



Asamblea General

Distr. general
8 de septiembre de 2015
Español
Original: inglés

Septuagésimo período de sesiones

Tema 73 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

Nota del Secretario General**

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. David Kaye, presentado de conformidad con la resolución 25/2 del Consejo de Derechos Humanos.

* A/70/150.

** El presente documento fue presentado con retraso debido a la necesidad de celebrar consultas con los asociados.



Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

Resumen

En este informe, que se presenta de conformidad con la resolución 25/2 del Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión se ocupa de la protección de las fuentes de información y los denunciantes de irregularidades. Toda persona goza del derecho de acceso a la información, que es una herramienta esencial para la participación pública en los asuntos políticos, la gobernanza democrática y la rendición de cuentas. En muchas situaciones, son las fuentes de información y los denunciantes de irregularidades quienes posibilitan el acceso a la información, por lo que merecen la mayor protección posible en la legislación y en la práctica. Partiendo de la legislación y la práctica nacional e internacional, el Relator Especial pone de relieve los elementos fundamentales de un marco para la protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	4
II. Derecho de acceso a la información	5
A. Fundamento jurídico	5
B. Restricciones al derecho a la información	7
III. Protección de las fuentes de información	9
A. Norma de confidencialidad	9
B. Quiénes pueden invocar la confidencialidad de la fuente	10
C. Naturaleza y alcance de la protección	13
IV. Protección de los denunciantes de irregularidades	15
A. Protección jurídica de los denunciantes de irregularidades	15
B. La denuncia de irregularidades y la seguridad nacional	21
C. La denuncia de irregularidades en las organizaciones internacionales	24
V. Conclusiones y recomendaciones	26
A. Recomendaciones a los Estados	27
B. Recomendaciones a las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales	29

I. Introducción

1. En cuestiones de interés público, ¿cómo se tiene conocimiento de información que permanece oculta de modo injustificado? En algunas situaciones, los mecanismos formales de supervisión y las leyes que regulan el acceso a la información obligan a que esta se divulgue. Sin embargo, incluso cuando existen, esos mecanismos no siempre son eficaces. Es probable que se necesiten otros enfoques, ya que, por regla general, los secretos no se divulgan por sí solos. Por el contrario, la divulgación suele exigir tres elementos básicos: una persona con información que quiere y puede arrojar luz sobre lo que está oculto; un comunicador o una plataforma de comunicación que permita difundir esa información; y un sistema jurídico y una cultura política que protejan efectivamente a ambos. Sin esa combinación —fuente, difusión y protección— lo más normal es que lo secreto se mantenga oculto y, cuanto más oculto permanezca, menos probable será que las autoridades rindan cuentas de sus actos y los ciudadanos puedan tomar decisiones con conocimiento de causa sobre las cuestiones que más les afectan a ellos y a sus comunidades.

2. Esos son los principales criterios para el establecimiento de marcos jurídicos y políticos que promuevan y garanticen el acceso a la información y protejan a las personas y organizaciones que suelen hacer posible ese acceso. Pese a los avances formales, los gobiernos, las organizaciones internacionales y las entidades privadas a menudo persiguen a quienes revelan información secreta, en particular cuando sacan a la luz denuncias o verdades incómodas. Quienes desean llamar la atención sobre conductas ilícitas pueden encontrarse con que los canales internos están bloqueados, los órganos de supervisión son ineficaces y no hay protección jurídica disponible. La falta de instancias donde acudir a menudo obliga a quienes denuncian irregularidades a convertirse en fuentes de divulgación pública, lo que puede hacerlos vulnerables a ataques. Las tendencias internacionales, regionales y nacionales hacia el logro de una mayor protección formal no se traducen necesariamente en una protección eficaz para las fuentes y los denunciantes de irregularidades. La ineficacia de la protección es el resultado de factores como la existencia de lagunas en las leyes; una preferencia por el secreto frente a la participación pública; una tecnología que facilita que las instituciones vulneren la privacidad y el anonimato; la aplicación demasiado amplia de restricciones que, en otro contexto, son legítimas; y las sospechas o la hostilidad hacia las fuentes, los denunciantes de irregularidades y los periodistas que hacen que esa información se conozca.

3. La divulgación de información secreta abarca un amplio espectro, y mientras que algunos casos, como las revelaciones de Edward Snowden sobre ciertas prácticas de vigilancia, tienen repercusiones profundas y duraderas en la legislación, la práctica y la política, otros apenas atraen atención y generan respuesta. Si bien el presente informe puede interpretarse a la luz de todos esos casos, el Relator Especial no analiza en él situaciones específicas, sino que, por el contrario, pretende destacar los principales elementos que deberían formar parte de cualquier marco de protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades que se ajuste al derecho a la libertad de expresión. El Relator comienza por examinar el derecho de todos a recibir información de todo tipo, especialmente la que obra en poder de los organismos públicos. A continuación, destaca los principales elementos de los marcos jurídicos internacionales para la protección de las fuentes y los denunciantes

de irregularidades, al tiempo que describe la práctica de los Estados, los mecanismos internacionales y regionales y las iniciativas no gubernamentales. El informe concluye con una serie de recomendaciones.

4. Como parte de los preparativos para la elaboración del presente informe, se envió un cuestionario a los Estados donde se solicitaban aportaciones sobre las leyes y prácticas nacionales, al que respondieron 28 Estados¹. Las organizaciones de la sociedad civil y los particulares también contribuyeron con información de importancia crítica. Las respuestas de los Estados y la información presentada, así como una serie de recomendaciones sobre nuevas investigaciones acerca de las mejores prácticas, que no pudieron citarse en el informe, están disponibles en la página web del Relator Especial². El 11 de junio de 2015, en una reunión convocada en Viena se examinaron los conocimientos académicos y de la sociedad civil en materia de protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades³. El Relator Especial expresa su agradecimiento a todos los que hicieron contribuciones a la preparación del presente informe.

II. Derecho de acceso a la información

A. Fundamento jurídico

5. 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 fronteras. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra los mismos derechos en su artículo 19, en el que se hace hincapié en que la libertad se aplica a informaciones e ideas de toda índole. Las fuentes y los denunciantes de irregularidades gozan del derecho a difundir información, pero su protección jurídica cuando revelan información al público se basa especialmente en el derecho de este a recibirla. Ese derecho ha sido subrayado por anteriores relatores especiales y expertos de los sistemas europeo, africano e interamericano⁴. Como se indica en la Observación general núm. 34 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, dicho artículo se extiende a la información de todos los organismos públicos, ya sean de carácter legislativo, ejecutivo o judicial, y se aplica a otras entidades cuando ejercen funciones públicas (párrs. 7 y 18). El derecho a recibir información sirve de fundamento a varios

¹ Hasta agosto de 2015, habían respondido los siguientes Estados: Alemania, Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Cuba, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Georgia, Ghana, Guatemala, Irlanda, Kazajstán, Marruecos, Mauritania, Noruega, Omán, Países Bajos, República de Corea, Suiza, Suriname, Trinidad y Tabago, y Turquía.

² Véase www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/ProtectionOfSources.aspx.

³ La reunión fue organizada conjuntamente por el Instituto Internacional de la Prensa y el Gobierno de Austria, con el generoso apoyo de este último.

⁴ Véase, por ejemplo, la declaración conjunta del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la libertad de los medios de comunicación y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos sobre la libertad de expresión (1999) (E/CN.4/2000/63, anexo I).

principios que subyacen a los derechos humanos y los alientan⁵. En este sentido, promueve la capacidad de las personas de buscar información de todo tipo, lo que permite formular opiniones al amparo de cualquier injerencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 1) del Pacto. Asimismo, alienta la participación en los asuntos públicos, que está protegida de forma independiente por el artículo 25 del Pacto⁶. Por último, fomenta la rendición de cuentas, aumentando el costo que podría llevar aparejada la comisión de irregularidades.

6. Los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos también promueven el derecho del público a recibir información⁷. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a velar por que los niños tengan acceso a información a fin de apoyar el desarrollo individual y la capacidad de participar en la vida pública (art. 17). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados partes a promover formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información (art. 9 2) f)). El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos han puesto de relieve la importancia del derecho de acceso a la información para la realización de los derechos sociales y económicos (véanse A/HRC/20/15 y A/HRC/23/36). El derecho se refleja también en las normas internacionales sobre el medio ambiente, los esfuerzos para combatir la corrupción y el desarrollo⁸.

7. Los órganos internacionales, reconociendo el papel que desempeñan los medios de comunicación en la prestación de acceso a la información, hacen hincapié en la importancia de proteger a unos “medios de prensa y otros medios de comunicación libres y exentos de censura y de trabas” (véase la Observación general núm. 34 del Comité de Derechos Humanos, párr. 13). El derecho a la información está fundamentado en el derecho del público a conocer “información de interés público” (véase A/68/362, párr. 19). El Consejo de Seguridad ha afirmado que la labor de unos medios de comunicación libres, independientes e imparciales constituye una de las bases esenciales de una sociedad democrática (véanse las resoluciones del Consejo 2222 (2015) y 1738 (2006)). La Asamblea General, en 2014 y 2015, exhortó a los Estados a mantener un entorno seguro para que los periodistas pudieran realizar su trabajo de forma independiente y sin injerencias indebidas (véanse las resoluciones de la Asamblea 68/163 y 69/185). En su primera resolución sobre la protección de los periodistas, aprobada en 2012, el Consejo de Derechos Humanos destacó la necesidad de asegurar mayor protección para todos

⁵ Véase artículo 19, *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation* (Londres, 1999).

⁶ Véase la Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho de voto y el derecho a la igualdad de acceso a la administración pública; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006); y A/HRC/14/23, párr. 31.

⁷ Véanse la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 10.

⁸ Véanse la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, principio 10; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 13; y “Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (resolución 69/315 de la Asamblea General, anexo).

los profesionales de los medios de información y para las fuentes periodísticas (véase la resolución 21/12 del Consejo).

