

**Buenas prácticas
internacionales
para políticas de
denuncias.**



MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES PARA POLÍTICAS DE DENUNCIAS O WHISTLEBLOWING

I. ÁMBITO DE COBERTURA

1. El contexto para derechos de libertad de expresión sin “vacíos legales”	4
2. Los contenidos para derechos de libertad de expresión sin “vacíos legales”	4
3. Derecho a oponerse a violar la ley	5
4. Protección frente a represalias colaterales	5
5. Protección sin “vacíos legales” para todos los ciudadanos que divulguen información relevante para el interés público	5
6. Protección de confidencialidad confiable	6
7. Protección contra tipos de acoso poco convencionales	6
8. Protegiendo los derechos de denunciantes frente a órdenes de censura	7
9. Brindando servicios de apoyo esenciales para los derechos en el papel	7

II. FORO

10. El derecho a un “día en corte” (day in court) genuino	8
11. La opción de acudir a un mecanismo de resolución alternativa de controversias, con un tercero independiente designado de mutuo acuerdo por las partes	8

III. REGLAS PARA PREVALECER

12. Estándares realistas para probar la infracción de derechos	9
13. Un periodo razonable para ejercer derechos	10

IV. REMEDIOS LEGALES PARA DENUNCIANTES QUE GANAN

14. Indemnización sin “vacíos legales”	11
15. Medidas cautelares	11
16. Cobertura para honorarios de abogados	11
17. Opción de traslado	12
18. Responsabilidad civil personal por represalias	12

V. HACIENDO LA DIFERENCIA

19. Un proceso de acciones correctivas creíble	13
20. Revisión	14

BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES PARA POLÍTICAS DE DENUNCIAS O WHISTLEBLOWING



Government Accountability Project (GAP) es un estudio jurídico de interés público, sin fines de lucro e imparcial, especializado en la protección de denunciantes o whistleblowers genuinos – trabajadores que ejercen sus derechos de libertad de expresión para enfrentar ilegalidades institucionales, abusos de poder u otros abusos de la confianza pública que conocen o han presenciado en sus trabajos. GAP ha sido líder en las campañas públicas por aprobar o defender casi todas las leyes sobre denunciantes a nivel nacional en los Estados Unidos de América; y ha sido asesor en la redacción y aprobación de la ley modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, así como también de políticas de protección de denunciantes para el personal y los contratistas del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, la OEA y las Naciones Unidas.

Si bien las leyes de protección de denunciantes son cada vez más populares, en muchos casos los derechos ahí establecidos son simbólicos y, por tanto, contraproducentes. Hay trabajadores que han arriesgado represalias pensando que tenían protección genuina, cuando, en realidad, no existía oportunidad alguna de que pudiesen conservar sus perspectivas de carrera. En esas instancias, ejercer derechos contenidos en leyes sobre denunciantes ha significado con virtual certeza que un foro legal termine avalando las represalias, dejando las carreras de las víctimas de represalias en peor situación de lo que hubiesen estado de no haber existido ley alguna sobre denunciantes. Una revisión de la aplicación de estas leyes y de leyes previas durante los últimos treinta años ha resultado en numerosas lecciones aprendidas, que han sido continuamente resueltas a nivel federal en los EE. UU. mediante enmiendas para corregir errores y llenar vacíos legales.

GAP denomina a estas leyes simbólicas como “escudos de cartón” (cardboard shields), porque es seguro que cualquiera que confíe en ellas sufrirá una muerte profesional. En cambio, las leyes sobre denunciantes genuinas pueden compararse con “escudos de metal” (metal shields), detrás de las cuales la carrera profesional del trabajador tiene al menos una posibilidad de sobrevivir. El listado de 20 estándares de buenas prácticas aquí desarrollado refleja los 35 años de lecciones aprendidas por parte de GAP sobre la diferencia entre ambos tipos de escudos. En teoría, todos los estándares mínimos existen en las leyes de protección de los trabajadores. Estos estándares de “mejores prácticas” están basados en una recopilación de leyes nacionales de 31 países con leyes específicas y mínimamente creíbles sobre denunciantes, como también las políticas de Organizaciones Intergubernamentales, incluyendo aquellas de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo. Naciones incluidas en este estudio están identificadas en el Anexo 1, y copias de las leyes pueden descargarse desde el sitio web de GAP, www.whistleblower.org.

