ley N° 7.347/85) o por la Ley de Improbidad Administrativa (art. 14 Ley N° 8.429/92). La Ley N° 8.443/92 permite a cualquier ciudadano a denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal de Cuentas - TCU (art. 53). También existe el "derecho de representación" previsto en la Ley de Abuso de Autoridad (artículos 3 y 4, la Ley N° 4.898/65). Por otra parte, existen los llamados "remedios constitucionales" que también tienen maneras de desafiar ilegales o los peligros para el interés público, tales como la Acción Popular y el "Mandado de Segurança Coletivo", entre otros.

La legislación eligió el acto de presentación de informes/deber legal para representar a los servidores públicos federales, como las disposiciones contenidas en el art. 2, XI de la Ley N° 8.027/90, en el art. 116, VI y XII de la Ley N° 8.112/90 y la letra "m" del inciso XIV, Sección II del Código de Ética Profesional de los Funcionarios Públicos del Poder Ejecutivo - Decreto N° 1.171/94.

Por lo tanto, la LAI ha fomentado la idea del servidor *whistleblwer* cuando cambió el inciso VI del art. 116 de la Ley N° 8.112/90 para incluir en el "deber de informar" no sólo el superior, al igual que cualquier otra autoridad competente para hacerlo.

“Art. 116. (*omissis*)

.....

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;” (redação dada pelo art. 43 da Lei nº 12.527/2011).¹²

Añade que hubo el mantenimiento del deber de "*representar*"¹³ *contra actos ilegales, omisión o abuso de poder*" (artículo 116, XI de la Ley N° 8.112/90).

¹² Traducción libre: “Artículo 116. (*omissis*) VI - llevar las irregularidades que tienen la ciencia en virtud de la oficina para el conocimiento de la autoridad superior o cuando hay sospecha de la participación de este, el conocimiento de otra autoridad competente para la verificación; ” (texto modificado por el art 43 de la Ley N° 12.527/2011)

¹³ Algunos sostienen que hay una distinción entre "denunciar" y "representar", siendo el primero más grande, como sostiene la Contraloría General de la Unión: "El término "denuncia" puede comportarse dos sentidos. El primero, más amplio, tendría el valor en todas las noticias de las irregularidades que engloba el tipo de representaciones (como, de hecho parece ser el empleo, adoptada por la Ley N° 8112 de 11/12/90). El segundo sentido, más estrecha, la representación diferencial, sólo se refiere a la pieza privada presentada a la comisión de la administración de las irregularidades relacionadas con el ejercicio del cargo." (In Manual de Processo Administrativo Disciplinar - Apostila de Texto, jul/2011, Brasília-DF,

Imponer la obligación de "denunciar" al servidor, sin embargo, lo proteger de represalia o acoso, sería un dispositivo de eficacia muy dudosa.

La Ley de Protección de Testigos (Ley N° 9.807/99) sólo protege a las víctimas y los testigos, y sólo se refiere a las investigaciones y procedimientos criminales, con exclusión de los procesos administrativos. En teoría, los denunciadores estarían cubiertos sólo cuando en la condición de calificación de un testigo o una víctima.

Anterior a la nueva ley sigue ahí el Decreto N° 6.029/2007 que, al establecer el Sistema de Gestión de la Ética del Poder Ejecutivo Federal, predijo que el trabajo del Comité de Ética podrá observar la protección de la denunciante debe mantenerse en reserva, si esta así lo desea. Es decir, la protección se limita a la identificación y clasificación de la información. Igualmente, la Ley N° 8.443/92 al proteger al denunciante contra cualquiera sanción administrativa, civil o penal, desde que hecho de buena fe, se limita a las denuncias presentadas ante el Tribunal de Cuentas (art. 55, § 2°).