B. Restricciones al derecho a la información

8. Al aprobar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras medidas, los gobiernos no excluyeron la posibilidad de que cierto tipo de información quedara fuera del alcance del público; sin embargo, como el artículo 19 promueve tan claramente el derecho a acceder a información de toda índole, corresponde a los Estados justificar cualquier retención de información como excepción a ese derecho. El artículo 19 3) establece que toda restricción de la libertad de expresión debe estar fijada por la ley y ser necesaria para alcanzar uno o más de los objetivos legítimos enumerados, que se refieren al respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional o del orden público o la salud o la moral públicas (véase A/HRC/29/32, párrs. 30 a 35). Las limitaciones deben aplicarse estrictamente para no “poner en peligro el derecho propiamente dicho” (véase Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 34, párr. 21), cuestión en la que el Consejo de Derechos Humanos hizo hincapié cuando instó a los Estados a que no limitaran la libre circulación de la información y las ideas (véase la resolución 12/16 del Consejo).

9. Tres consideraciones merecen especial atención. En primer lugar, para ser necesaria, una restricción debe proteger un interés legítimo específico del daño real o la amenaza de daño que de otro modo se produciría. Por consiguiente, las afirmaciones vagas o generales de que es necesaria una restricción son incompatibles con el artículo 19. Por muy legítimo que, en principio, pueda ser un interés particular, esas mismas categorías se utilizan ampliamente para encubrir información que el público tiene derecho a conocer. No es legítimo limitar la revelación de información para protegerse contra la vergüenza o la divulgación de irregularidades, o para ocultar el funcionamiento de una institución⁹.

10. En segundo lugar, atendiendo al criterio de proporcionalidad, que es un elemento para probar el grado de necesidad que goza de gran aceptación, debe demostrarse que la revelación impone un riesgo específico de daño a un interés legítimo del Estado que prevalece sobre el interés del público en que la información se divulgue. Si una revelación no lesiona un interés legítimo del Estado, no existen motivos para que la información se suprima o se impida al público acceder a ella (véase la Observación general núm. 34 del Comité de Derechos Humanos, párr. 30). Cabría presumir que algunas cuestiones deben considerarse de interés público, como las infracciones penales y las violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, la corrupción, la seguridad pública y los daños ambientales, y el abuso de los cargos públicos¹⁰. La importancia del interés público

⁹ Véase artículo 19, Centro Internacional contra la Censura, *Principios de Johannesburgo sobre seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información*, principio 2 b), en E/CN.4/1996/39, anexo. Véanse también A/HRC/20/17, A/HRC/13/37 y A/HRC/29/32.

¹⁰ Véanse los Principios Mundiales sobre la Seguridad Nacional y el Derecho a la Información, principio 37; y Maeve McDonagh, “The public interest test in FOI legislation”, disponible en www.right2info.org/resources/publications/eu-mcdonagh-maeve-the-public-interest-test-in-foi-legislation/view.

se ha recalcado en reiteradas ocasiones en otros mecanismos regionales¹¹. Las leyes nacionales relativas al derecho a la información también suelen contemplar que se realice un análisis del interés público¹².

11. En tercer lugar, las restricciones al acceso a la información no deben dejarse exclusivamente a la discreción de las autoridades. Las restricciones deben redactarse de forma clara y restrictiva, con el fin de proporcionar orientación a las autoridades, y estar sometidas a una supervisión judicial independiente (véase A/HRC/29/32, párrs. 29 a 33). Diferentes niveles internos de supervisión gubernamental deberían velar por que las restricciones al acceso a la información se ajusten a las normas del artículo 19 y las leyes nacionales conexas.

12. El acceso efectivo a la información comienza con la forma en que los gobiernos categorizan o clasifican la información como secreta o excluyen de cualquier otro modo su divulgación. Los excesos en materia de clasificación se producen cuando funcionarios consideran secreto determinado material sin evaluar correctamente el interés del público en acceder a él ni determinar si la divulgación podría plantear riesgos para un interés legítimo. El secreto solo debe imponerse en relación con información cuya divulgación podría perjudicar un interés específico contemplado en el artículo 19 3); incluso aunque hubiera un riesgo de daño, debería existir un proceso para determinar si el interés público en revelar la información prevalece sobre ese riesgo. Deben estudiarse y aprobarse procesos que permitan la evaluación de las decisiones de clasificación, en el seno de las instituciones y por parte del público, e incluyan sanciones en caso de excesos de clasificación, a fin de garantizar el mayor acceso posible a la información en interés del público. La Constitución de Suecia y su Ley de Libertad de Prensa tal vez representen una plasmación acertada del principio de máxima divulgación en lo que respecta al acceso a la información en poder de los organismos públicos, ya que protege el derecho de todos los funcionarios públicos a comunicar información y, salvo en ciertas situaciones concretas, prohíbe que los funcionarios públicos sancionen a otros por comunicar información fuera de sus instituciones.

13. Aunque en el presente informe el Relator Especial evalúa los marcos jurídicos, la ley por sí sola es base necesaria pero no suficiente para la protección de cualquier derecho en el marco de la libertad de expresión. Un sólido marco formal sobre el derecho a la información no basta para superar una cultura oficial del secreto y la inobservancia de los principios del estado de derecho. La protección requiere una cultura política y burocrática que valore la transparencia y la participación pública. La infraestructura básica de la protección está integrada por un poder judicial y una profesión jurídica independientes, un acceso a la justicia amplio y no discriminatorio y la existencia de una capacidad básica para asegurar el cumplimiento de la ley y de una voluntad de hacer frente a los actos de violencia e intimidación.

¹¹ Véase Consejo de Europa, recomendación CM/Rec(2014)7, pág. 5; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África, principios IV 2) y XII 2); y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 10.

¹² Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Eslovenia, *Ranc v. Ministry of Internal Affairs*, 10 de octubre de 2007.

III. Protección de las fuentes de información

A. Norma de confidencialidad

14. Toda persona ha de contar con información bien documentada para formarse opiniones fundamentadas sobre las cuestiones de interés público. Las organizaciones profesionales de información subrayan que las fuentes identificadas son preferibles a las anónimas¹³. Sin embargo, los periodistas a menudo dependen de fuentes a las que prometen confidencialidad porque se arriesgan a sufrir represalias u otros daños si son descubiertas¹⁴. Sin protección, muchas voces permanecerían en silencio y el público no obtendría información.

15. El derecho internacional de los derechos humanos ha elaborado principios bien establecidos que protegen la confidencialidad de las fuentes. A nivel internacional, esas normas se derivan de las garantías del derecho a buscar, recibir y difundir información, que aparece consagrado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos celebra la “función vital de fiscalización pública que ejerce la prensa” como factor que subyace a la protección de las fuentes y ha establecido un alto nivel de protección para los periodistas que informan sobre cuestiones de interés público¹⁶. En mayo de 2015, el Tribunal de Justicia de África Oriental dictaminó que los periodistas no podían ser obligados a revelar sus fuentes por la mera razón de que la información facilitada estuviera relacionada con la seguridad o la defensa nacionales¹⁷. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que “todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”¹⁸. La Comisión Africana de

¹³ Véase Comité Asesor de Ética de la Asociación Canadiense de Periodistas, “Ethics guidelines” (2011). Véanse también Reuters, “The essentials of Reuters sourcing”; y One Caribbean Media Limited, “Statement of Editorial Principles and Operational Guidelines”.

¹⁴ Véanse, por ejemplo, David Banisar, “Silencing sources: an international survey of protections and threats to journalists’ sources” (Privacy International Global Survey Series, 2007); y Julie Posetti, “Protecting journalism sources in the digital age”, serie sobre la libertad en Internet de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (UNESCO Publishing, 2015).

¹⁵ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 33; y la Observación general núm. 34 del Comité de Derechos Humanos, párr. 45. Véase también Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, “Declaración conjunta sobre difamación de religiones y sobre legislación antiterrorista y antiextremista” (2008).

¹⁶ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Goodwin v. United Kingdom*, demanda núm. 17488/90, sentencia de 27 de marzo de 1996, párr. 39; *Sunday Times v. United Kingdom*, demanda núm. 6538/74, sentencia de 26 de abril de 1979; y *Tillack v. Belgium*, demanda núm. 20477/05, sentencia de 27 de febrero de 2007.

¹⁷ Véase *Burundi Journalists Union v. Attorney General of the Republic of Burundi*, Tribunal de Justicia de África Oriental, causa núm. 7/2013, sentencia de 15 de mayo de 2015, párrs. 107 a 111.

¹⁸ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 8. La Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión ha declarado que “las fuentes y los materiales relacionados con la divulgación de información reservada deben ser protegidos por la ley”,

Derechos Humanos y de los Pueblos ha declarado que “los profesionales de los medios de comunicación no estarán obligados a revelar fuentes confidenciales de información o divulgar otros materiales que obren en su poder con fines periodísticos”, salvo en ciertos casos excepcionales concretos¹⁹. El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda a los Estados que proporcionen una “protección clara y explícita del derecho de los periodistas a no revelar información que identifique a una fuente”²⁰. Los tribunales penales internacionales también protegen a las fuentes²¹.

16. Los sistemas jurídicos nacionales también han adoptado ampliamente la norma de la protección de la confidencialidad. Un ejemplo de firme compromiso con la protección jurídica se encuentra en Estonia, cuya Ley de Servicios de los Medios de Comunicación de 2010 establece que quienes “trabajen con información para fines periodísticos tendrán derecho a no revelar datos que permitirían identificar a la fuente de información” (art. 15 1)). El Código de Procedimiento Penal de Alemania, de 1987, reconoce el derecho a negarse a testificar por razones profesionales (art. 53, párrs. 1) 5) y 2)). En Suecia, la Ley Fundamental de Libertad de Expresión de 1991 prohíbe que los periodistas revelen sus fuentes y tipifica como delito la revelación no consentida de la identidad de las fuentes (cap. 2, arts. 3 a 5). La Constitución de Cabo Verde garantiza que “los periodistas no serán obligados a revelar sus fuentes de información” (art. 48 8)). La Argentina, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chile, Colombia, Filipinas, la India y Mozambique son algunos de los muchos Estados cuya legislación reconoce el principio de la protección de las fuentes²².