I. ÁMBITO DE COBERTURA



La piedra angular de cualquier reforma es que esté disponible. Vacíos legales que nieguen cobertura en los momentos en que más se necesita, sea para el público o para quien es víctima de acoso, comprometen las reglas de protección del denunciante o whistleblower. Cobertura continua es esencial para que los derechos de libertad de expresión aplicables se extiendan a cualquier testigo relevante, independiente del público objetivo, la infracción o el contexto, para protegerlos contra cualquier acoso que pudiera tener un efecto disuasivo.



1. El contexto para derechos de libertad de expresión sin “vacíos legales”

Las revelaciones protegidas debiesen incluir “cualquier” denuncia que sería aceptada como evidencia de una infracción significativa, o que podría asistir en llevar a cabo funciones legítimas de “cumplimiento normativo” (compliance). El estándar consistente es que el denunciante crea razonablemente que la información es evidencia de una infracción. La motivación no debe ser un factor relevante, si el denunciante cree que la información es verídica. No pueden existir vacíos legales respecto de las formas, contextos o públicos objetivos, salvo que la divulgación de dicha información sea específicamente prohibida por ley. En tal circunstancia, estos actos de divulgación igual debiesen ser protegidas si son realizadas a representantes de la organización, a las “agencias gubernamentales” (law enforcement) u oficinas legislativas designadas para tal efecto. El criterio clave es que la libertad de expresión en público debe ser protegida en caso de necesidad como la única manera de prevenir o lidiar con infracciones serias. También es necesario especificar que los actos de divulgación en el contexto de cumplimiento de obligaciones laborales también están protegidos, porque la mayor parte de las represalias vienen en respuesta a “discurso del deber” (duty speech) de parte de quienes cuyo rol institucional es presentar denuncias como parte del sistema de frenos y contrapesos de la organización.



2. Los contenidos para derechos de libertad de expresión sin “vacíos legales”

Los derechos del denunciante debiesen incluir los actos de divulgación relativos a cualquier ilegalidad, despilfarro de recursos públicos, mala gestión, abuso de autoridad, peligro significativo y específico a la salud o seguridad públicas, y

cualquier otra actividad que mine la misión institucional para con sus “interesados” (stakeholders), así como también los relativos a cualquier otra información que asista en el cumplimiento de dichos deberes.



3. Derecho a oponerse a violar la ley

Esta regla es fundamental para evitar hechos consumados, y, en algunos casos, prevenir la necesidad de “alertar” a la comunidad (whistleblowing). Sin embargo, como asunto práctico, en muchas organizaciones un individuo que se rehúsa a seguir una orden fundada en su ilegalidad debe proceder a su propio riesgo, exponiéndose a acciones disciplinarias si un tribunal u otra autoridad determina de manera subsecuente que el cumplimiento de dicha orden no contenía ilegalidad alguna. De esta manera, lo que se necesita es un medio justo y expedito de llegar a tal determinación, protegiendo al individuo que razonablemente cree que se le está pidiendo incumplir la ley de tener que llevar adelante dicha acción o de sufrir represalias mientras se está llegando esa determinación.



4. Protección frente a represalias colaterales

La ley debe cubrir todos los escenarios comunes de represalias que pudieran disuadir al trabajador de ejercer su libertad de expresión para realizar denuncias de interés público. Escenarios comunes incluyen individuos que son percibidos como denunciantes o (aunque no lo sean), o como individuos “colaboradores de denunciantes” (para resguardar a quienes se presumirían culpables por asociación), e individuos que están “a punto de” llevar a cabo un acto de divulgación (para prevenir medidas preventivas que eludan las protecciones legales, y para cubrir los pasos preliminares para formarse una convicción sobre las irregularidades “creencia razonable” y calificar para la protección brindada a una denuncia responsable). Estos contextos indirectos pueden generar un efecto disuasivo que conserve en secreto la información, al mantener a las personas en silencio, y aislando a quienes alcen la voz. El ejemplo típico de esto es el despido por el ejercicio de derechos anti-represalia.



