



Amicus Curiae

Corte Interamericana de Derechos Humanos

-

Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo v. Colombia

Introducción

1. La Sociedad de Abogados de Inglaterra y Gales (la “Law Society”) es el cuerpo profesional que representa a más de 200,000 abogados en esa jurisdicción. La Law Society fue establecida a través de una carta real (la “Carta de la Sociedad”) en 1845 y desde 2014 cuenta con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Las funciones de la organización están establecidas mediante el siguiente marco jurídico: Ley de Abogados de 1974, Ley de Servicios Jurídicos y del Sistema Judicial de 1990, Ley de Acceso a la Justicia de 1999 y la Ley de Servicios Legales de 2007 (“LSL 2007”).
2. La Law Society cuenta con un mandato en nombre del interés público establecido en la Sección 51 de la LSL 2007 que estipula que sus actividades incluyen: “(e) la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales otorgadas por la ley” y “(f) la promoción de las relaciones con los gobiernos o las profesiones jurídicas de otras jurisdicciones, organismos reguladores y otros organismos nacionales e internacionales”. Asuntos de interés en esta área incluyen la defensa de la independencia de la profesión jurídica, el estado de derecho y los derechos humanos a nivel global.
3. Consideramos que el caso de referencia plantea algunas cuestiones jurídicas sobre las obligaciones internacionales de los Estados, incluyendo a Colombia, respecto del ejercicio libre de la profesión de los abogados como miembros de la profesión jurídica y actores fundamentales del estado de derecho.
4. La Law Society se permite presentar este Amicus Curiae, con el fin de resaltar los principios relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que pueden ser tenidos en cuenta por esta honorable Corte al considerar los argumentos jurídicos planteados por las partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esta intervención no se refiere directamente al fondo del caso y a los argumentos de las partes, tampoco aborda cuestiones que dependen en gran medida de consideraciones fácticas o de derecho nacional.



5. Este Amicus se refiere a: (A) el marco jurídico internacional de la protección de los abogados, (B) el principio de la independencia de la profesión jurídica, (C) el derecho a la representación jurídica y a la defensa, (D) el derecho a la confidencialidad profesional (subdividida en (i) introducción del principio, (ii) la jurisprudencia del TEDH sobre la confidencialidad profesional, (iii) la confidencialidad profesional en la jurisprudencia colombiana y de otros países, (iv) la jurisprudencia del TEDH sobre la vigilancia y la seguridad nacional, y (v) la jurisprudencia del TEDH sobre la colección y el almacenamiento de información personal). En caso de no existir una traducción oficial de la jurisprudencia citada, la traducción es de la autora de este Amicus.

A. El marco jurídico internacional de la protección de los abogados

6. La Law Society busca promover el principio de la independencia de los abogados para ejercer su profesión de manera libre y sin injerencia indebida mediante su programa “Abogados en situaciones de riesgo” (*Lawyers at Risk*)¹. Como parte de dicho programa, la Law Society observa procedimientos jurídicos llevados a cabo en contra de abogados, participa en el Examen Periódico Universal de las Naciones Unidas, y publica informes respecto de la profesión y del debido proceso. Parte de la jurisprudencia citada en este Amicus fue recopilada en el informe: “Principios básicos sobre la función de los abogados de la ONU: La independencia de la profesión jurídica y derechos de abogados y clientes a nivel mundial”².
7. La Law Society también ha monitoreado injerencias en la independencia de los abogados a nivel global desde el año 2016 y recopila información en su “*Intervention Tracker*”, que muestra – por año – las agresiones cometidas en contra de abogados, subdivididas por tipo de incidente y región del mundo³. Dicho documento solo incluye incidentes en los cuales la Law Society tomó alguna acción. El *Intervention Tracker* 2021 muestra que, en dicho año, 48% de injerencias se refirieron al arresto y procesamiento penal de abogados y el 22% a amenazas y actos de hostigamiento.
8. En reconocimiento del peligro que enfrentan muchos abogados por el solo hecho de ejercer su profesión legítimamente, y el rol fundamental que juegan en el sistema jurídico y en una sociedad democrática, existen varios estándares internacionales que buscan proteger sus derechos y los derechos de sus clientes. Se podrían distinguir tres niveles sustanciales de derechos⁴ (aparte de los tres niveles geográficos: universal, regional y doméstico).

¹ <https://www.lawsociety.org.uk/en/campaigns/international-rule-of-law/whats-changing/lawyers-at-risk>.

² <https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/un-basic-principles-on-the-role-of-lawyers>.

³ <https://www.lawsociety.org.uk/en/campaigns/international-rule-of-law/tools/intervention-tracker>.

⁴ Toolkit on Lawyers at Risk: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=206789E9-A6F2-4C0D-9AF7-1052C99E7136>



9. Primero, el abogado tiene derechos humanos como individuo (irrespeto de su profesión). Segundo, el abogado tiene derechos *como abogado* (durante el ejercicio de su profesión y, a veces, fuera de esta). Algunos de estos derechos se derivan del derecho al debido proceso de su cliente y algunos son derechos del abogado mismo (como el derecho a la vida privada, que también aplica a actividades profesionales⁵, incluyendo a la confidencialidad profesional). Tercero, el abogado tiene derechos *como abogado quien trabaja casos de derechos humanos*. En dicho caso, el abogado tiene derechos adicionales a los derechos que tiene como individuo y como abogado, a saber, en su condición de defensor de derechos humanos. El enfoque de este Amicus está en el segundo nivel de derechos: los derechos del abogado *como abogado*.

10. Estos derechos del abogado *como abogado* incluyen:

- El derecho a ejercer la profesión libre de cualquier intimidación, hostigamiento o injerencia, incluyendo procesamiento o sanciones administrativas, económicas o de otra índole⁶;
- El derecho de no ser identificado con su cliente o la causa de su cliente⁷;
- El derecho de reunirse con su cliente⁸;
- El derecho de tiempo adecuado, medios, y acceso a la información adecuado para preparar la defensa de su cliente⁹;
- El derecho a la confidencialidad en las comunicaciones entre el abogado y su cliente¹⁰;
- El derecho a la inmunidad en relación con las expresiones del abogado hechas como parte de un procedimiento jurídico o fuera de ello, durante la representación de su cliente¹¹;

⁵ TEDH, Antović y Mirković v. Montenegro, Comunicación No. 70838/13, 28 de noviembre de 2017, párr. 42.