B. Quiénes pueden invocar la confidencialidad de la fuente

17. Las fuentes confidenciales recurren a otros para que invoquen en su nombre el derecho a la confidencialidad. Históricamente, los Estados han permitido a los periodistas, como grupo profesional, que invoquen tal derecho, pero la revolución en los medios de comunicación y en la información en los 20 últimos años exige que se reconsideren esas limitaciones. El artículo 19, que protege la libertad de expresión por cualquier medio, exige que los Estados tengan en cuenta un entorno actual que se ha ampliado más allá de la prensa impresa y los medios de difusión tradicionales. La protección de que deben gozar las fuentes ha de basarse en la función de recopilación y difusión, y no simplemente en el ejercicio específico de la

véase *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013: Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, vol. II (Washington D.C., 2013), cap. IV, párr. 171.

¹⁹ Véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África, principio XV.

²⁰ Véase Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación núm. R (2000) 7, apéndice, principio 1.

²¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin and Momir Talic*, causa núm. IT-99-36-AR73.9, sentencia de 11 de diciembre de 2002.

²² Véanse Constitución de la Argentina (1994), art. 43; Ley de Protección contra la Difamación de Bosnia y Herzegovina, art. 9; Bulgaria, Ley de Radio y Televisión (1998), art. 10 1) 3); Chile, Ley 19.733 de 2001, art. 7; Constitución de Colombia (1991), arts. 73 y 74; India, Ley por la que se Modifica la Ley de Protección de los Denunciantes de Irregularidades (2015), art. 6; Constitución de Mozambique (2005), art. 48 3); Filipinas, Ley de la República núm. 53, modificada por la Ley de la República núm. 1447.

profesión de “periodista”. La práctica del periodismo la llevan a cabo “analistas y reporteros profesionales y de dedicación exclusiva, autores de blogs y otros que publican por su propia cuenta en medios de prensa, en Internet o por otros medios” (Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 34, párr. 44).

18. En la actualidad, los periodistas y otros “comunicadores sociales” pueden invocar el derecho de confidencialidad de las fuentes²³. Hay personas que no son periodistas que informan al público y llevan a cabo una “función vital de fiscalización pública”. Con frecuencia cada vez mayor, los órganos internacionales recurren a términos más generales que “periodista”, como por ejemplo “profesionales de los medios de comunicación” o “trabajadores de los medios de comunicación”²⁴. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se refiere a quienes “se dedican a actividades de comunicación”²⁵ y la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la libertad de los medios de comunicación hace alusión a los “nuevos participantes en la labor periodística”²⁶. Como todos estos términos demuestran, se entiende que quienes desempeñan funciones periodísticas similares deben gozar del derecho de proteger a sus fuentes. El Consejo de Europa ha definido el término “periodista” desde el punto de vista funcional como “toda persona natural o jurídica que se dedica de forma periódica o profesional a la reunión y difusión de información al público a través de los medios de comunicación de masas”²⁷. A los efectos de la protección de las fuentes —contexto en el que, como ha señalado el Tribunal Supremo de Noruega, deberían existir las máximas garantías²⁸— cualquier persona o entidad que participe en la recopilación o reunión de información con el propósito de publicarla o divulgarla públicamente de cualquier otro modo debería estar autorizada a invocar el derecho de proteger la confidencialidad de una fuente. La dedicación periódica y profesional puede justificar la protección, pero su ausencia no debe ser un presunto impedimento para quienes reúnen información con el fin de difundirla públicamente²⁹.

19. Por ejemplo, hay dos categorías que van más allá de lo que se reconoce oficialmente como periodistas. En primer lugar, están quienes reflejan más fielmente el compromiso profesional con las labores de recopilación y difusión: miembros de organizaciones de la sociedad civil que llevan a cabo investigaciones y publican conclusiones, e investigadores —académicos, autores independientes, escritores autónomos y otros agentes— que participan periódicamente en la recopilación y el intercambio público de información. Es frecuente que esas personas adopten y publiquen metodologías que ponen de relieve el grado de profesionalismo en que se basa su labor. Muchas organizaciones no

²³ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principios 8 y 13.

²⁴ Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 27/5 y 21/12; la resolución 68/163 de la Asamblea General; y la resolución 1738 (2006) del Consejo de Seguridad.

²⁵ Véase la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África, principio XV.

²⁶ Véase el segundo comunicado sobre periodismo abierto. Disponible en www.osce.org/fom/128046?download=true.

²⁷ Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación núm. R (2000) 7, apéndice, definición a).

²⁸ Véase Tribunal Supremo de Noruega, causa núm. 2013/1196, referencia núm. HR-2013-2170-A (2013).

²⁹ Posetti, “Protecting journalism sources in the digital age”.

gubernamentales son a su vez editoras de contenidos bien documentados que, en la forma y en el fondo, son prácticamente idénticos a los que emanan de la prensa y que suelen ser el resultado de investigaciones, labores de reunión de información sobre el terreno y análisis exhaustivos³⁰. A menudo, los investigadores de derechos humanos se basan en fuentes que requieren confidencialidad por razones de seguridad³¹. Reconociendo un amplio ámbito de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que “las organizaciones no gubernamentales, como la prensa, pueden calificarse de organismos de ‘fiscalización’ social. A ese respecto, sus actividades exigen una protección similar a la que la Convención brinda a la prensa”³². La Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte reconoció a una organización no gubernamental, Global Witness, una exención de la Ley de Protección de Datos de ese país porque su labor, y la de otras organizaciones que no son medios de comunicación, “tiene un propósito periodístico, aun cuando no se trata de profesionales del periodismo, y la publicación forma parte de una campaña más amplia para promover una determinada causa”³³. En el Canadá, un juez del Tribunal Superior de Quebec confirmó el derecho de un investigador a proteger información confidencial³⁴.

20. En segundo lugar, hay “periodistas ciudadanos” y blogueros y otros “no profesionales” de los medios de comunicación que se dedican a investigar de forma independiente y difundir sus conclusiones a través de diversos canales de comunicación, desde medios impresos y audiovisuales a redes sociales y otras plataformas en línea³⁵. En su labor suelen utilizar métodos similares o idénticos, cuando no más rigurosos, que los empleados por los periodistas tradicionales. Algunos Estados han aprobado normas que les proporcionan una importante protección. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Irlanda, en la causa *Cornec c. Morrice y Ors*, declaró que los blogueros estaban facultados para reclamar la protección de las fuentes porque podían tener la consideración de “órganos de opinión pública” y porque el derecho a influir en la opinión pública podría peligrar si se les obligara a revelar sus fuentes³⁶.

³⁰ Véase, por ejemplo, www.hrw.org/about-our-research.

³¹ Véase *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 48135/06, sentencia de 25 de junio de 2013.

³² Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen Grundbesitzes v. Austria*, demanda núm. 39534/07, sentencia de 28 de noviembre de 2013.

³³ Véase la carta de la Oficina del Comisionado de Información a Global Witness, 15 de diciembre de 2014. Disponible en [www.globalwitness.org/sites/default/files/141215%20letter%20from%20ICO%20to%20GW%20\(2\)%20\(1\).pdf](http://www.globalwitness.org/sites/default/files/141215%20letter%20from%20ICO%20to%20GW%20(2)%20(1).pdf).

³⁴ Véase *Parent and Bruckert v. Her Majesty the Queen*, Provincia de Quebec Distrito de Montreal, causa núm. 500-36-006329-125, sentencia de 21 de enero de 2014. Véase también *Dotcom v. Her Majesty's Attorney-General*, Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, causa núm. [2014] NZSC 199, sentencia de 23 de diciembre de 2014.

³⁵ Véase A/65/284; véase también Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación CM/Rec(2011)7.

³⁶ Tribunal Superior de Irlanda, *Cornec v. Morrice and Ors*, 2012, párr. 66. Véase también Tribunal de Apelación de California, *O'Grady v. Superior Court (Apple)*, 2006.

C. Naturaleza y alcance de la protección

21. Algunas autoridades hacen referencia al “privilegio” periodístico de no revelar la identidad de una fuente, pero tanto el periodista como la fuente gozan de derechos que solo pueden limitarse en virtud del artículo 19 3)³⁷. Revelar la identidad de una fuente o coaccionar para que se la revele disuade de dar información, evita que otras fuentes informen con exactitud otras noticias y malogra una herramienta importante para la rendición de cuentas. Dada la importancia que se atribuye a la confidencialidad de las fuentes, toda restricción debería ser realmente excepcional y cumplir con las normas más estrictas, que solo podrá aplicar la autoridad judicial³⁸. Esas situaciones deberían limitarse a la investigación de los crímenes más graves o a la protección de la vida de otras personas³⁹.

22. Las leyes nacionales deberían asegurar que la protección se aplique estrictamente, y las excepciones deberían ser extremadamente limitadas. Con arreglo a la ley belga, un juez puede obligar a los periodistas y al personal editorial a revelar fuentes de información solamente si se trata de información que pueda servir para prevenir la comisión de delitos que representen una amenaza grave a la integridad física de una o más personas, y siempre que se haya comprobado que se cumplen las siguientes dos condiciones: a) que la información sea de fundamental importancia para prevenir la comisión de esos delitos; y b) que la información no pueda obtenerse por ningún otro medio. Las mismas condiciones se aplican a las medidas de investigación, como búsquedas, incautaciones y escuchas telefónicas, en relación con fuentes periodísticas⁴⁰.