5. Protección sin “vacíos legales” para todos los ciudadanos que divulguen información relevante para el interés público

La cobertura de discriminación en el contexto del trabajo debiera extenderse a todos los postulantes o el personal relevante que se oponga a infracciones a la misión institucional o a la confianza pública, independiente de su calidad formal. Además de los trabajadores asalariados convencionales, las políticas sobre denunciantes debiesen proteger a todos quienes lleven a cabo actividades relevantes para la misión institucional. No debiera importar si están a tiempo completo, a tiempo parcial, a plazo fijo, indefinidos, consultores expertos, contratistas, trabajadores transferidos desde otra organización, o incluso voluntarios. Lo que importa es

la contribución que puedan hacer al dar su testimonio. Si el acoso pudiera crear un efecto disuasivo que mine la misión institucional, entonces la víctima de la represalia debiera tener derechos. Esto supone cubrir a aquellos que postulan a empleos, contratos y otros financiamientos, puesto que la creación de listas negras es una táctica común.

Principalmente, la protección del denunciante debiese extenderse para cubrir a quien participa en, o es afectado por, las actividades de la organización. Las leyes marco sobre protección de denunciantes de los EE. UU., en particular las leyes penales, protegen a todo testigo de acoso, porque obstaculiza la actividad gubernamental. Un número creciente de leyes a nivel global no están limitando la protección a sólo trabajadores, sino que más bien protegen a “cualquier persona” que denuncia una infracción. Una lista de países con derechos más amplios que los establecidos en el contexto del trabajo se encuentra en el Anexo 2.



6. Protección de confidencialidad confiable

Para maximizar el flujo de información necesaria para “rendiciones de cuenta” (accountability), canales protegidos y confiables deben estar a disposición de quienes elijan hacer denuncias confidenciales. Como los promotores de leyes de derechos de los denunciantes han reconocido repetidamente, negar esta opción crea un efecto disuasorio severo. La confidencialidad va más allá de simplemente prometer no revelar el nombre del denunciante. También se extiende a restricciones de divulgar “información de identificación”, porque frecuentemente, cuando los hechos son conocidos sólo por unos pocos, esa información puede fácilmente conducir a la fuente y es el equivalente de una firma. Además, casi ningún denunciante puede recibir completa garantía de confidencialidad, porque su testimonio puede ser requerido para una condena en sede penal, o para otros propósitos relacionados. Bajo estas circunstancias, una buena práctica para políticas de confidencialidad es avisar con la mayor anticipación posible al denunciante de que su identidad debe ser revelada.



7. Protección contra tipos de acoso poco convencionales

Las formas de acoso sólo están limitadas por la imaginación. Consecuentemente, es necesario prohibir cualquier discriminación por desarrollar la actividad protegida, sea activa como el despido, o pasiva como la denegación de un ascenso o una capacitación. ¿Acciones recomendadas?, Influenciar a otro para que discrimine, amenazas o tentativas pueden tener el mismo efecto disuasivo que represalias consumadas. La prohibición debe cubrir a quien influencia a otro para discriminar, así como también el acto oficial de discriminación, para resguardar contra gerentes que “no quieren saber” por qué sus subordinados han tomado acción respecto de determinados trabajadores. Fuera de contextos de trabajo, podrían incluirse protecciones contra el acoso que resulta de acciones civiles (por difamación), como también de la investigación o persecución penal – la forma más agresiva de represalia.



8. Protegiendo los derechos de denunciantes frente a órdenes de censura

Cualquier ley o política sobre el denunciante debe incluir una prohibición de órdenes de confidencialidad contenidos en reglas, políticas o acuerdos de confidencialidad de la organización, las que, en caso contrario, anularían sus derechos de libertad de expresión e impondrían la censura previa.