⁶ Principios Básicos 16, 17, 19, 20 y 25; Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal de la ONU (Principios sobre asistencia jurídica), principio 12; Declaración sobre defensores, artículos 9.3(c), 11 and 12; Principios y directrices sobre el derecho al debido proceso y la asistencia jurídica en África (Principios sobre debido proceso en África), H (k) y I (b), (e) y (f); Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa 21 (2000) (Recomendación del Comité de ministros), principios I.1, I.4, I.7, I.8, V.3, V.4(b) y V.5).

⁷ Principios Básicos, Principio 18; Principios sobre debido proceso en África, principio I (g)).

⁸ PIDCP artículo 14.3(b); Declaración sobre defensores, artículo 9.3 (c); Principios Básicos, principio 16(b); Principios sobre debido proceso en África, I(b)2 y M2(e); Recomendación del Comité de ministros, principio I.5).

⁹ PIDCP, artículo 14.3(b); Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana), artículo 7.1(c); CADH, artículo 8.2(b) y (c); CEDH, artículo 6.3(b); Principios Básicos, principio 21; Principios sobre debido proceso en África I (d), M.2 (e) y N.1 (a) y (c); Recomendación del Comité de ministros, principio I (7).

¹⁰ CADH, artículo 8.2(d); Principios sobre asistencia jurídica, principio 3, párr. 43(d); Principios Básicos, principios 8 y 22; Principios sobre debido proceso en África I (c); Recomendación del Comité de ministros, principios I.5 y I. 6 y III.2).

¹¹ Principios sobre asistencia jurídica, principio 12; Principios Básicos, principios 16(c) y 20; Principios sobre debido proceso en África I, (b)3 y (e); Recomendación del Comité de ministros, principio I.4).



11. La mayoría de estos derechos forman parte del derecho al debido proceso¹² y, específicamente, del derecho a la defensa técnica¹³. El derecho al debido proceso es un derecho en sí (que, a su vez, incluye otros derechos), pero también es una garantía procesal esencial para el goce efectivo de otros derechos humanos.

12. Respecto de los derechos del abogado *como defensor de derechos humanos*, adicionalmente aplican – entre otros - los siguientes derechos, incluidos en la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Declaración sobre defensores), adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1998¹⁴:

- El derecho de proveer asistencia jurídica profesional para defender los derechos humanos¹⁵;
- El derecho de ejercer su profesión cuando esa profesión concierne los derechos humanos¹⁶;
- El derecho a promover los derechos humanos y contribuir al progreso de sociedades democráticas y un orden social e internacional conducente al respecto para los derechos humanos¹⁷.

13. En cierta medida, el trabajo de cualquier abogado incluye necesariamente la protección de los derechos, incluyendo los derechos humanos. En este sentido, los Principios básicos sobre la función de los abogados de la ONU (Principios Básicos)¹⁸, en su principio 14, establecen que:

“Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión”.

14. Asimismo, el preámbulo noveno de los Principios Básicos se refiere a que:

“la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y

¹² Declaración sobre defensores, artículo 10; PIDCP, artículo 14; Carta Africana, artículos 7 y 26; CADH, artículo 8; CEDH, artículo 6.

¹³ PIDCP, artículo 14.3(b) y (d); CEDH, artículo 6.3(c); CADH, artículo 8.2(d); Carta Africana, artículo 7.1(c).

¹⁴ Adicionalmente, existen- entre otros - los siguientes instrumentos: Declaración del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre acción para mejorar la protección de los defensores de los derechos humanos y promover sus actividades (2008); Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos (2008); OSCE Directrices sobre la protección de los defensores de los derechos humanos (2014).

¹⁵ Declaración sobre defensores, artículo 9.3(c)) en el contexto de la realización del derecho a un recurso efectivo (Ibid., artículo 9(1));

¹⁶ Ibid., artículo 11.

¹⁷ Ibid., artículo 18.

¹⁸ U.N.Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 (1990).



políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.”

15. Sin embargo, lo anterior no significa que todos los abogados necesariamente pueden ser considerados como defensores de derechos humanos, como estableció el Relator para la independencia de jueces y abogados de la ONU (Relator/a de la ONU)¹⁹. Todos los abogados tienen que respetar y proteger los derechos humanos en sus respectivas áreas de ejercer la profesión jurídica, pero solo esos abogados que realmente se involucran en la defensa de esos derechos – sea de manera permanente o *ad hoc* – gozan del reconocimiento de ser defensores de derechos humanos.

B. El principio de la independencia de la profesión jurídica

16. El principio de la independencia de los abogados se refiere al derecho de los abogados para poder ejercer su profesión sin injerencia externa indebida de ninguna parte. Algunas de las pautas principales respecto de dicha independencia se encuentran en los siguientes Principios Básicos, bajo el título “Garantías para el ejercicio de la profesión”:

16. Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.

18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.

17. Aunque los Principios Básicos fueron adoptados en una conferencia de la ONU sobre la justicia penal, estos aplican a abogados ejerciendo la profesión en cualquier área de derecho²⁰. Como ha notado la Relatora de la ONU: “No es posible ni razonable imaginar que pueda haber justicia sin abogados independientes y competentes. Por ello, incumbe a los Estados adoptar medidas para que los abogados puedan practicar su profesión sin obstáculos”²¹.

¹⁹Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 22 de agosto de 2016, U.N. Doc A/71/348, párr. 36.

²⁰ Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 5 de abril de 2016, U.N.Doc. A/HRC/32/34, párr. 32.

²¹ Ibid., párr. 42.



18. En este sentido, el preámbulo undécimo de los Principios Básicos establece que estos fueron “formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales”.
19. Aparte de los Principios Básicos, existen otros estándares internacionales sobre la materia. Por ejemplo, los Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal de la ONU (2003). Este instrumento – en su Principio 12 - se refiere a que los Estados tiene que asegurar que los abogados, como proveedores de asistencia jurídica puedan hacer su trabajo “de manera efectiva, libre e independiente”²².
20. Asimismo, existen estándares regionales al respecto. Por ejemplo, la Recomendación R(2000) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la “Libertad del ejercicio de la profesión de abogado” (2000). Esta recomendación complementa el artículo 6(3) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Actualmente, en reconocimiento de la importancia de la protección de la profesión y sus integrantes, se está elaborando un nuevo instrumento sobre este tema en el marco del Consejo de Europa²³.
21. Adicionalmente, existen los “Principios y estándares sobre el derecho al debido proceso y la asistencia jurídica en África” de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) (2003), los cuales establecen que los abogados deben ser “libres para ejercer sus decisiones profesionales de manera profesional y libre de la influencia del Estado o de la judicatura”²⁴; su Parte I está únicamente dedicada a la “Independencia de los abogados”.
22. Además, existen estándares de organizaciones internacionales de la profesión como Colegio de Abogados Internacional (*International Bar Association* – IBA). Por ejemplo, los Estándares del IBA sobre la independencia de la profesión jurídica (1990)²⁵.
23. El contenido y alcance del principio de la independencia de la profesión de los abogados ha sido clarificado en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité de la ONU). Por ejemplo, en el caso *Hammel v Madagascar*, un abogado ejerciendo en el área de los derechos humanos en dicho país había sido