4. Preguntas sobre la reciente protección jurídica

No por esto, la introducción del artículo 126-A de la Ley N° 8.112/90 vino proteger este servidor que denuncia, contra cualquier tipo de responsabilidad civil, penal o administrativa. Tal protección es perfectamente compatible con el "deber de denunciar", que se extendió expresamente la lista de las personas a presentar estos informes, ya sea el superior o *"cuando hay sospecha de la participación de esta, a otra autoridad competente para la verificación de la información relativa a la práctica de delitos o faltas en su poder, aunque debido a la ejercicio del función, empleo o cargo público"*.

En una lectura exegética del plan, se entiende que la posibilidad de "denunciar" a *"cualquier otra autoridad competente para la investigación"* se llevaría a cabo sólo en manera subsidiaria, cuando el jefe inmediato estaría involucrado. No obstante, esto no debe ser la interpretación a prevalecer.

En este sentido, enseña Mauro Roberto Mattos:

41 p). La nueva ley, sin embargo, sin entrar en esta discusión, optó por utilizar la terminología amplia que comprende las 02 interpretaciones.

Caso a irregularidade esteja vinculada à chefia imediata do servidor público, o mesmo poderá relatar o fato para outro administrador público (superior do seu chefe), sem que com isso esteja configurada irregularidade ou descumprimento de formalidade legal. A lei se opõe a omissão, resultado de uma convivência passiva do servidor público, que tem o dever (obrigação) de relatar a prática de irregularidades no serviço, em prol do interesse público.¹⁴

La intención del legislador era proteger el servidor denunciante, lo que permita la "información" sea conocida por otras autoridades competentes y no sólo por su jefe inmediato (superior).

Así, aboga por el artículo 143 de la Ley N° 8.112/90 que obliga la "autoridad" de promover inmediatamente la investigación de las irregularidades mostradas por la ciencia, a pesar de esa otorgar no sea generalizada, por lo que las normas específicas o regimentales disciplinan la materia.

La obligación de "representar" directamente con el superior hierarquico no es absoluta, como ocurre con las denuncias presentadas directamente a las Corregedorias, o la posibilidad de la comunicación sea llevada a otros órganos como la Contraloría General de la Unión, el Tribunal de Cuentas, Ministerio Público (fiscales) y la Policía, que, sin embargo, en este último caso, no excluye el deber del servidor para realizar esta comunicación interna.

Por lo tanto, permite el *whistleblowing* ser ofrecido simultáneamente a más de una autoridad. Refuerza este argumento con el instituto de la "avocación"¹⁵ en el gobierno (artículo 170 del Decreto-Ley n° 200/67, art. 15 de la Ley N° 9.784/99 y el Decreto 5.480/2005 que traen dispositivos sobre la avocación en el Sistema del Corrección del Poder del Ejecutivo Federal).

¹⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, 475 p.

¹⁵ El instituto en Brasil significa el medio por el cual un órgano superior se acerca a sí mismo la competencia para realizar determinado acto atribuido a un menor, y sólo se permitirán en casos excepcionales y debidamente justificados por razones de peso.

En base a estos dispositivos se pueden desarrollar regulaciones que proporcionan los esfuerzos eficaces de sensibilización, formación, comunicación y evaluación para que los servidores públicos conozcan sus derechos y obligaciones en caso de que informe o denuncie el acto cuestionable, y esencialmente, como ya indicó la Recomendación de la OCDE de 1998 sobre la Mejora de la Conducta Ética en el Servicio Público (Principio 4).

Reconocer el marco introducido por la LAI para desarrollar un "sistema de protección de los denunciantes" no impide afirmarse que el legislador patrio podría haber avanzado en otros aspectos de la materia.

En un principio, se desprende que el dispositivo se aplica únicamente a los funcionarios federales se rigen por la Ley N° 8.112/90, con algunas excepciones, como en el Distrito Federal, que por medio de una ley específica¹⁶, determina la aplicación de este Estatuto.