9. Brindando servicios de apoyo esenciales para los derechos en el papel

Los denunciantes no están protegidos por la ley si no saben que dicha ley existe. Los derechos del denunciante, junto con la obligación de denunciar ilegalidades, debe publicarse de manera destacada en cualquier lugar de trabajo. Asimismo, la falta de apoyo real puede dejar los derechos del denunciante sin aplicación. El acceso a asistencia o servicios legales y a financiamiento para defensa jurídica puede hacer que los derechos de libertad de expresión cobren sentido para quienes se encuentran desempleados o puestos en listas negras. Un ombudsman con suficiente acceso a documentos y oficiales de la institución podría neutralizar las diferencias en recursos y acortar conflictos desgastantes al brindar rápida acción correctiva. La ley de protección del denunciante de los EE. UU. o U.S. Whistleblower Protection Act incluye una Oficina del Consejero Especial (Office of Special Counsel), que investiga reclamos por represalias y puede solicitar medidas cautelares en su nombre y representación. Los recursos informales debiesen ser libres de riesgo para el denunciante, sin posibilidad alguna para que los implicados en los abusos actúen en contra de los intereses de los individuos que buscan ayuda.

II. FORO



El foro en que se determinen judicialmente los derechos del denunciante debe estar libre de conflictos de interés institucionalizado y operar bajo reglas de debido proceso que permitan un “justo juicio” (day in court). Las historias de comisiones administrativas han sido tan desfavorables que las supuestas audiencias públicas llevadas a cabo en dicho foro pueden ser vistos como trampas para los denunciantes, tanto en percepción como en realidad.



10. El derecho a un “día en corte” (day in court) genuino

Este criterio requiere que existan los derechos normales de un debido proceso judicial, los mismos derechos que existen para los ciudadanos en general que son agraviados por una ilegalidad o abuso de poder. Estos elementos incluyen la oportunidad de la decisión, un “juicio justo” (day in court) con testigos y el derecho a enfrentar a los acusadores, reglas de procedimiento objetivas y equilibradas, y plazos razonables. Como mínimo, debieran existir sistemas internos estructurados para permitir la autonomía y la libertad frente a conflictos de interés institucionalizados. Esto es particularmente importante para las etapas preliminares de revisión informal o interna que están inherentemente afectas a conflictos de interés, como la revisión de acciones por parte de la Oficina de Administración de Recursos Humanos (Office of Human Resources Management). En caso contrario, en vez de tener un efecto cautelar, dichas actividades son susceptibles de convertirse en investigaciones sobre el denunciante y la base probatoria para atacar el caso de ese individuo en el eventual caso de que el caso llegue a la justicia.



11. La opción de acudir a un mecanismo de resolución alternativa de controversias, con un tercero independiente designado de mutuo acuerdo por las partes.

La resolución de disputas mediante un tercero independiente puede ser un foro más expedito y menos costoso para los denunciantes. Por ejemplo, los arbitrajes entre trabajadores y gerencias han sido altamente efectivos cuando las partes comparten los costos y seleccionan de mutuo acuerdo a quien tomará las decisiones, mediante un proceso de “descarte” (strike). Puede permitir la resolución independiente y justa de las disputas que involucran al denunciante, y a la vez eludir la discusión sobre si las Organizaciones Intergubernamentales pueden renunciar a su inmunidad ante los sistemas legales de carácter nacional. Se contempla como una opción normal para resolver casos de represalias en la ley de protección del denunciante de los EE. UU.

III. REGLAS PARA PREVALECER



Las reglas para obtener controlan el destino del juicio. Son las “pruebas” (tests) que un denunciante debe pasar para probar que una represalia ilegal violó sus derechos y, últimamente, ganar.



12. Estándares realistas para probar la infracción de derechos

La ley de protección de denunciantes del sector público de los EE. UU. de 1989 reemplazó algunas cargas de la prueba anticuadas y poco razonables, que hacían irremediablemente poco realista la posibilidad de que los denunciantes prevalecieran al momento de defender sus derechos. Esta “prueba” (test) que ha sido adoptada en el Derecho Internacional, en estándares profesionales genéricos de organizaciones intergubernamentales (tales como las Naciones Unidas).

Este estándar global emergente consiste en que el denunciante debe aportar indicios que generen una “presunción legal de infracción” (prima facie case), al establecer mediante una “preponderancia de evidencias” (preponderance of evidence) que la conducta protegida fue un “factor contribuyente” en la situación de discriminación escrutada.