²²“Principio 12: Independencia y protección de los proveedores de asistencia jurídica. - Los Estados deben velar por que los proveedores de asistencia jurídica puedan realizar su trabajo de manera eficaz, libre e independiente. En particular, los Estados deben garantizar que los proveedores de asistencia jurídica puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o injerencias indebidas; puedan viajar, consultar y reunirse con sus clientes libremente y de forma plenamente confidencial, tanto dentro de su país como en el extranjero, y puedan acceder libremente a los expedientes de la fiscalía y demás archivos pertinentes; y no sean objeto, ni sean amenazados, de persecución o sanciones administrativas, económicas o de otra índole por ninguna medida que adopten de conformidad con las obligaciones, las normas y la ética reconocidas de su profesión”.

²³ <https://www.coe.int/en/web/cdcj/cj-av>: <https://rm.coe.int/eng-examen-de-faisabilite-d-un-instrument-juridque-europeen-couv-texte/1680a22790>.

²⁴ Principios sobre debido proceso en África, H(e)(3).

²⁵ <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=F68BBBA5-FD1F-426F-9AA5-48D26B5E72E7>, estándares 6-8 y 11.



arrestado por oficiales de seguridad y detenido y mantenido incomunicado. Después fue expulsado del país con efecto inmediato bajo sospecha de espionaje internacional. No le fue permitido comunicarse con un abogado antes de su deportación. El Comité de la ONU decidió que aparentemente su expulsión estaba relacionada con su representación como abogado de personas ante el mismo Comité de la ONU²⁶. El Comité también notó que sería incompatible con el PIDCP si los Estados no permiten a una persona actuar como abogado de individuos sometiendo comunicaciones ante el Comité de la ONU²⁷.

24. Asimismo, el TEDH, en el caso *Elçi y otros v. Turquía*, estableció que:

“La Corte enfatizaría el rol central de la profesión jurídica en la administración de justicia y la afirmación del Estado de derecho. La libertad de los abogados para ejercer su profesión sin indebida injerencia es un componente esencial de la sociedad democrática y un requisito necesario para el cumplimiento efectivo de lo establecido en la Convención [Europea de Derechos Humanos], en particular las garantías a un juicio justo y el derecho a la seguridad personal. La persecución y el hostigamiento de miembros de la profesión jurídica, por tanto, ataca al corazón mismo del sistema de la Convención. Por esa razón, alegaciones de dicha persecución, en cualquier forma, pero en particular el arresto y detención de abogados a gran escala y la inspección de oficinas de abogados, serán sujetos a escrutinio estricto por la Corte²⁸”. [énfasis añadido]

25. Asimismo, la Comisión Africana - el caso *Patrick Okiring y Agupio Samson (representados por Human Rights Network y ISIS-WICCE) v. República de Uganda*²⁹ - declaró una violación del artículo 7(1)(c) de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta Africana). En dicho caso, las víctimas alegaron que no se les había permitido tener acceso a sus abogados durante su detención y que sus abogados habían sido golpeados de manera violenta dentro del edificio de la Corte. La Comisión Africana notó que:

“los Estados tienen una obligación de asegurar que los abogados pueden ejercer su profesión de manera libre, independiente y sin temor a daños físicos o psicológicos. Cuando los abogados son intimidados, esto tiene un efecto amedrentador en su habilidad de defender sus clientes. Esto, a su vez, viola el derecho a la defensa de la víctima [...]”. [énfasis añadido]

Más que una violación al derecho a la defensa, la Comisión establece que el golpear a un abogado en la Corte mientras que está ejerciendo sus deberes profesionales, es una amenaza grave al estado de derecho... No solo los jueces deben ser permitidos de decidir casos sin injerencia, cada actor de justicia debería ser permitido de ejercer su rol de manera libre. Un abogado independiente le permite a un juez imparcial a llegar a una decisión razonada y justa con base en la ley y los hechos. El ataque físico a un abogado en el edificio de la Corte es un ataque inaceptable a la independencia judicial y al estado de derecho en el Estado.”³⁰

²⁶ Comunicación No. 155/1983, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), párr. 19.3.

²⁷ Ibid.

²⁸ Comunicación Nos. 23145/93 and 25091/94, 13 de noviembre de 2003, párr. 669.

²⁹ Comunicación 339/2007, 28 de abril de 2018.

³⁰ Ibid., párr. 134-135.



26. Adicionalmente, en el caso *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, la Comisión Africana se refirió a que el Comité de la ONU había decidido que una “persona acusada debe tener la posibilidad de consultar con su abogado en condiciones que aseguran la confidencialidad de sus comunicaciones. Los abogados deben tener la oportunidad de aconsejar y representar a sus clientes acorde a los estándares profesionales establecidos sin ninguna restricción, influencias, presiones o injerencia indebida de ninguna parte³¹.”

C. El derecho a la representación jurídica y a la defensa

27. Los efectos de amenazas dirigidas hacia abogados e injerencias a su derecho de ejercer la profesión libremente incluyen no solo la afectación a la vida privada (incluyendo la vida profesional) del abogado y su familia, pero también la restricción del acceso a la justicia. Dicha restricción implica, por ejemplo, que las víctimas de violaciones de derechos humanos no pueden encontrar un abogado que les represente (por temor a las consecuencias) y no pueden ejercer su derecho a una defensa y a la reparación. Esto, a su vez, tiene el efecto de limitar o erradicar por completo la rendición de cuentas – y el establecimiento de la responsabilidad jurídica – por violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades o por terceros. Lo anterior precisamente parece ser el objetivo de muchos ataques a abogados y otros actores de justicia.

28. El derecho de acceso a la representación jurídica está establecido en el artículo 14(3) PIDCP. Este derecho está considerado muchas veces en relación con el derecho a preparar una defensa adecuada, lo que significa primeramente tener el tiempo y el acceso a la información requerida para llevar una defensa efectiva. El derecho a la representación jurídica también está establecido en los Principios Básicos, en su primer Principio (que se refiere a procesos penales, pero ha sido interpretado ser aplicable a procedimientos civiles y administrativos también).

“Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”.

29. Esta honorable Corte tiene una jurisprudencia reiterada sobre el derecho a la defensa. Por ejemplo, en el *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador* estableció que: “El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo³²,” y agregó, respecto del proceso penal:

³¹ Comunicación 218/98, párr. 29.

³² Corte IDH, *Ruano Torres y otros v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 153.



“El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas ...: por un lado, a través de los propios actos del inculpado... y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, inter alia, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas. La Convención Americana rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material... como de la defensa técnica³³.”

30. En el Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, esta honorable Corte estableció además que “el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados³⁴.”
31. Lo anterior significa que, si un abogado sufre amenazas y hostigamiento y - como consecuencia se ve imposibilitado o dificultado de representar a su cliente - eso afecta el derecho del cliente de ser representado por su abogado, así como su derecho de preparar una defensa adecuada (si, por ejemplo, solo tiene acceso a un abogado que no es experto en materia de derechos humanos o – por temor a represalias – el abogado de su elección no puede llevar una defensa eficaz).
32. Además, esta honorable Corte en su Opinión Consultiva OC-11/90, estableció que:
- “cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y ésta no puede, por consiguiente, obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos”³⁵. [énfasis añadido]**
33. La Comisión Africana también ha reconocido el derecho de acceso a la representación jurídica y, en el caso *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, declaró la violación del artículo 7(1)(c) de la Carta Africana³⁶ porque la víctima no tenía acceso a un abogado de su propia elección.
34. El TEDH ha establecido que el derecho a preparar una defensa adecuada, bajo el artículo 6(3)9b) CEDH, no solo implica tener acceso al expediente del caso, pero también que tener “facilidades” adecuadas para preparar la defensa incluye que el acusado pueda consultar con su abogado³⁷, ya que dicha consulta es fundamental para la preparación de una defensa.

³³ Ibid.

³⁴ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 155.

³⁵ Opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 35.

³⁶ Comunicación 218/98, 23 de abril a 7 de mayo de 2001, párr. 31.

³⁷ *Campbell y Fell v. Reino Unido*, Comunicación no. 7819/77; 7878/77, 28 DE JUNIO DE 1984, párr. 99.

35. El TEDH notó que el derecho de ser efectivamente representado por un abogado es uno de los elementos esenciales del debido proceso³⁸ y que el derecho del acusado de participar de manera efectiva en un procedimiento incluye no solo el derecho de estar presente, pero también el derecho de recibir asistencia jurídica³⁹.
36. El derecho de acceso a un abogado se ve perjudicado cuando existe un temor - generalizado en la comunidad jurídica o del abogado en particular - para representar a ciertas víctimas o acusados. Dicho temor puede ser consecuencia de amenazas, hostigamiento, pero también de acusaciones o expresiones públicas hechas por agentes estatales sobre ciertos abogados o colectivos de abogados en particular.
37. Dichas expresiones, y la persecución de abogados en general, muchas veces se basan en la identificación de abogados con sus clientes o las causas de sus clientes; una violación de la independencia de los abogados expresamente referida en Principio 18 de los Principios Básicos.
38. Las referidas expresiones negativas no solo incrementan el riesgo para un abogado en particular, pero también afectan la confianza del público en la profesión jurídica. Cuando se pierde dicha confianza en los actores de justicia y, como consecuencia, en el sistema judicial, esto significa el socavamiento del estado de derecho y la democracia.
39. En casos en que abogados son procesados en procedimientos penales, dichas expresiones además pueden violar el principio de presunción de inocencia⁴⁰ y conllevar a una violación del debido proceso⁴¹.

D. El derecho a la confidencialidad profesional

i. Introducción del principio

40. La confidencialidad profesional constituye, dependiendo de la jurisdicción, un derecho del cliente y/o una obligación del abogado⁴² (y en ciertas jurisdicciones también un derecho del abogado). Este principio existe en casi todas las jurisdicciones del mundo. Aún en una jurisdicción donde el principio como tal no existe – como Japón - la jurisprudencia de sus altas Cortes muestra que en la práctica el principio si está aplicado en varios casos⁴³.

³⁸ Salduz v. Turquía, Comunicación No. 36391/02, 27 de noviembre de 2008, párr. 51.

³⁹ Lagerblom v. Suecia, Comunicación No. 26891/95, 14 de enero de 2003, párr. 49.

⁴⁰ Comunicación No. 770/1997, Gridin v. Rusia, U.N.Doc. CCPR/C/69/D/770/1997, párr. 8.3.

⁴¹ Comunicación No. 15175/89, Allenet de Ribemont v. Francia, 10 de febrero de 1995, párr. 41.

⁴² Barra Internacional de Abogados, Declaración de la BIA en defensa del principio de confidencialidad entre abogados y clientes: <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Statement-in-Defence-of-the-Principle-of-Lawyer-Client-Confidentiality>, p. 8.

⁴³ <https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/un-basic-principles-on-the-role-of-lawyers>, p. 44-45.



41. Existen diferencias en su aplicación por jurisdicción, así como en su interpretación por el derecho civil y el derecho común (*common law*). Sin embargo, el principio fundamental es que un abogado no puede divulgar información entregada por su cliente en confianza a ninguna tercera parte, incluyendo a agentes estatales (salvo algunas excepciones)⁴⁴.
42. La jurisprudencia del TEDH muestra que este principio está considerado como un derecho humano, a saber, cómo parte del derecho al debido proceso establecido en el artículo 6 CEDH, así como del derecho a la vida privada, establecido en el artículo 8 CEDH.
43. Es importante señalar que el objetivo de este principio no es proteger a un cliente o abogado en particular, pero proteger la integridad del sistema de justicia en sí. El respeto para este derecho es fundamental para la administración de justicia, la independencia de la profesión jurídica, y la confianza de los ciudadanos en el estado de derecho.
44. Además, para que un abogado pueda ejercer su profesión de manera efectiva, y con eso cumplir su rol esencial dentro del sistema de justicia y como representante legal, es necesario que un cliente sienta la confianza para compartir toda la información necesaria para poder preparar una defensa adecuada⁴⁵.
45. Por tanto, las limitaciones al derecho de la confidencialidad profesional se interpretan de manera estricta y solo son aplicables en circunstancias bien definidas. Por lo general, se trata de situaciones en que: (i) un abogado este autorizado para divulgar información, (ii) un cliente divulga la información, (iii) un órgano estatal o una Corte este autorizado para requerir la divulgación de información⁴⁶. En la mayoría de las jurisdicciones, se necesita una orden de una Corte para obtener información que cae bajo el principio de confidencialidad profesional. Lo anterior significa que el abogado y su cliente tienen el derecho de oponerse a una solicitud para divulgación, antes de que la Corte ordene al respecto⁴⁷.
46. Las excepciones a la confidencialidad profesional aplican, sobre todo en estos escenarios: (i) cuando una Corte requiere divulgación en caso de un alegado abuso de la confidencialidad para cometer un crimen, (ii) cuando un abogado tiene que divulgar información para prevenir un crimen o un daño significativo, o (iii) cuando un abogado necesita cumplir con legislación respecto de lavado de dinero y terrorismo⁴⁸.