La protección reconocida podría tener un alcance más amplio, como ocurre en el concepto de "agente" público en virtud de la Ley de Improbidad Administrativa (artículo 1, Ley N° 8.429/92)¹⁷ o el concepto de "funcionario público" por el Código Penal (art. 327).¹⁸

Cuando se hace referencia únicamente a los servidores públicos federales, la nueva y fundamental protección no cubre otras categorías de funcionarios públicos, de acuerdo con la nueva clasificación por la doctrina administrativa. Los empleados públicos o del gobierno, oficiales militares y los delegados acreditados, por ejemplo, quedaran fuera de esta protección.¹⁹

¹⁶ Ley Distrital n° 197, de 4 de diciembre de 1991.

¹⁷ "Artículo 1. Los actos de improbidad administrativa cometidos por cualquier funcionario [*agente*] público, empleado [*servidor*] o no, contra la administración directa, indirecta o de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios, de Territorio, del Distrito Federal, municipios, territorios, la sociedad constituida en la propiedad pública o entidad en cuya creación o le cuesta al Tesoro no es competitivo o competir con más de un cincuenta por ciento de los activos o ingresos anuales, serán sancionados de conformidad con esta ley."

¹⁸ "Artículo 327 - Considerase funcionário público, para todos los efectos penales, quien, aunque transitoriamente o sin remuneración, ejerce cargo, empleo o función pública. § 1 ° - Equivale a un funcionario público que desempeñe un empleo, empleo o función en la entidad paraestatal, y que trabaja para la compañía de servicios contratados o conveniados para realizar una actividad típica de la Administración Pública."

¹⁹ En Brasil, administrativamente, ya no se utiliza el término "funcionario público" con el advenimiento de la Constitución de 1988, adoptando el término "servidor público". A la vista de numerosos tipos de "agentes públicos", que incluyen los servidores, la doctrina brasileña no es unánime en esta clasificación, citando a grandes nombres como Celso Antonio Bandeira de Mello, María Sylvia Di Pietro y Hely Lopes Meirelle. La terminología funcionario público se encuentra todavía en una fuerza normativa, así como el Código Penal brasileño de 1940.

En otro lado, si la intención del legislador era que se respetara la competencia²⁰ de otros entes federativos²¹, nada impide que los estados y municipios también crean dispositivos similares en sus propias reglas específicas.

Cabe señalar también que el *—whistleblower* particular y el empleado del sector privado no fueron cubiertos con el mecanismo de protección establecido ahora.

Dicha protección se podría haber ampliado como ya se ha previsto en la Ley N° 8.443/92, que permite a cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato sea parte legítima para denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal del Cuentas de la Unión (art. 53).

Si el Brasil llevó a legalizar la protección del servidor denunciante podría haber utilizado, por ejemplo, la peruana Ley N° 29542, de 22 de junio de 2010, que al disponer sobre la Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, es mucho mas amplia y desarrollada que la brasileña. Por ella, por ejemplo, hubo la protección y otorga de beneficios a los funcionarios y servidores públicos, así como a cualquier ciudadano, que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales, que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente.

De igual manera, el legislador brasileño podría haber avanzado el tema para incluir, 5, disciplinar o permitir la posibilidad de denuncia anónima o de garantizar la protección de la identidad del denunciante, como existe en la ley varias organizaciones internacionales (Convención de Caracas y de Mérida, México, EE.UU. y India, y países vecinos como Argentina, Uruguay, Peru y Colombia).

De hecho, aunque la Ley N° 8.112/90 determine la identidad del denunciante (art. 144), la doctrina mayoritaria y los organismos estatales ha sido la aceptación de "informes" anónimos, ya que hay numerosos sistemas de 'disque-denuncia' (*call to report*) en Brasil y defensores del pueblo de

²⁰ En el modelo brasileño, junto con la técnica original de la división de poderes basada en la organización de la federación americana, y como resultado de la evolución orgánica y conceptuales del federalismo, fue la aprobación de la distribución de técnicas de competencias complejas, donde se comprueba la ruta a un federalismo cooperativo, con competencias concurrentes (artículo 24, CF); competencias comunes (artículo 23, CF) y delegación de competencias (artículo 22, párrafo único, CF).