23. La protección también debería servir para eliminar distintas amenazas que se presentan al mismo tiempo, y una de las principales es la vigilancia. La utilización ubicua de aparatos digitales electrónicos, sumada a la capacidad del gobierno de acceder a los datos y rastros que dejan todos esos aparatos, ha representado graves desafíos a la confidencialidad y anonimidad de las fuentes y los denunciantes de irregularidades⁴¹. El problema de la revelación no deliberada de fuentes por parte del propio periodista ha sido una característica recurrente de los casos más emblemáticos sobre fuentes periodísticas ocurridos en los últimos años, en los que el Gobierno de los Estados Unidos de América descubrió la probable identidad de fuentes gracias a registros telefónicos y de correo electrónico⁴². Los propios escritores se manifiestan preocupados porque su capacidad para proteger fuentes disminuye en una gran medida cuando se los vigila⁴³. Los tribunales nacionales y regionales de Europa han criticado acertadamente los criterios extrajurídicos que ponen en peligro la confidencialidad. La Suprema Corte de Casación de Italia, por ejemplo, protegió los registros telefónicos de un periodista porque eran

³⁷ Véase *Tillack v. Belgium*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 20477/05, sentencia del 27 de febrero de 2008.

³⁸ Véase Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación núm. R (2000) 7, apéndice, principios 3 y 5.

³⁹ Véase A/HRC/20/17, párr. 109. Véase también A/HRC/7/14.

⁴⁰ Véase Banisar, “Silencing sources”.

⁴¹ Véase Posetti, “Protecting journalism sources in the digital age”.

⁴² Véase, por ejemplo, *United States of America v. Sterling*, 724 F.3d 482 (2013).

⁴³ Véase PEN America, “Chilling effects: NSA surveillance drives U.S. writers to self-censor” (Nueva York, 2013); y Human Rights Watch y American Civil Liberties Union, “With liberty to monitor all: how large-scale U.S. surveillance is harming journalism, law and American democracy” (Nueva York, 2014).

manifiestamente útiles para identificar a quienes habían proporcionado información confidencial⁴⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó la importancia de proporcionar “la protección individual adecuada contra interferencias arbitrarias” que son consecuencia de la vigilancia⁴⁵. El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda que la interceptación, la vigilancia y otras búsquedas digitales “no deberían aplicarse si su finalidad es eludir” la protección de las fuentes⁴⁶.

24. Los periodistas a menudo sufren registros de sus personas, hogares u oficinas, por ejemplo, de sus papeles, discos rígidos y otros aparatos digitales. Además de las disposiciones normales que se aplican a esas búsquedas, deberían imponerse mayores restricciones cuando se trate de periodistas y otras personas que reúnan y difundan información⁴⁷. La Ley de Protección de la Privacidad de los Estados Unidos de 1980, por ejemplo, protege a los periodistas y otras personas de búsquedas e incautaciones relacionadas con el producto de su trabajo, en tanto que la Ley de Policía y Pruebas Penales de 1984 del Reino Unido deja al material periodístico fuera del alcance de las autoridades encargadas de secuestrarlo⁴⁸. El Código de Procedimiento Penal de Francia permite realizar búsquedas en las oficinas de los medios de comunicación solo cuando “esas investigaciones no violan la libertad de ejercer la profesión de periodista y no obstruyen ni demoran injustificadamente la distribución de la información”⁴⁹.

25. La protección de las fuentes se extiende más allá de la persona que denuncia directamente, y alcanza a los editores y demás personas que participan en la labor. En Noruega, la Ley de Litigios de 2005 establece que los editores y el personal de los medios de comunicación pueden negarse a proporcionar acceso a datos que indiquen quién es el autor de un artículo o a informar acerca de una publicación o de la fuente de la información que figura en ella. El Código Penal de Suiza proporciona una protección similar a quien se niegue a identificar fuentes; la Ley de Prensa de Turquía de 2004 establece que los propietarios de periódicos y los editores no pueden ser obligados ni a revelar las fuentes de sus noticias ni a prestar declaración testimonial legal sobre esa cuestión; la Ley de Prensa de 2006 en Angola extiende la protección a los editores e impide que se los obligue a revelar esa información⁵⁰.

⁴⁴ Véase la sentencia de la Suprema Corte de Casación, Sexta Sala en lo Penal, 21 de enero de 2004, núm. 85, relativa a la apelación interpuesta por Paolo Moretti contra una sentencia dictada por el Tribunal de Como.

⁴⁵ Véase *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 39315/06, sentencia de 22 de noviembre de 2012, párr. 90.

⁴⁶ Véase Consejo de Europa, recomendación del Comité de Ministros núm. R (2000) 7, apéndice, principio 6 a).

⁴⁷ Véase *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, Tribunal Supremo del Canadá, causa núm. 21629, informe núm. [1991] 3 S.C.R. 421; y Tribunal Constitucional Federal de Alemania Federal, 1 BvR 538/06, sentencia de 27 de febrero de 2007.

⁴⁸ Véase United States, Title 42 U.S. Code secc. 2000aa; Ley de Policía y Pruebas Penales, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1984).

⁴⁹ Código de Procedimiento Penal de Francia, art. 56-2.

⁵⁰ Véase Banisar, “Silencing sources”.

IV. Protección de los denunciantes de irregularidades

26. Los Estados han respondido al problema del ocultamiento de conductas ilícitas con leyes que protegen a quienes actúan para denunciarlas. Sin embargo, las personas que denuncian presuntas faltas de conducta siguen siendo objeto de acoso, intimidación, persecución y otras formas de represalias. Con demasiada frecuencia, los Estados y las organizaciones aplican medidas de protección solo en parte o no responsabilizan a quienes toman represalias contra los denunciantes. Además, con independencia de lo que establezca la ley, el derecho a la información también requiere que exista un sustrato sólido de normas sociales e institucionales que promuevan la denuncia de faltas de conducta u otra información en interés del público. El fortalecimiento de esas normas exige capacitación en todos los niveles de las organizaciones, así como declaraciones y políticas de apoyo por parte de los líderes políticos y empresariales, funcionarios de la administración civil internacional, tribunales y otras personas, y exige también que se asegure la rendición de cuentas en caso de que haya represalias.

A. Protección jurídica de los denunciantes de irregularidades

27. Al menos 60 Estados han adoptado alguna forma de protección contra quienes denuncian irregularidades como parte de sus leyes nacionales⁵⁰. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción protege a las personas que denuncian delitos de corrupción; el Consejo de Europa ha recomendado que se dé una protección amplia a quienes denuncian irregularidades y la Organización de los Estados Americanos ha adoptado una ley modelo sobre la protección de esos denunciantes⁵¹. Las organizaciones internacionales han adoptado medidas de protección que en cierto modo reflejan la práctica de los países. Los principios que se mencionan a continuación se fundan en el derecho internacional, la práctica de los Estados y distintos proyectos de la sociedad civil; sin embargo, no agotan las cuestiones jurídicas y políticas ni las relacionadas con la redacción de normas para establecer protecciones a quienes denuncian irregularidades.

1. La definición del término “denunciante de irregularidades” debería ser amplia y centrarse en las presuntas faltas de conducta

28. Las autoridades internacionales y las jurisdicciones nacionales adoptan distintas definiciones de denuncia de irregularidades. En el presente informe, el Relator Especial utiliza una definición amplia que incluye los distintos propósitos que se persigue con ese tipo de denuncias, en particular el derecho al conocimiento, la rendición de cuentas y la gobernanza democrática. A los fines del presente informe, una persona que denuncia irregularidades es alguien que revela datos y que, en el momento de divulgarlos, tiene la creencia razonable de que son ciertos y que constituyen una amenaza o daño a un interés público concreto, como la violación del derecho nacional o internacional, abusos de autoridad, malgasto, fraude o daño al medio ambiente, la salud o la seguridad pública.

⁵¹ Véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 33; Consejo de Europa, recomendación CM/Rec(2014)7, apéndice; Organización de los Estados Americanos, Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciante y Testigos (2013).

29. Las leyes de protección a menudo limitan la definición de denunciantes de irregularidades a quienes denuncian “en el contexto de una relación de trabajo”⁵². Sin embargo, es posible que una persona acceda a información que resulte de interés público incluso fuera de una relación de esa índole. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no restringe el concepto a quienes están enmarcados en una relación de empleo. También se encuentran definiciones amplias, por ejemplo, en la ley de Ghana, que protege a los empleados y “a toda persona” que revele información, y la ley india, que se refiere a “todo funcionario público o cualquier otra persona, incluida cualquier organización no gubernamental”⁵³. Entre los denunciantes de irregularidades que no actúen en el contexto de una relación de trabajo figuran quienes denuncian faltas de conducta en hospitales, padres que denuncian irregularidades en las escuelas de sus hijos y los propios estudiantes. Generalmente quien denuncia esos hechos tiene un empleo, pero dado que otros tipos de personas pueden denunciar presuntas irregularidades, por ejemplo consultores, pasantes, candidatos a puestos de trabajo, estudiantes, pacientes, y quienes no gozan de una relación que cuente con protección jurídica en una organización, no se recomienda establecer esa limitación⁵⁴.

30. Los mecanismos de protección deberían fomentar que se revele información y no requerir que los posibles denunciantes realicen un análisis preciso acerca de si las presuntas faltas de conducta merecen una sanción con arreglo a las leyes o políticas vigentes. De otro modo, la protección en sí misma sería inútil, ya que, por un lado, alentaría a que se divulgara información y, por otro, mostraría que existe la posibilidad de que quien lo haga sufra represalias. En general, establecer el requisito de que debería existir una creencia razonable de que se trata de una falta de conducta puede alentar a que se formulen denuncias basadas en la consideración ponderada de los hechos de los que tiene conocimiento el denunciante en el momento en que los da a conocer. Los denunciantes que, basándose en una creencia razonable, revelan información que resulta no ser correcta deberían de todos modos ser protegidos contra represalias.

31. Las motivaciones del denunciante en el momento de dar a conocer los hechos también deberían resultar irrelevantes a los efectos de realizar una evaluación de su situación de persona protegida⁵⁵. Las diferencias giran en torno a si debería incluirse la “buena fe” como elemento para formular la denuncia, y van de la exclusión de ese requisito o a su exigencia solo a los efectos de asignar una indemnización para casos de represalias, o a la inclusión tanto del elemento de la “buena fe” como de la creencia razonable⁵⁶. Sin embargo, la “buena fe” podría malinterpretarse y centrarse en la motivación del denunciante más que en la veracidad y pertinencia de la información que se divulga. No deberían importar las razones por las que el

⁵² Véase Consejo de Europa recomendación CM/Rec(2014)7, apéndice, definición a). Véase también la Ley de Divulgación en Interés Público del Reino Unido, de 1998.