⁴⁴ Barra Internacional de Abogados, Declaración de la BIA en defensa del principio de confidencialidad entre abogados y clientes, p. 10.

⁴⁵ Ibid. p. 13.

⁴⁶ Ibid., p. 11.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., p. 17-19



47. El IBA ha expresado su preocupación por la violación del derecho a la confidencialidad profesional y la imposibilidad de oponerse a dicha violación:

“Existe un riesgo serio a la confidencialidad entre abogado y cliente cuando la policía o agencias estatales ignoran la protección dada por ley a la confidencialidad entre abogado y cliente, y no existe un recurso viable de justicia para prevenir dicho abuso. Por ejemplo, en ciertos países, irrespeto de la protección formal de la referida confidencialidad, puede haber inspecciones de oficinas de abogados por autoridades de investigación, seguidas por el incautamiento de todos los documentos, irrespeto de las protecciones legales⁴⁹”.

Igualmente, ha expresado su preocupación por Estados que violan la confidencialidad profesional en nombre de razones “legítimas”, como la seguridad nacional, pero utilizan sus poderes para fines inconstitucionales⁵⁰.

48. Todos los tratados internacionales de derechos humanos garantizan el derecho a la representación jurídica, pero el artículo 8(2)(d) CADH establece además explícitamente el derecho de “comunicarse libre y privadamente con su defensor”. El TEDH ha interpretado el artículo 6 CEDH de la misma manera en su jurisprudencia y la Comisión Africana - en su Resolución sobre el derecho al recurso efectivo y al debido proceso – también estableció que los individuos tienen el derecho de “comunicar en confianza con el abogado de su elección”⁵¹.

49. Esta honorable Corte, en el Caso *López y otros v. Argentina*, estableció que la gran distancia entre la cárcel - donde estaban detenidos los acusados - y sus abogados “representó un obstáculo insuperable para comunicarse libre y privadamente con sus abogados para orientar y coordinar su defensa” y que “Es evidente que lo anterior limitó la posibilidad del ejercicio de una defensa técnica y de actuación diligente con el fin de proteger las garantías procesales del representado y evitar así que sus derechos se vieran lesionados”⁵². Esta Corte declaró la violación del derecho de acceso a un abogado, así como del derecho de comunicar libremente y en privado con este, establecido en el artículo 8(2)(d) CADH⁵³.

50. Asimismo, en el Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, esta Corte se refirió al principio 8 de los Principios Básicos, que establece:

“toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”⁵⁴.

⁴⁹ Ibid., p. 20.

⁵⁰ Ibid., p. 23.

⁵¹ ACHPR/Res.4(XI)92, artículo 2(e)(i): <https://www.achpr.org/sessions/resolutions?id=9>.

⁵² Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Series C No. 396, párr. 207.

⁵³ Ibid., párr. 208.

⁵⁴ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 139.

La Corte concluyó en ese caso, entre otras cosas por la restricción a la labor de los abogados defensores, que el Estado había violado los artículos 8.2.b y 8.2.c CADH⁵⁵.

ii. *La jurisprudencia del TEDH sobre la confidencialidad profesional*

51. No obstante que la confidencialidad profesional no está explícitamente establecida en la CEDH como lo está en la CADH (notado por el TEDH en su jurisprudencia)⁵⁶, el TEDH ha interpretado el artículo 6(3)(c) de esa manera, así como el artículo 8 CEDH. Respecto del derecho al debido proceso, en el caso *S v. Suiza* consideró que:

“el derecho de un acusado para comunicarse con su abogado fuera del oído de una tercera parte forma parte de los requisitos básicos de un juicio justo en una sociedad democrática y deriva del [artículo 6(3)(c) CEDH]. Si un abogado no pudiera comunicarse con su cliente y recibir instrucciones confidenciales de este sin vigilancia, su asistencia perdería mucho de su utilidad, mientras que el objetivo de la Convención es garantizar derechos que sean prácticos y efectivos⁵⁷”.

52. En dicho caso, las autoridades habían vigilado las reuniones de la víctima con su abogado. Estas también habían interceptado cartas dirigidas a su abogado y, en una ocasión, los agentes de policía que supervisaron una reunión con su abogado habían tomado notas de esta. El Estado argumentó que la vigilancia había sido justificada porque existía un riesgo que los abogados de los coacusados coordinarían su estrategia de defensa. Sin embargo, el TEDH determinó que el Estado había violado el derecho del cliente de comunicarse con su abogado de manera confidencial bajo el artículo 6(3)(c) CEDH, porque “no obstante la seriedad de los cargos contra [la víctima]”, dicho riesgo no podía “justificar esta restricción y ninguna otra razón había sido dada que fuera convincente para [justificar]lo”. Además, “la ética profesional” del abogado “ni la legalidad de su conducta habían sido cuestionados en ningún momento” y “la restricción relevante duraba más que siete meses”⁵⁸.

53. En el caso *Lanz v Austria*, las comunicaciones entre el acusado y su abogado fueron vigilados por el alegado riesgo que el acusado influenciaría testigos o retirara documentos. El TEDH encontró una violación del artículo 6 CEDH y estableció que el derecho de comunicarse con un abogado de manera confidencial forma parte de los requisitos básicos de un juicio justo en una sociedad democrática. El TEDH concluyó nuevamente que, si un abogado no puede comunicarse con su cliente, la asistencia jurídica pierde mucho de su utilidad⁵⁹. Por tanto, la vigilancia es una injerencia seria y razones de mucho peso son necesarias para justificarla⁶⁰.

⁵⁵ Ibid., párr. 142.

⁵⁶ Comunicación No. 12629/87; 13965/88, 28 de noviembre de 1991, párr. 48.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., párr. 49.