²¹ Distinto del federalismo clásico (dual), la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil aprobó una tricotomía federalista que comprende la Unión, Estados, Distrito Federal y de los Municipios, todos autónomos, en virtud de la Constitución.

los diversos sectores público y privado. Parece que el legislador ha querido dar alcance a la iniciativa de la iniciación de un procedimiento administrativo, a favor de la administración, el ejercicio del derecho de petición²² y el interés público, para establecer su condición de cargo o de cualquier persona, sin restricciones. Uno tiene que admitir que la denuncia anónima y el anonimato son institutos que cohabitan y distingúense, sin existir colisión de derechos fundamentales. Es decir, se ve sólo como un aparente conflicto de una colisión entre los derechos fundamentales.²³

El legislador también nada disciplinó sobre otras cuestiones de procedimiento, tales como la posibilidad de invertir la carga de la prueba o la existencia de especies de "recompensas" para el acto de "denunciar", aunque hay la posibilidad, de acuerdo con el artículo 237 de la Ley N° 8.112/90.

Por último, diferente que las normas extranjeras sobre la materia, la buena fe no ha venido expresada como una condición esencial para la protección y debe ser considerada como un requisito lógico y necesario, porque corresponde a un principio aplicable a la Administración Pública como a los ciudadanos (art. 2, párrafo único, IV y 4, II) y relacionado con el principio de la moral pública (artículo 37, *caput*, CF). La buena fe se presume. Por otra parte, no olvida que el "denuncismo" o "denuncia maliciosa" debe ser siempre contenido, y como ya se prevé para el delito de denuncia calumniosa (art. 339, Código Penal).

El denunciante, en general, no es directamente afectado por el peligro o la ilegalidad, a pesar de que lo puede ser. Cuando se realiza una "revelación" de buena fe, no lo hace, normalmente, por cuestiones personales, pero sí, por el interés público.

Protégelo y desarrollar mecanismos de protección no es más que promover la participación democrática y la eficacia alcanzado el derecho a la información.

Sin por un lado la reciente protección del funcionario *whistleblower* vino a consolidar y fortalecer las iniciativas existentes y las acciones contra la conducta ilegal, inmoral y corrupta, por el contrario, fue una oportunidad perdida para ampliar el tema y mejor realizarlo.

²² PEDREIRA, Anna Maria. **Direito Administrativo e o processo administrativo**; coord. CRETELLA, José, Neto. Coleção Completa, v.9. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 111.

²³ ALEX, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, n. 217, p. 67-79, jul/set. 1999, p. 68-69.

Referencias bibliográficas

- ALEX, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, n. 217, p. 67-79, jul/set. 1999.
- ALVES, Léo da Silva. **Denúncia Anônima**. L & C – Revista de Licitações & Contratos. Ano III, nº 21, Consulex, março/2000, p. 18-19.
- BARAGLI, Néstor, RAIGORODSKY, Nicolas. *Convención Interamericana contra la Corrupción: Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*. 1 ed. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción. Ministério da Justicia y Derechos Humanos, 2004.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar - Apostila de Texto**, Brasília-DF, jul/2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- G20 Anti-Corruption Working Group. *Action Plan. Action Point 7: Protection of Whistleblowers*, 2011.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PEDREIRA, Anna Maria. **Direito Administrativo e o processo administrativo**; coord. CRETELLA, José, Neto. Coleção Completa, v.9. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RELATÓRIO FINAL. **Primeira Avaliação**. Comissão de Peritos da OEA. Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. Documento SG/MESICIC/doc.168/05 rev. 4, 31 março 2006.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Recommended draft principles for whistleblowing legislation*, 2009.
- _____. *Whistleblowing: An Effective Tool in the fight against corruption*, 2010.