⁵³ Véase Ghana, Ley de Denunciantes de Irregularidades 720, art. 12 (2006); India, Ley de Protección a los Denunciantes de Irregularidades, 2011, cap. II, art. 4 1).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, Serbia, proyecto de ley sobre la protección de los denunciantes de irregularidades (2013), art. 7.

⁵⁵ Véanse los Principios Mundiales sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información, principio 38. Según la Ley del Entorno Laboral de Noruega, la existencia de mala fe no excluye la legalidad de la denuncia.

⁵⁶ Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito Office, *United Nations Convention against Corruption: Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons* (Nueva York, 2015).

denunciante da a conocer la información siempre que considere que esa información es cierta. La ley irlandesa sirve de modelo al establecer que “la motivación para dar a conocer la información es irrelevante a los efectos de determinar si se trata de una revelación que merece protección”⁵⁷. La aplicación de las medidas de protección debería centrarse en la información de interés público que motiva la denuncia. Bosnia y Herzegovina, al abordar el problema, busca evitar el riesgo de que se haga hincapié en la motivación al definir la buena fe como la posición del denunciante “basada en hechos y circunstancias de los que tiene conocimiento y que considera ciertos”⁵⁸. En Zambia, la Ley de Divulgación de Información en Interés Público (2010) protege la información que da a conocer un empleado siempre que este tenga una creencia razonable, y solo considera que la motivación es pertinente cuando una persona revela información “a los fines de obtener una ganancia personal, siempre que no se trate del pago de una recompensa reconocida por alguna ley”⁵⁹.

2. Debería revelarse la información de interés público

32. La denuncia de irregularidades no siempre significa que se haya cometido una falta de conducta en particular, pero puede revelar información oculta que la sociedad tiene un interés legítimo en conocer. Las autoridades internacionales y los Estados a menudo otorgan una protección general si se revela información en interés público, o si se revela información de determinado tipo, o ambas cosas. El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda que los Estados protejan a quienes denuncien amenazas o un daño al interés público, que según establece “debe como mínimo incluir violaciones al derecho y los derechos humanos, así como riesgos a la salud y la seguridad públicas y al medio ambiente”⁶⁰. La ley de Zambia proporciona una definición amplia que cubre una serie de actos de mala administración, abuso de la confianza pública, delitos penales o infracciones disciplinarias, malgasto o fraude⁵⁹. La legislación de los Estados Unidos establece que debe tratarse de ciertas violaciones específicas de la ley, normas o reglamentaciones; mala administración flagrante; flagrante malgasto de fondos; abuso de autoridad; y constituir un peligro sustancial y concreto a la seguridad y la salud públicas⁶¹. Si bien el término “interés público” puede parecer demasiado amplio como fundamento de la protección que debería otorgarse a los denunciantes, un Estado podría definir “interés público” como un término que incluye información que hace un aporte al debate público, promueve la participación pública, expone faltas de conducta graves, mejora la rendición de cuentas o genera un beneficio para la seguridad pública⁶².

⁵⁷ Véase la Ley de Divulgaciones Protegidas de Irlanda, de 2014, parte 2, art. 5, 7).

⁵⁸ Véase Bosnia y Herzegovina, Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades en las instituciones de Bosnia y Herzegovina, art. 2 h).

⁵⁹ Véase Zambia, Ley de Divulgación de Información en Interés Público (Protección de los Denunciantes de Irregularidades) (2010), parte III, art. 22 a) ii).

⁶⁰ Véase Consejo de Europa, recomendación CM/Rec (2014)7, apéndice, secc. I (2), y memorando explicativo CM(2014)34 addfinal, párr. 43.

⁶¹ Véase la Ley de Mejora de la Protección del Denunciante de Irregularidades de 2012 y Ley de Protección de los Denunciantes de Irregularidades de 1989.

⁶² Véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Memorando de Arcadio Díaz Tejera, documento núm. 13293, 3 de septiembre de 2013, párr. 46. Ley de Divulgaciones Protegidas de Irlanda de 2014 enumera una lista de cuestiones que se consideran faltas de conducta.

33. Con independencia del enfoque que se adopte, los posibles denunciantes deberían poder entender fácilmente el alcance de esa protección. Las definiciones que utilizan un lenguaje demasiado jurídico pueden desincentivar a los posibles denunciantes a revelar los hechos porque no resulta claro qué incluye el marco de protección⁵⁶.

3. Los mecanismos institucionales internos y externos deberían proporcionar canales de protección eficaces para los denunciantes a fin de que se adopten medidas correctivas; a falta de dichos canales, debería protegerse y promoverse que se revele la información

34. Los mecanismos internos, cuando funcionan adecuadamente, sirven para que alguien que toma conocimiento de la comisión de una falta de conducta procure que una autoridad competente investigue los hechos. Esos mecanismos permiten que se centre la atención oportunamente en quienes quizás se encuentren en la mejor posición para abordar los problemas, aunque también proporcionan una base para lograr un equilibrio entre el interés legítimo que existe en preservar el secreto y la corrección de la falta de conducta. Sin embargo, los mecanismos internos presentan graves riesgos para los denunciantes. A menudo no prevén medidas sólidas que aseguren la confidencialidad y la independencia de la organización en que funcionan y colocan a los denunciantes en una situación en que pueden correr el riesgo de sufrir represalias. Muchos mecanismos son generalmente considerados ineficientes, de modo que el riesgo de sufrir represalias puede parecer demasiado grande y las posibilidades de tener éxito, escasas. Por esas razones, entre otras, los estudios sugieren que los empleados tienen relativamente poca confianza en los mecanismos de denuncia de irregularidades⁶³. Si los Estados tienen por finalidad establecer procedimientos de denuncia de irregularidades que reduzcan las posibilidades de que se revele información, deberían asegurarse de que los procesos para efectuar este tipo de denuncias sean eficaces y que se tenga confianza en que son plenamente independientes.

35. Cuando los denunciantes tienen una percepción razonable de que un proceso interno no contempla medidas de corrección y protección eficaces, deberían poder recurrir a otras dos vías para divulgar información. Una podría ser externa, aunque no pública, por ejemplo, un ombudsman que tenga facultades en todo el gobierno, o una institución u órgano de vigilancia legislativo. Bélgica, Irlanda, Nueva Zelandia, el Reino Unido y la República de Corea, entre otros, contemplan expresamente varios mecanismos de denuncia externos, aunque no públicos⁵⁶. La legislación de Ghana otorga protección en el caso de que la información se revele a casi 20 categorías de personas con autorización para recibir denuncias, además del empleador del denunciante⁶⁴. Asimismo, resulta fundamental que una vez que el denunciante haya revelado información fuera de su organización la ley no lo obligue a respetar ninguna obligación de confidencialidad preexistente debida al empleador.

36. Es posible que los denunciantes de irregularidades tengan razones para considerar que ningún mecanismo de vigilancia o mecanismo interno proporciona

⁶³ Véase Public Concern at Work and the University of Greenwich, *Whistleblowing: The Inside Story* (London, 2013); Stephen Bolsin, Rita Pal, Peter Wilmshurst y Milton Pena, "Whistleblowing and patient safety: the patient's or the profession's interests at stake?", *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 104, núm. 7 (julio de 2011).

⁶⁴ Véase Ghana, Ley de Denunciantes de Irregularidades 720, secc. 3 1) (2006).

una protección eficaz o que es improbable que actúe ante faltas de conducta. Es posible que ello deje a los denunciantes expuestos a sufrir represalias y que no se adopten medidas correctivas incluso en los casos en que el marco jurídico y los mecanismos formales parezcan proporcionar suficiente protección. Los denunciantes a menudo tienen dudas razonables acerca de si esa protección les será suficiente; cuanto más demuestre un Estado que como consecuencia de las denuncias que se hayan formulado se ha modificado el comportamiento de las instituciones, y la rendición de cuentas y protección individuales, más probable será que los denunciantes se abstengan de divulgar información. Cuando un gobierno procura juzgar o sancionar de algún otro modo a un denunciante debería recaer en el Estado la carga de demostrar que la percepción del denunciante de que no tendría protección o de que no se adoptarían medidas correctivas era irrazonable.

37. Cuando no existen otros mecanismos para revelar información sobre faltas de conducta o estos no son eficaces, el denunciante puede divulgar información sobre posibles irregularidades a entidades externas, por ejemplo, a los medios de comunicación o a otros interesados de la sociedad civil, o publicar la información él mismo. El denunciante que da a conocer públicamente la información en esas circunstancias debería ser protegido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta seis factores a los efectos de ponderar la legitimidad de las restricciones impuestas a quienes divulgan información públicamente, a saber: la posibilidad de que el denunciante pudiera recurrir a alguna “autoridad competente” a quien revelar la información o a “cualquier otro medio eficaz para remediar la falta de conducta”; el interés público que tenga la información, que “a veces puede ser tan importante que prevalezca sobre el deber jurídico de confianza”; la autenticidad de la información, que exige que la persona deba “verificar con cuidado, en la medida que permitan las circunstancias, que se trata de información exacta y fidedigna”; el daño que la institución pública pueda sufrir si se revela la información públicamente, por ejemplo, si el daño que se produciría es mayor que el interés de la sociedad en tomar conocimiento de la información; los motivos y la buena fe del denunciante, que podrían tener consecuencias sobre el “nivel de protección” que puede dársele; y una ponderación de la proporcionalidad de la sanción impuesta al denunciante⁶⁵.