⁵⁹ Comunicación No. 24430/94, 31 de enero de 2002, párr. 50.

⁶⁰ Ibid., párr. 52.



54. El TEDH determinó en el caso *Sakhnovskiy v. Rusia* que únicamente en circunstancias excepcionales, el Estado puede restringir el contacto confidencial entre un abogado y su cliente⁶¹. En otros casos estableció también que deben existir razones convincentes para justificar cualquier restricción⁶², por ejemplo, que las medidas adoptadas tenían el objetivo de prevenir un riesgo relacionado con la ética profesional o la mala conducta del abogado⁶³, incluyendo la sospecha de un abuso de la confidencialidad⁶⁴.
55. Cualquier limitación directa o indirecta no puede prevenir una asistencia jurídica efectiva⁶⁵ o privar una persona de un juicio justo⁶⁶. Respecto del efecto de las limitaciones en el juicio justo, una consideración relevante – entre otros - es la duración de tiempo en que fueron aplicadas⁶⁷. Ejemplos de limitaciones incluyen la vigilancia de conversaciones telefónicas entre un abogado y sus clientes⁶⁸, limitación de la frecuencia y duración de visitas de abogados a su cliente⁶⁹, falta de privacidad en videoconferencias⁷⁰, y otras limitaciones⁷¹.
56. Aparte del artículo 6 CEDH, el TEDH ha considerado la violación de la confidencialidad profesional bajo el artículo 8 CEDH. Dicho artículo protege la confidencialidad de la comunicación entre individuos en general, pero da mayor protección a comunicaciones entre abogados y clientes. Lo anterior es justificado por el rol fundamental que tienen los abogados en una sociedad democrática. Por tanto, el TEDH ha reconocido que, mientras la confidencialidad primeramente constituye una obligación del abogado, también está protegido bajo el derecho de la vida privada establecido en el artículo 8 CEDH⁷².
57. En ese sentido, el TEDH ha declarado una violación del artículo 8 CEDH, en perjuicio de abogados, por la injerencia en comunicaciones profesionales. Por ejemplo, en el caso *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugal* una abogada alegó la violación de la confidencialidad profesional, porque su información bancaria había sido consultada por las autoridades en una investigación

⁶¹ Comunicación No. 21272/03, 2 de noviembre de 2010, párr. 102.

⁶² *Moroz v. Ucrania*, Comunicación No. 5187/07, 2 de marzo de 2017, párr. 67-70.

⁶³ *S. v. Suiza*, párr. 49.

⁶⁴ *Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia*, Comunicación No. 11082/06 y 13772/05, 25 de julio de 2013, párr. 641.

⁶⁵ *Sakhnovskiy v. Rusia*, párr. 102.

⁶⁶ *Öcalan v. Turquía*, Comunicación No. 46221/99, 12 de mayo de 2005, párr. 133.

⁶⁷ *Rybacki v. Polonia*, Comunicación No. 52479/99, 13 de enero de 2009, párr. 61.

⁶⁸ *Zagaria v. Italia*, Comunicación No 58295/00, 27 de noviembre de 2007, párr. 36.

⁶⁹ *Öcalan v. Turquía*, párr. 135.

⁷⁰ *Sakhnovskiy v. Rusia*, párr. 104.

⁷¹ Por ejemplo, supervisión de entrevistas por oficiales del ministerio público (*Rybacki v. Polonia*, párr. 58); vigilancia por el juez de investigación de los contactos de un detenido con su abogado (*Lanz v. Austria*, párr. 52); supervisión de comunicación entre un abogado y su cliente durante un procedimiento jurídico en la Corte (*Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia*, párr. 642-647).

⁷² *Michaud v. Francia*, Comunicación No 12323/11, 6 de diciembre de 2012, párr. 118-119.



por fraude tributario. El TEDH determinó que el Estado no había llegado a un balance justo entre el interés público y los requisitos para la protección de la vida privada de la abogada, por falta de garantías procesales y un control judicial efectivo⁷³. La consulta por las autoridades de la referida información constituía una injerencia en su derecho de respeto a la confidencialidad profesional, lo que forma parte de su vida privada. Además, el TEDH notó que los procesos para levantar la confidencialidad profesional habían tomado lugar sin la participación de la víctima, quien no tenía la oportunidad de presentar sus argumentos⁷⁴.

58. En el caso *Altay v. Turquía (No.2)*, las autoridades de una cárcel habían ordenado que un oficial debiese estar presente durante reuniones entre el acusado y su abogada (porque la abogada habría mandado libros y periódicos a su cliente sin relación a su defensa). El TEDH estableció que la interceptación de correspondencia – aun si la misma no directamente está relacionada a la defensa – constituye una violación del derecho a la vida privada bajo el artículo 8 CEDH⁷⁵. El TEDH notó que la confidencialidad de la relación entre abogado y cliente y la obligación de las autoridades nacionales para asegurar la privacidad de las comunicaciones forman parte del marco normativo internacional reconocido⁷⁶. Adicionalmente, el TEDH estableció que no existe una razón para distinguir entre diferentes categorías de correspondencia entre abogados y clientes⁷⁷.
59. En el caso *Sommer v. Alemania*, el Ministerio Público había requerido – como parte de una investigación por fraude – una lista de todas las transacciones de una cuenta bancaria de un abogado. El TEDH estableció que la recolección, el almacenamiento y la distribución de dicha información constituía una injerencia en el derecho del abogado a la confidencialidad profesional y vida privada. La injerencia era todavía más seria porque partes de la información obtenida habían sido integradas en el expediente del caso y distribuidas a terceros⁷⁸. Adicionalmente, la inspección de la cuenta bancaria del abogado no había sido ordenada por un juez, y las garantías procesales no habían sido aplicadas para proteger la confidencialidad profesional⁷⁹.
60. En otro caso, *Kopp v. Suiza*, el teléfono de un bufete de abogados había sido vigilado bajo orden del ministerio público como parte de un proceso penal. El TEDH declaró una violación del artículo 8 CEDH ya que la legislación suiza no indicó con suficiente claridad el alcance y la manera en que las autoridades deberían ejercer la discreción⁸⁰. Por tanto, el TEDH consideró que el abogado no había gozado de la mínima protección requerida por el estado de derecho en una sociedad democrática. El TEDH consideró también que la legislación suiza no indicó de manera clara como,

⁷³ Comunicación No. 69436/10, 1 de diciembre de 2015, párr. 59.