La discriminación no necesita incluir represalias, sino que sólo debe ocurrir “por motivo de” la denuncia. Una vez que ha operado la presunción legal, la carga de la prueba recae sobre la organización, que debe demostrar mediante pruebas claras y convincentes que hubiera tomado la misma acción por razones independientes y legítimas incluso en ausencia de la actividad protegida.

Desde que el gobierno de los EE. UU. cambió la carga de la prueba en sus leyes sobre denunciantes, la tasa de éxito se incrementó de 1-5 por ciento anual a 25-33 por ciento, lo cual da a los denunciantes una real posibilidad de defenderse de manera exitosa.

Varios países que resuelven las disputas de denunciantes en sede laboral tienen presunciones legales con requisitos similares. Sin embargo, no hay alternativa a implementar una de estas fórmulas probadas para determinar las pruebas que el denunciante debe aportar para ganar y obtener una sentencia que declare la infracción de sus derechos.



13. Un periodo razonable para ejercer derechos

Aunque algunas leyes requieren que los trabajadores actúen dentro de 30-60 días o caducan sus derechos, la mayor parte de los denunciantes ni siquiera se enteran cuáles son sus derechos dentro de ese periodo. Seis meses es el plazo de prescripción mínimo para que se puedan ejercer los derechos. Los plazos de prescripción de un año son consistentes con los derechos regidos por el “derecho común” (common law) y, por tanto, preferibles.

IV. REMEDIOS LEGALES PARA DENUNCIANTES QUE GANAN



Lo esencial para la efectividad de un régimen legal de compensaciones es determinar si se hace justicia, para que la víctima obtenga un beneficio neto como para que el infractor sea sancionado.



14. Indemnización sin “vacíos legales”

Si un denunciante prevalece, la “indemnización” (relief) debe comprender todos los “daños” (consecuencias) directos, indirectos y futuros asociados a la represalia. En algunas instancias, esto implica la relocalización o el pago de cuentas médicas, por los daños a la integridad física y psíquica resultantes del acoso. Fuera de contextos de trabajo, requeriría la relocalización, protección de identidad, o fin de las acciones legales en contra del denunciante.



15. Medidas cautelares

Durante la tramitación (administrativa o judicial) del caso, debiesen otorgarse medidas cautelares a los trabajadores que prevalecen. Sistemas anti-represalias que aparentan ser expeditos en el papel, comúnmente se arrastran por años en la práctica. El triunfo final puede convertirse en una mera reivindicación académica para denunciante desempleados y en listas negras, insolventes a la espera del triunfo. Las medidas cautelares debiesen otorgarse después de una “evaluación preliminar del caso” (preliminary determination). Incluso después de triunfar en audiencia o juicio, un denunciante desempleado puede quedar arruinado esperando el término del proceso de apelación, que frecuentemente se arrastra por años.



16. Cobertura para honorarios de abogados

Los honorarios de abogados y costos asociados a la litigación debiesen ser cubiertos para todos quienes prevalezcan en el fondo. En caso contrario, los denunciante no podrían costear el ejercicio de sus derechos. Los honorarios debiesen ser cubiertos si el denunciante obtiene la indemnización pretendida, incluso si no es otorgada en virtud de una orden legal en contexto litigioso. Si no, las organizaciones pueden y efectivamente han optado por llegar a acuerdos extrajudiciales, evitando el pago de costas alegando que la demanda del denunciante fue irrelevante para el resultado final. Los denunciante afectados pueden verse arruinados por este tipo de triunfo, ya que los honorarios de abogados pueden alcanzar sumas que superan sus salarios anuales.



17. Opción de traslado

No es realista esperar que el denunciante vuelva a trabajar para un jefe a quien acaba de derrotar en juicio. Aquellos que terminan prevaleciendo deben poder optar por un traslado para tener una real oportunidad de empezar de nuevo. Esta opción previene la ocurrencia de represalias repetitivas, que cancelan el impacto de los resultados del ejercicio de sus “derechos” (institutional rights).