38. A pesar de que debería existir ese equilibrio, es posible que la sociedad tenga un derecho excepcionalmente importante de conocer ciertas informaciones o alegaciones de modo que se vuelva irrelevante la existencia de procesos internos o de vigilancia que podrían ser eficaces. Por ejemplo, podría alentarse la divulgación de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario o de otros derechos fundamentales en el marco constitucional o legislativo de un Estado, con independencia de que existan mecanismos internos eficaces. Lo mismo ocurre en los casos en que el valor de que la sociedad haya tomado conocimiento de esa información dependa de que la información se revele a tiempo o con suficiente urgencia. La sociedad tiene un interés primordial en que se divulguen alegaciones de que se han producido violaciones graves de normas jurídicas fundamentales (véase A/68/362).

⁶⁵ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 14277/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, párrs. 73 a 78. Véase también *Heinisch v. Germany*, demanda núm. 28274/08, sentencia de 21 de julio de 2011 y *Bucur and Toma v. Romania*, demanda núm. 40238/02, sentencia de 1 de agosto de 2013.

4. Debería garantizarse confidencialidad a los denunciantes de irregularidades y la posibilidad de que formulen denuncias anónimas

39. Respetar la confidencialidad de quienes han denunciado irregularidades es especialmente difícil, y depende de la naturaleza, tamaño y alcance de la institución. Aún en esos casos, las leyes que se refieren a este tipo de denunciantes deberían otorgar una sólida protección contra el riesgo de que las personas que revelan hechos que sugieren que pudo haber existido una falta de conducta puedan ser objeto de ataques personales y otras formas de represalia. Las garantías y los mecanismos de confidencialidad proporcionan una protección importante contra represalias. Los Estados deberían respetar la confidencialidad de la fuente y no presionar a los medios de comunicación u a otras organizaciones o personas a quienes el denunciante haya dado información. Los mecanismos de denuncia deberían garantizar que la información se suministre de manera segura y tomar otras medidas para garantizar la confidencialidad de la información que se haya divulgado, incluso definiendo la violación intencional o negligente de la confidencialidad como forma de represalia y atribuyéndole una sanción⁶⁶.

40. Algunas instituciones permiten que se hagan revelaciones anónimas para que las personas puedan denunciar hechos sin identificarse ante ninguna autoridad competente. A diferencia de las garantías de confidencialidad, en que la identidad del denunciante es conocida en el mecanismo interno, la revelación anónima debería permitir a las personas físicas dar información sin identificarse ante ninguna persona en el mecanismo interno. El anonimato presenta algunas desventajas: puede disminuir la capacidad de las autoridades para hacer un seguimiento o alentar la formulación de denuncias maliciosas o sin fundamentos. Cuando son pocas las personas que tienen acceso a la información proporcionada, es fácil que los denunciantes queden expuestos. En cambio, divulgar información anónimamente constituye una salvaguardia para las situaciones en que el potencial denunciante no confía en la capacidad de los mecanismos jurídicos existentes para protegerlo contra represalias y no desea divulgar públicamente la información, y permite centrarse en los elementos de la revelación más que en la persona. Además, quienes formulan denuncias anónimas deberían recibir la protección que se otorga a los demás denunciantes de irregularidades incluso en los casos en que su identidad salga a la luz más adelante⁶⁷.

5. Se debería proteger a quienes denuncien irregularidades para que no sufran amenazas ni represalias, deberían existir medidas correctivas para quienes hayan sido objeto de represalias y aplicarse sanciones a quienes las toman

41. Sin la protección contra represalias ni la posibilidad de obtener reparación son pocas las personas que denunciarían irregularidades. La protección debería estar establecida expresa y detalladamente en la ley, que debería proporcionar a los denunciantes y otras personas información clara sobre el tipo de protección a su alcance. En particular, los denunciantes deberían estar protegidos contra la coerción o el acoso, contra ellos mismos o sus familias, contra la discriminación, lesiones

⁶⁶ Austria, Bosnia y Herzegovina y México tienen iniciativas para promover denuncias de forma anónima.

⁶⁷ Véase Eslovaquia, Ley núm. 307/2014 sobre Ciertas Medidas Relacionadas con la Denuncia de Actividades Antisociales y sobre la Modificación de Ciertas Leyes (2015).

físicas a su persona o bienes, amenazas de sufrir represalias, pérdida del empleo, suspensión o pérdida de categoría en su empleo, transferencias u otras situaciones difíciles, sanciones disciplinarias, inclusión en listas negras o enjuiciamiento por haber transgredido leyes que protegen el secreto, o leyes que penan las injurias o la difamación⁵⁶. Debería permitirse a los denunciantes de irregularidades, en caso de que se los investigue o juzgue, plantear en su defensa todos los principios señalados, en particular, que la divulgación de la información tenía por objeto proteger un interés público superior al daño causado a los intereses del gobierno. Las leyes que protegen a quienes denuncian irregularidades deberían contemplar un mecanismo para corregir las faltas de conducta y prohibir esas formas de represalia, entre otras.

42. La impunidad que existe en caso de represalias hace pensar a todos los potenciales denunciantes de irregularidades que la institución no tiene el compromiso de protegerlos; es necesario que se impongan sanciones graves y eficaces para que se pueda dejar de lado la protección estructural y cultural del secreto. Por lo tanto, las leyes que se refieren a la denuncia de irregularidades deberían incluir sanciones específicas que dejen claro a qué sanciones se enfrentan las personas que toman represalias, por ejemplo, qué consecuencias civiles o penales corresponden a los funcionarios que ocupan puestos jerárquicos. La ley de Zambia, por ejemplo, establece fuertes sanciones (multas y prisión) para “la persona que tome medidas perjudiciales como represalia contra quien ha divulgado información protegida”⁶⁸.

B. La denuncia de irregularidades y la seguridad nacional

43. Desde hace tiempo los Estados han procurado mantener en secreto información que, de divulgarse, podría socavar los esfuerzos que realizan por proteger a la sociedad de sufrir graves daños, como el terrorismo o los conflictos armados. La protección de información confidencial es una consecuencia necesaria y colateral de algunas de las actividades del gobierno, y el artículo 19 3) reconoce que son legítimas las restricciones a la libertad de expresión para resguardar intereses puntuales como la seguridad nacional. Las instituciones cuyas actividades se relacionan con la seguridad nacional, como la defensa, diplomacia, seguridad interna y fuerzas de seguridad e inteligencia, quizás tengan más derecho a no divulgar información que otros organismos del Estado, pero no tienen más derecho a ocultar casos de mala conducta ni información de otro tipo si el valor de su divulgación supera el daño que se causa a la institución. Sin embargo, la protección que se da a quienes denuncian irregularidades relacionadas con el ámbito de la seguridad y la inteligencia nacionales es muchas veces escasa, o directamente nula. Quienes divulgan faltas de conducta en instituciones de seguridad nacional a menudo sufren represalias, como traslados o la pérdida de su empleo, la denegación o revocación de autorizaciones de seguridad e investigaciones, enjuiciamientos y la imposición de duras penas, y carecen de mecanismos de protección porque las doctrinas jurídicas apoyan una estructura en que se protege el secreto. Así, la principal función de quienes denuncian irregularidades pierde toda fuerza; la falta de protección en definitiva hace que se prive a la sociedad de acceso a información

⁶⁸ Zambia, Ley de Divulgación de Información en Interés Público (véase la nota 59). Véase también Noruega, Ley de Litigios, seccs. 2 a 5 (2005).

crítica sobre su gobierno y las instituciones de seguridad nacional también pierden un instrumento de rendición de cuentas.

44. En 2013 docenas de organizaciones, instituciones académicas y expertos de 70 países —entre ellos relatores especiales sobre la libertad de expresión en las Naciones Unidas y los sistemas africanos, europeos e interamericanos— concluyeron un estudio de dos años sobre seguridad nacional y el derecho a la información. Los Principios Mundiales sobre la Seguridad Nacional y el Derecho a la Información, conocidos como Principios de Tshwane, que resultaron de ese estudio, ofrecen orientación a los Estados que procuran equilibrar sus intereses al proteger información y asegurar el derecho de la sociedad a la información. Los principios y los debates detallados que los explican merecen estudiarse y aplicarse de forma generalizada. El Consejo de Europa ya ha reconocido que puede ser valioso establecer un marco especial que se aplique a los denunciantes de irregularidades en el contexto de la seguridad nacional⁶⁹.

1. Integralidad de la cobertura

45. Todos los principios señalados anteriormente deberían aplicarse en el contexto de la seguridad nacional, modificados según los principios que se establecen más adelante. Que la cobertura sea integral significa que ninguna institución debería contar con tanta discrecionalidad como para eliminar las protecciones. Las instituciones de seguridad nacional consideran que el secreto es una norma de conducta. Además, la no divulgación de información a menudo se apoya en una red de leyes de secreto y espionaje —que a menudo establecen duras penas— en que se establecen medidas que prácticamente quitan la protección a los denunciantes de irregularidades, en particular al eliminar la posibilidad de que estos promuevan la defensa de derechos con el argumento de que existe un interés público en la información que se revela. En esas situaciones, los Estados deberían revisar sus leyes para que se proteja a los denunciantes y el interés público en que se fundan, con independencia de la institución de que se trate.

46. Si bien los mecanismos internos o externos de vigilancia no han funcionado o no funcionan de modo que puedan proporcionar protección y medidas correctivas eficaces ante la divulgación de información, los siguientes principios se aplican en general en el contexto de la divulgación pública y externa.