⁷⁴ Ibid., párr. 56.

⁷⁵ Comunicación No. 11236/09, 9 de abril de 2019, párr. 57.

⁷⁶ Ibid., párr. 50.

⁷⁷ Ibid., párr. 51.

⁷⁸ Comunicación No. 73607/13, 27 de abril d 2017, párr. 57.

⁷⁹ Ibid., párr. 62.

⁸⁰ Comunicación No. 13/1997/797/1000, 25 de marzo de 1998, párr. 75.



bajo cuales condiciones, y por quien, se distingue entre asuntos relacionados con el trabajo del abogado bajo instrucciones de un cliente y otras actividades del abogado⁸¹. En ese caso, el TEDH criticó el hecho de que dicha tarea de distinción estaba asignada a un oficial, miembro del poder ejecutivo, sin supervisión por un juez independiente⁸².

61. En el caso, *Saber v. Noruega*, el TEDH no pudo establecer si el principio de confidencialidad realmente había sido vulnerado o no, pero determinó que la falta de claridad en la legislación y la falta de garantías procesales para proteger la confidencialidad profesional en sí misma constituía una violación del requisito que cualquier injerencia tiene que ser con base en la ley⁸³.
62. En otro caso, *Pruteanu v. Romania*, el teléfono de un abogado fue vigilado y el alegó que no había tenido la posibilidad de cuestionar la legalidad de esa medida y solicitar que la grabación fuera destruida. El TEDH declaró la violación del artículo 8 CEDH y estableció que la medida fue desproporcionada respecto del objetivo – que era para establecer la verdad en proceso penal y la prevención de desorden social⁸⁴. El abogado no había tenido un recurso efectivo para limitar la injerencia, que era necesario en una sociedad democrática⁸⁵. El TEDH también estableció que la vigilancia de conversaciones entre un abogado y su cliente sin duda viola la confidencialidad profesional que es la base de la relación de confianza que existe entre un abogado y su cliente⁸⁶.
63. En el caso *Smirnov v. Rusia*, el TEDH concluyó una violación del artículo 8 CEDH ya que el apartamento de un abogado había sido inspeccionado y documentos - y parte de su computadora - habían sido incautados, para obtener evidencia en contra de sus clientes. Nuevamente, el TEDH concluyó que la medida había sido desproporcionada a cualquier objetivo legítimo. La inspección no estaba basada en razones suficientes y no existían salvaguardas contra la injerencia a la confidencialidad profesional. El orden de la inspección había sido muy amplio, por lo que la policía tenía completa libertad en decidir que documentos incautar⁸⁷. El TEDH también estableció que “una injerencia en la confidencialidad profesional puede tener repercusiones en una adecuada administración de justicia y, por tanto, en los derechos garantizados por el artículo 6 [CEDH]”⁸⁸.
64. En el caso de *Kirdök y otros v. Turquía*, el TEDH estableció que la toma de información digital de abogados y la negativa para devolverla o destruirla constituía

⁸¹ Comunicación No. 13/1997/797/1000, 25 de marzo de 1998, párr. 73

⁸² Ibid., párr. 74.

⁸³ Comunicación No. 459/18, 17 de diciembre de 2020, párr. 57.

⁸⁴ Comunicación No. 30181/05, 3 de febrero de 2015, párr. 56.

⁸⁵ Ibid., párr. 54.

⁸⁶ Ibid., párr. 49.

⁸⁷ Comunicación No. 71362/01, 7 de junio de 2007, párr. 48.

⁸⁸ Ibid.



una violación del artículo 8 CEDH y no era proporcional al objetivo legítimo de prevención de un crimen y protección de los derechos de terceros⁸⁹. Las autoridades judiciales tenían la obligación de devolver o destruir la información digital sin demora. La legislación no establecía las consecuencias de una falta de cumplir con esa obligación.

65. Cabe señalar que la violación del artículo 8 CEDH también se puede dar por el efecto amedrentador que tienen las amenazas a los abogados, incluyendo por la vigilancia, cuando no pueden hacer su trabajo como consecuencia, lo cual implica una afectación grave a su vida privada (y también afectaría a su familia por falta de recursos económicos).

iii. La confidencialidad profesional en la jurisprudencia colombiana y de otros países

66. En Colombia, el Código Disciplinario para Abogados establece que un abogado solo puede divulgar información confidencial entregado por un cliente para prevenir la comisión de un crimen. En 2012, la Corte Constitucional de Colombia consideró si el derecho de un abogado para divulgar información confidencial bajo esas circunstancias era inconstitucional con base en el socavamiento de la relación entre abogado y cliente. Dicha Corte estableció que el abogado tendría que tomar una decisión respecto de la necesidad de la divulgación, tomando en cuenta el siguiente test: (i) la existencia de un peligro para el estado de derecho por la comisión de un crimen; (ii) el balance entre la confidencialidad profesional y la importancia de la información divulgada; y (iii) si la divulgación de la información era una medida "ideal" para prevenir el peligro⁹⁰. Por tanto, los abogados no están obligados a divulgar información, lo que podría implicar una injerencia en la relación entre abogado y cliente, pero tienen el derecho de divulgar si lo creen apropiado, apegándose al test referido.
67. En Chile, la Corte Suprema de Justicia consideró si una violación del derecho a la defensa y la confidencialidad profesional había ocurrido en un caso llevado por el Consejo de Defensa del Estado. Algunos ministros habían ordenado a dicho Consejo proveer los argumentos hechos por los abogados del Consejo mientras actuaron en un proceso penal. Los ministros alegaron que dicha información constituía información pública conforme a la Ley de Transparencia. No obstante, la Corte Suprema estableció la confidencialidad asociada con el rol del abogado, decidiendo que los documentos requeridos por los ministros estaban protegidos por la confidencialidad profesional, irrespeto del rol de los abogados del Consejo como oficiales públicos. La Corte también consideró que la confidencialidad profesional es un asunto de interés público, que asegura el debido proceso⁹¹.

⁸⁹ Comunicación No. 14704/12, 3 de diciembre de 2019, párr. 58.

⁹⁰ C-301-12, 25 de abril de 2012.

⁹¹ Caso No. 23134-2014.