18. Responsabilidad civil personal por represalias

Para disuadir la repetición de represalias, es indispensable que se hagan personalmente responsables a los individuos que han ejercido las represalias contra el denunciante. En caso contrario, los gerentes no tienen nada que perder al llevar adelante el trabajo sucio del acoso. Lo peor que les podría pasar es que no se saldrían con la suya, y bien podrían ser recompensados por tratarlo. La opción más efectiva para prevenir las represalias es establecer la responsabilidad civil personal de los infractores por todos los daños causados. La Ley Modelo de la OEA incluso extiende dicha responsabilidad civil a todos aquellos que, de mala fe, omiten brindar protección al denunciante. Otra opción es permitir que los denunciantes reconvenzan frente a la acción disciplinaria, incluyendo la opción de pedir el término de la relación contractual. Algunos países, tales como Hungría y los EE. UU. (en escenarios específicos, como “obstrucción a la justicia” – obstruction of justice–), imponen potencialmente una responsabilidad penal por represalias en contra del denunciante.

Algunos Bancos de Desarrollo Multilaterales han creado sistemas híbridos de responsabilidad, que protegen indirectamente a los denunciantes de acoso por parte de los contratistas del banco correspondiente. Las políticas de los bancos consideran sanciones o incluso dejar de hacer negocios con contratistas que incurren en represalias en contra de denunciantes.

V. HACIENDO LA DIFERENCIA



Los denunciantes arriesgan represalias cuando quieren corregir abusos de poder, o cualquier otra forma de infracción, que atenten contra el interés público. Numerosos estudios han confirmado esta motivación. Esto también es lo que importa a las instituciones afectadas y al público general – los resultados positivos para la comunidad. De lo contrario, el meollo de una disputa con ocasión de una represalia se limitaría a si hubo una injusticia a nivel personal. Los parlamentos aprueban de forma unánime las leyes sobre denunciantes para hacer una diferencia respecto del interés de la sociedad no del mero interés personal del denunciante.



19. Un proceso de acciones correctivas creíble

Sea mediante “números telefónicos para recibir denuncias” (hotlines), “defensores del pueblo” (ombudsmen), oficiales de cumplimiento u otros mecanismos, el objetivo de efectuar una denuncia por un sistema interno es darles a los ejecutivos la oportunidad de limpiar la casa, antes de que las materias denunciadas se conviertan en escándalos o desemboquen en procedimientos administrativos o judiciales. Además de una investigación realizada de buena fe, dos elementos adicionales son necesarios para alcanzar la legitimidad.

Primero, el denunciante que develó los abusos debiese tener oportunidad para revisar y comentar el borrador de informe que se pronunciará sobre la supuesta infracción, para evaluar si se ha obrado de buena fe. A pesar de que los denunciantes son informantes más que investigadores, como regla general ellos resultan ser los testigos más conocedores y preocupados del proceso. En la ley de protección del denunciante de los EE. UU., sus comentarios críticos han llevado a mejoras significativas y cambios en las conclusiones. No debiesen ser silenciados en la etapa final de la resolución oficial de la supuesta infracción por cuya denuncia han arriesgado sus carreras.

Segundo, la transparencia debiese ser obligatoria. Las reformas secretas son un oxímoron. Como resultado, a menos que el denunciante elija mantener su anonimato, tanto el informe final como los comentarios del denunciante debiesen constar en el registro público, publicado en el sitio web de la organización.

Otra herramienta vital en casos de infracciones reiteradas es el poder de obtener una resolución de un tribunal u otro cuerpo objetivo que ordene el cese de las infracciones o requiera acciones correctivas específicas. La obvia analogía para las

Organizaciones Intergubernamentales es la habilidad de poder presentar un caso ante Mecanismos de Revisión Independientes o Paneles de Inspección, lo mismo que podría hacer un ciudadano de fuera de la organización que se vea agraviado por sus infracciones.



20. Revisión

Los criterios anteriores son para evaluar las leyes sobre denunciantes en el papel. Desafortunadamente, debido a ambigüedades, dependencia en oficiales de mala fe para su cumplimiento, o resistencia cultural, en muchas instancias estos nuevos derechos en la práctica pueden significar verdaderas trampas, que victimizan a los ingenuos que recurren a ellos. Todas las leyes sobre los denunciantes debiesen incluir procesos de revisión formal que lleven la cuenta de cuántas personas han hecho uso de los nuevos derechos, de si han probado ser efectivos empíricamente, y qué cambios debiesen llevarse a cabo sobre la base de las lecciones aprendidas.