2. Necesidad de que la información que está prohibido divulgar esté estricta y claramente definida

47. Es posible que los Estados consideren adecuado aplicar normas especiales a la divulgación pública de cuestiones que atañen a la seguridad nacional. A fin de ser coherentes con el artículo 19 3), deberían sin embargo adherir estrictamente al criterio de que las restricciones deben ser necesarias y proporcionales para proteger la seguridad nacional. La inaplicabilidad de las normas generales a la seguridad nacional ha estado relacionada tradicionalmente con la información sobre los planes de defensa que se estén llevando a cabo, los sistemas de armamentos y comunicaciones, la infraestructura crítica y las operaciones, fuentes y métodos de

⁶⁹ Véase el Consejo de Europa, recomendación CM/Rec(2014)7, apéndice, secc. II (5). Véase también Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Improving the protection of whistle-blowers”, documento núm. 13791 (19 de mayo de 2015).

inteligencia⁷⁰. Los Estados también protegen desde hace mucho tiempo las actividades diplomáticas sensibles relacionadas con la seguridad. Las restricciones que existen en materia de seguridad nacional relativas a la divulgación de información deberían aplicarse solo en esas situaciones y esa divulgación no debería restringirse si el gobierno no muestra que existe un “riesgo verdadero, que pueda determinarse y que cause un daño importante al interés de seguridad nacional”⁷¹. El derecho debería establecer claramente qué información no puede publicarse. El “interés legítimo de seguridad nacional” debería ser genuino, no una pantalla para “proteger al gobierno o a los funcionarios del escándalo o la exposición de sus faltas de conducta; el ocultamiento de la información sobre violaciones de derechos humanos, toda otra violación del derecho, o el funcionamiento de instituciones públicas; el fortalecimiento o la perpetuación de un interés político, partidario o ideológico determinado; o la supresión de protestas legítimas”⁷².

3. Fomentar la divulgación de información que sea en interés del público en los casos en que el daño que ello generaría sería menor que el daño cognoscible que afectaría a un interés legítimo de seguridad nacional

48. A fin de satisfacer el principio de proporcionalidad, la institución pertinente también debería estar dispuesta a mostrar que el daño a un interés legítimo concreto de seguridad nacional es superior al interés público que existe en que se produzca esa divulgación. Los Principios de Tshwane proponen que la revelación de la información a la sociedad se proteja en los casos en que el mecanismo interno o el mecanismo de vigilancia fuera ineficaz, inútil o no sirviera para tomar medidas a tiempo ante una amenaza grave. Además, y en lo que respecta a una cuestión que debe tener aplicabilidad general, los denunciantes de irregularidades deberían revelar públicamente solo la “cantidad de información que sea razonablemente necesaria para hacer conocer la falta de conducta” y hacerlo en la creencia razonable de que el interés público que existe en que se produzca esa divulgación excede cualquier daño que pueda causarse a un interés legítimo y concreto de seguridad nacional⁷³. Toda revelación de datos que cumpla esos requisitos debería merecer plena protección. Esos principios deberían estar a disposición de los denunciantes, sea que soliciten protección o que se defiendan de investigaciones o enjuiciamientos.

4. Divulgaciones autorizadas

49. La cuestión que se plantea con más claridad en la esfera de la seguridad nacional es si, cuando las personas ponderan el equilibrio que debería existir entre la divulgación del interés público y el daño que se causaría a la seguridad nacional, deberían perder la protección que tendrían si su evaluación difiriera de la ponderación que hiciera el gobierno, como es probable que suceda. Las sanciones civiles o penales pueden promover el interés del gobierno en ocultar cierta información, pero lo hacen a un costo muy elevado desde el punto de vista del

⁷⁰ Véanse los Principios Mundiales sobre la Seguridad Nacional y el Derecho a la Información, principio 9.

⁷¹ *Ibid.*, principio 3 b).

⁷² *Ibid.* Para ser clara, la ley nacional de que se trate también debe ser congruente con el derecho internacional.

⁷³ *Ibid.*, principio 40.

interés público que requiere que los denunciantes revelen irregularidades u otro tipo de información que la sociedad debería conocer.

50. En los casos en que los Estados persiguen, no obstante, la imposición de sanciones penales o civiles contra los denunciantes deberían respetarse tres medidas de protección fundamentales para limitar el riesgo colateral de desalentar la formulación de denuncias. En primer lugar, cuando se tomen esas medidas, los Estados deberían ser quienes tengan la carga de probar que el daño a un interés legítimo de seguridad nacional excede el interés público que existe en revelar la información. En segundo lugar, los Estados deberían proporcionar a las personas contra quienes se entablen acciones judiciales instrumentos básicos de defensa, entre ellos el acceso a la información necesaria para organizarla, la flexibilización de las leyes que obligan a guardar secreto en el marco de sesiones privadas de los tribunales de ser necesario y la posibilidad de demostrar genuinamente que los beneficios de divulgar la información exceden el daño que se alega podría producirse. Por último, en caso de que se condene al denunciante o se le imponga una sanción, las penas o las multas deberían ser proporcionales al acto que las motivan, y entre otras cosas, debería tenerse en cuenta la medida en que la revelación que haya hecho el denunciante ha servido para promover el interés público, incluso si un tribunal considerara que el daño causado a la seguridad nacional excede el valor de la información divulgada.

C. La denuncia de irregularidades en las organizaciones internacionales

51. Los principios que rigen la protección de los denunciantes de irregularidades adoptados por los Estados y los mecanismos regionales se aplican con la misma fuerza en el contexto de las organizaciones internacionales. Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales han adoptado normas y regulaciones con el fin de posibilitar la denuncia de irregularidades y prohibir la toma de represalias contra quienes denuncian faltas de conducta⁷⁴. Sin embargo, es sumamente común que se alegue en las organizaciones internacionales que se han tomado represalias contra los denunciantes⁷⁵.

52. Lagunas estructurales básicas en las organizaciones internacionales colocan a quienes denuncian irregularidades en una situación de riesgo que quienes denuncian irregularidades en los sistemas nacionales quizás puedan evitar. En particular, casi todas las organizaciones internacionales resultan opacas para la sociedad, que tiene un acceso limitado a la información, y son pocas las organizaciones que tienen políticas eficaces el acceso a ella. Dado que las organizaciones son muy burocráticas, evitan que la prensa las someta a un escrutinio estricto, como a menudo ocurre en los contextos nacionales, y se encuentran naturalmente aisladas del contacto directo con la sociedad o la prensa. Más aún, las organizaciones deberían mantener una buena reputación para conservar el apoyo financiero y político de los gobiernos. Además, las personas que denuncian irregularidades tienen un acceso limitado a los sistemas de justicia independientes y en general no

⁷⁴ Véase ST/SGB/2005/21; Banco Mundial, regla del personal 8.02: Protecciones y Procedimientos para Denunciar Faltas de Conducta (Denuncia de irregularidades) (2008).

⁷⁵ Véase Government Accountability Project, “International best practices for whistleblower policies” (2013).

tienen acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales para denunciar que se han tomado represalias contra ellas, y tampoco es probable que los órganos de derechos humanos les otorguen protección en caso de que se hubieran tomado represalias. Las inmunidades de que gozan las organizaciones internacionales en las jurisdicciones nacionales y otras jurisdicciones externas tienen como consecuencia que la presión jurídica para que respondan con eficacia a las denuncias de irregularidades es mínima. En general los mecanismos en sí mismos tienen considerables problemas de independencia en razón de esos obstáculos estructurales.

53. Los antecedentes en el sistema de las Naciones Unidas en lo que respecta a los denunciantes de irregularidades aumentan las dificultades. Son muy pocas las denuncias de faltas de conducta que se investigan a fondo. Entre 2006 y 2014, se determinó que solo 15 de un total de 403 “solicitudes de investigación” enviadas a la Oficina de Ética de las Naciones Unidas cumplían *prima facie* con los criterios para que se considerara que el denunciante había sido objeto de represalias, y solo en 4 de esos casos se decidió que esas represalias se habían producido efectivamente. Es probable que una cifra tan baja en un sistema con más de 40.000 funcionarios genere la impresión en el personal de que el sistema de denuncias no otorgará una protección ni compensación eficaces. Algunas organizaciones internacionales sí cuentan con sólidos mecanismos de protección oficiales para denunciantes⁷⁶. Sin embargo, todas las organizaciones internacionales deberían adoptar los principios que se aplican en contextos nacionales y considerar al menos la adopción de las siguientes medidas para mejorar sus enfoques.

54. En primer lugar, la definición de denunciante debería ser amplia para instar a que se formulen todas las denuncias de irregularidades en las que estén en juego los intereses de la organización y de todos los interesados, como los gobiernos y la sociedad civil. Actualmente muchas de las medidas de protección que ofrecen las organizaciones se aplican a situaciones en que los funcionarios no han cumplido con sus obligaciones, en vez de aplicarse a todo el gran abanico de conducta que pueden llegar a conocimiento de una persona. Si se utilizara el interés público como criterio, se cubriría una serie más amplia de irregularidades que llegan a conocimiento de las Naciones Unidas y sus funcionarios. Las políticas también deberían proteger a todos los denunciantes de ser objeto de represalias, no solo a los funcionarios, sino también a otras personas que podrían estar asociadas a la organización.

55. En segundo lugar, los mecanismos vigentes, si bien han sido establecidos con buenas intenciones, carecen de verdadera independencia y eficacia. Mientras los mecanismos internos de presentación de denuncias establezcan que la aplicación de medidas corresponde a quienes ocupan cargos directivos en la organización, no tendrán la credibilidad que deriva de la realización de una evaluación independiente. Los denunciantes de irregularidades deberían tener acceso a los mecanismos previstos en el sistema formal de justicia, no solo a mecanismos que, como ocurre con la Oficina de Ética de las Naciones Unidas, solo tienen la facultad de formular recomendaciones. Las sanciones a quienes toman represalias deberían ser severas, y no meramente disciplinarias, y deberían incluir la posibilidad de que se pueda separar al funcionario cuestionado de su cargo y exigir que rinda cuentas.

⁷⁶ Véase el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, “Whistle-blowing and complaints handling policy” (Túnez, 2007), secc. 4.

56. En tercer lugar, las organizaciones internacionales —y los Estados que las han establecido y las mantienen— deberían adoptar políticas de transparencia serias y eficaces para que la sociedad pueda tener un mayor acceso a la información. La sociedad debería tener acceso no solo a información sobre las políticas y la práctica de las organizaciones, sino también a información sobre la denuncia de irregularidades. Las investigaciones de las denuncias, aunque deberían respetar la necesidad de que se proteja la privacidad, no deberían estar limitadas por el requisito de confidencialidad, y deberían ser públicas. En la actualidad, las denuncias de irregularidades rara vez lo son, y si ello ocurre, esa publicidad solo se da después de años de demoras y secreto.

57. Por último, quienes señalan irregularidades —especialmente quienes proporcionan pruebas de que se han producido graves violaciones y abusos de derechos humanos, como la violencia sexual y la violencia basada en el género— deberían estar protegidos de la posibilidad de sufrir represalias cuando hagan anuncios públicos a los medios de comunicación, la sociedad civil o los gobiernos. Por supuesto, cuando se divulga información se deberían respetar los derechos y la reputación de otras personas, pero a falta de sistemas internos eficaces, la divulgación externa constituye una válvula de seguridad necesaria para promover la rendición de cuentas y velar por que la sociedad posea información sobre actos de inconducta graves.

V. Conclusiones y recomendaciones

58. **Existe un hilo conductor que vincula el acceso a la información, la protección de las fuentes y la protección de los denunciantes: el derecho de la sociedad a saber. El derecho de los derechos humanos protege el derecho a buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo, pero permite también que se lo restrinja por razones limitadas, específicas. Cuando el derecho y las restricciones resultan incompatibles, como parece muchas veces ser el caso, los gobiernos y las organizaciones internacionales no deberían aprobar leyes ni políticas que favorezcan por defecto las restricciones. Más bien, las leyes deberían favorecer la divulgación de información en interés de la sociedad. En los casos en que se revele la fuente y el denunciante, las instituciones son quienes tienen más poder: el poder de intimidar, investigar y entablar acciones penales. También tienen mayor acceso a la información y, por lo tanto, la posibilidad de demostrar lo que alegan, en tanto que la fuente o el denunciante en general solo tienen un conocimiento limitado de las políticas y prácticas más amplias, que además se ve obstaculizado por disposiciones que les impiden preparar una defensa adecuada. Si la revelación de información realmente daña un interés legítimo y concreto del Estado, debería ser el Estado quien tenga la carga de probarlo y demostrar el daño que se ha producido y que se tuvo intención de causarlo. Se insta a los Estados y las organizaciones internacionales a aprobar o revisar las normas a la luz de lo expuesto, con arreglo a la posición central, bien reconocida, que se otorga al derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información en la gobernanza democrática.**

59. Las medidas básicas de protección son fundamentales para asegurar que exista un derecho efectivo a la libertad de expresión, rendición de cuentas y gobernanza democrática. En los últimos años, la atención de la sociedad se ha

centrado en casos puntuales en los que se ha otorgado un tratamiento desproporcionado a las fuentes y denunciantes y se han tomado represalias contra ellos; esos casos han estado relacionados con los organismos de inteligencia, programas de asilo, la salud pública, la protección ambiental, la corrupción en los sectores empresarial y financiero, las organizaciones internacionales y muchas otras esferas. El Relator Especial ha evitado mencionar casos puntuales en el presente informe. En el futuro, los principios señalados en el presente informe se incluirán en las comunicaciones que se mantengan con los gobiernos y las organizaciones internacionales en relación con causas concretas. El Relator Especial espera con interés celebrar un diálogo con los gobiernos a fin de ayudarlos a mejorar sus marcos jurídicos y establecer una protección eficaz de las fuentes y de los denunciantes de irregularidades.

A. Recomendaciones a los Estados

Asegurar que los marcos jurídicos nacionales reconozcan el derecho a la información con arreglo a las normas internacionales

60. Los marcos jurídicos nacionales que establezcan el derecho a acceder a información que se encuentre en poder de órganos públicos deberían estar en sintonía con las normas internacionales de derechos humanos. Las excepciones al derecho a informar deberían estar definidas clara y estrictamente en la ley; deberían ser necesarias y proporcionadas, para que puedan lograrse uno o más de los objetivos legítimos mencionados anteriormente, a saber, proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas.

Adoptar o revisar y aplicar las leyes nacionales que protegen la confidencialidad de las fuentes

61. Los marcos jurídicos nacionales deberían proteger la confidencialidad de las fuentes de los periodistas y de otras personas que participen en la divulgación de información que sea de interés público. Las leyes que garanticen la confidencialidad deberían proteger a otras personas además de los periodistas profesionales, por ejemplo a quienes estén cumpliendo un papel fundamental para proporcionar un amplio acceso a la información de interés público como los autores de blogs, quienes ejercen el “periodismo ciudadano”, los miembros de las organizaciones no gubernamentales, los autores y los académicos, todos los cuales quizás lleven a cabo investigaciones y revelen información en interés de la sociedad. La protección debería basarse en la función que desempeñan, y no ceñirse a un título formal.

62. Toda restricción que se imponga a la confidencialidad debería ser realmente excepcional y cumplir con las exigencias más elevadas, además de que solo las autoridades judiciales deberían poder aplicarla. Las medidas de evasión que se adopten, como la vigilancia secreta o el análisis de metadatos no autorizado por las autoridades judiciales con arreglo a disposiciones claras y bien definidas, no deberían utilizarse para descubrir la fuente. Los Estados deberían promover la adopción de instrumentos, por ejemplo, medidas para encriptar programas y hacerlos anónimos, a fin de asegurar la protección de las

fuentes. Las autoridades que obligan a revelar fuentes deberían demostrar que no existen medidas alternativas razonables a la divulgación o que las que existen han sido agotadas y que el interés legítimo en la divulgación claramente excede el interés público en no revelar la fuente. La divulgación de las fuentes solo debería ocurrir en casos en que se investiguen los crímenes más graves o se busque proteger la vida.

Adoptar o revisar y aplicar marcos nacionales para proteger a los denunciantes

63. La ley del Estado debería proteger a todos los que revelen información que crean razonablemente, en el momento de divulgarla, que dicha información es cierta y que constituye una amenaza o genera un daño a un interés público concreto, como la violación de derecho nacional o internacional, el abuso de autoridad, el malgasto, y el fraude o daño al medio ambiente, a la salud o la seguridad públicas. Cuando se revela la información, las autoridades deberían investigar y corregir la presunta falta de conducta sin excepciones, sobre la base de lo que se presumen son las motivaciones o “buena fe” de la persona que reveló la información.

64. Los mecanismos de vigilancia institucionales y externos deberían ofrecer canales de protección eficaces a quienes denuncien irregularidades a fin de que se adopten medidas correctivas. A falta de mecanismos que otorguen protección y adopten medidas correctivas, o que no lo hagan a tiempo, debería permitirse la divulgación pública. Revelar violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario nunca debería dar a lugar a la aplicación de sanciones de ninguna índole.

65. Las medidas de protección contra las represalias deberían aplicarse en todas las instituciones públicas, incluso las relacionadas con la seguridad nacional. Dado que la posibilidad de que se entablen acciones penales en general disuade la formulación de denuncias, los Estados deberían evitarlas, reservándolas, si acaso, a casos excepcionales en los que se haya producido un daño más grave, demostrable, a un interés legítimo concreto. En esas situaciones, es el Estado quien debería tener la carga de probar que hubo intención de causar daño, y debería permitirse que los procesados: a) tengan la posibilidad de alegar como defensa que existía un interés público superior en conocer la información, y b) tengan acceso a toda la información necesaria para organizar una defensa completa, que incluya entre otras cosas, información clasificada. Las sanciones deberían tener en cuenta la intención del denunciante al revelar información que era de interés público, y respetar las normas internacionales de legalidad, las garantías procesales y la proporcionalidad.

Atribuir responsabilidad personal a quienes toman represalias contra las fuentes y los denunciantes de irregularidades

66. Los actos de represalia y otros ataques contra denunciantes y la divulgación de fuentes confidenciales deberían investigarse en profundidad y las personas responsables de la comisión de esos actos deberían rendir cuentas. Cuando son las autoridades que ocupan cargos jerárquicos quienes cometen las agresiones o las condonan se consolida una cultura de silencio, secreto y temor

dentro de las instituciones y fuera de ellas, y desalientan que se revele información en el futuro. Las autoridades de las instituciones, que ocupan puestos jerárquicos en todos los niveles deberían promover la formulación de denuncias y debería vérselas apoyando a los denunciantes; en particular, se debería prestar atención a la forma en que las autoridades en esos puestos de liderazgo alientan, tácita o expresamente, la adopción de represalias.

Promover activamente el respeto por el derecho a la información

67. Los funcionarios de los sistemas de justicia y los encargados de la aplicación de la ley deberían recibir capacitación para velar por la adecuada aplicación de las normas que garantizan la protección del derecho al acceso a la información y la consiguiente protección de la confidencialidad de las fuentes y los denunciantes. Las autoridades en posiciones de liderazgo deberían reconocer públicamente la contribución que hacen las fuentes y los denunciantes de irregularidades al compartir información de interés público y deberían condenar las agresiones que sufren.

68. Las entidades del Estado también deberían prestar apoyo a las organizaciones de la sociedad civil que se especializan en el acceso a la información, la protección de los periodistas y de sus fuentes, y la promoción y la protección de los denunciantes. Es posible que muchas de esas organizaciones ofrezcan capacitación y asesoramiento técnico. Los Estados deberían velar por que la sociedad civil participe plenamente en todos los esfuerzos que se realicen por aprobar o revisar leyes, reglamentaciones y políticas relativas a la protección de fuentes o denunciantes de irregularidades.

B. Recomendaciones a las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales

69. Todas las recomendaciones formuladas precedentemente a los Estados se aplican a las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Además, las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales deberían aprobar normas y políticas de transparencia que permitan a la sociedad tener mayor acceso a la información. Las normas específicas que protegen a los denunciantes de irregularidades deberían seguir criterios similares a los establecidos en las recomendaciones a los Estados: deberían tener un amplio ámbito de aplicación, promover la divulgación de información en interés público y la claridad en los mecanismos de denuncia y los mecanismos de protección. Debería prestarse particular atención a la eficiencia y la independencia de los mecanismos de justicia y de denuncia existentes, dado que los denunciantes no tienen acceso a ningún otro sistema de justicia formal.