68. En Brasil, la Corte Superior de Justicia decidió sobre la confidencialidad profesional en un caso sobre el incautamiento de documentos en el departamento jurídico de un banco.⁹² La Corte estableció que el lugar de trabajo de un abogado y el departamento jurídico de un banco solo pueden ser accedidos por autoridades en situaciones limitadas. La Corte también estableció que la inspección de oficinas y el incautamiento de documentos constituyen una injerencia en la inviolabilidad del rol del abogado, garantizado por el artículo 133 de la Constitución Federal⁹³.
69. En Alemania, la Corte Constitucional Federal decidió un caso en que un doctor y su abogado se opusieron a la inspección de la oficina del abogado y el incautamiento de documentos relacionados a la defensa⁹⁴. La Corte estableció que los derechos fundamentales del abogado y su cliente habían sido violados. El cliente en su derecho a la defensa y el abogado en su derecho fundamental de ejercer su profesión de manera libre, su derecho a la vida privada, su derecho a no dar testimonio y a mantener la confidencialidad profesional. La Corte estableció que los documentos en posesión de un abogado son confidenciales (no solo los documentos profesionales respecto de la relación entre abogado y cliente) si se encuentran en la oficina de un abogado y están relacionados – por lo menos en la menor medida - con procedimientos jurídicos.
70. En Sudáfrica, en el caso *AmaBhungane Centre for Investigative Journalism NPC v Minister of Justice and Correctional Services*, la constitucionalidad del régimen de vigilancia de comunicaciones fue denunciada ya que permitió a las autoridades vigilar comunicaciones con base en razones excepcionales⁹⁵. La Corte reconoció que dicha vigilancia, en el caso de comunicaciones de abogados, puede ser justificada porque los abogados “no son inmunes al mismo tipo de conducta que justifica la vigilancia de otros miembros de la sociedad” (por ejemplo, cuando existe un riesgo para la seguridad nacional o criminalidad seria). Sin embargo, la Corte estableció que “el funcionamiento apropiado de nuestro sistema de justicia depende de la confidencialidad de comunicaciones entre un abogado y su cliente” el cual “a su vez, protege el Estado de Derecho”⁹⁶. La Corte, por tanto, estableció que la vigilancia integral de comunicaciones entre abogados y clientes sin reconocimiento de esta realidad jurídica, y – aún más – constitucional, sería contrario al Estado de Derecho⁹⁷.
71. La Corte estableció que lo anterior significa que “consideración especial tiene que ser dada a este hecho cuando se busca y ordena ordenes de vigilancia” y concluyó que la legislación relevante era inconstitucional “en la medida en que, cuando el sujeto que es objetivo de la vigilancia es un abogado ejerciendo la profesión [o un periodista]

⁹² Recurso Ordinário no Mandado de Segurança 27.419, São Paulo (2009).

⁹³ Artículo 133: Un abogado es indispensable para la administración de justicia por lo que es inviolable en sus actos o manifestaciones hechas en el ejercicio de su profesión, dentro de los límites de la ley.

⁹⁴ 2 BvR 2928/10.

⁹⁵ *AmaBhungane Centre for Investigative Journalism NPC v Minister of Justice and Correctional Services* 2021 (3) SA 246 (CC)

⁹⁶ Ibid. párr. 117.

⁹⁷ Ibid.



no provee salvaguardas adicionales calculadas para minimizar el riesgo de injerencia de la confidencialidad del abogado ejerciendo la profesión y de su cliente”.⁹⁸

iv. *La jurisprudencia del TEDH sobre la vigilancia y la seguridad nacional*

72. Aparte de haberse referido a la vigilancia de comunicaciones entre abogados y clientes - así como a la inspección de oficinas y casas de abogados y el incautamiento de documentos - como constituyendo una violación seria del derecho al debido proceso y del derecho a la vida privada, el TEDH también se ha referido a la vigilancia en general como constituyendo una vulneración del derecho a la vida privada.
73. En el caso *Huvig v. Francia*, respecto al requisito que cualquier limitación de dicho derecho tiene que ser acorde a la ley, el TEDH estableció que cualquier medida tiene que ser basada en la legislación nacional, la cual tiene que ser accesible y “previsible” respecto de sus consecuencias, así como ser compatible con el estado de derecho⁹⁹. Adicionalmente, el TEDH notó que: “la interceptación de conversaciones telefónicas representa una injerencia grave en la vida privada y la correspondencia y tiene que ser basada en una ‘ley’ que es particularmente precisa”¹⁰⁰.
74. En este caso, el TEDH estableció que la ley no cumplió con dichos requisitos, ya que no incluía “salvaguardas adecuadas en contra de posibles abusos”, porque – por ejemplo – las categorías de personas que podrían ser vigiladas por orden judicial y “la naturaleza de los crímenes que podrían dar lugar a dicho orden” no eran definidas. Tampoco existía una obligación para el juez de fijar un límite de tiempo respecto de la interceptación, ni las circunstancias bajo las cuales las grabaciones tendrían que ser destruidas¹⁰¹.
75. Respecto de la vigilancia aplicada en secreto, el TEDH ha dicho en el caso *Malone v. Reino Unido* que: “cuando el poder del ejecutivo es ejercido en secreto, los riesgos de arbitrariedad son evidentes”¹⁰², porque en dicho caso el escrutinio del individuo en particular y del público en general está ausente. Lo anterior significa que sería contrario al estado de derecho si el poder ejecutivo tuviera una discreción ilimitada en aplicar dichas medidas. La legislación nacional tiene que definir con suficiente claridad el alcance de la discreción asignada a las autoridades y la manera en que esta puede ser ejercida, teniendo en cuenta el fin legítimo de la medida aplicada. Solo entonces el individuo puede ser protegido contra una injerencia arbitraria,¹⁰³ “secreta y posiblemente peligrosa para el derecho a la vida privada y la correspondencia”¹⁰⁴.

⁹⁸ Ibid. párr. 119.

⁹⁹ Comunicación No. 11105/84, 24 de abril de 1990, párr. 26.

¹⁰⁰ Ibid., párr. 32.

¹⁰¹ Ibid., párr. 34.

¹⁰² Comunicación No. 8691/79, 2 de agosto de 1984, párr. 67.

¹⁰³ Ibid., párr. 68.

¹⁰⁴ Ibid. párr. 67.



Por tanto, el derecho interno tiene que dar salvaguardas jurídicas suficientes contra el abuso de las medidas.

76. Para determinar si una medida puede ser considerada como “necesaria en una sociedad democrática”, el TEDH ha considerado en *Chappell v. Reino Unido* si existen “salvaguardas para mantener su impacto dentro de límites razonables”, por ejemplo, que la medida solo este permitida “por un período breve”, y que existan restricciones respecto del número de personas afectadas. Asimismo, “cualquier información obtenida solo puede ser utilizada para un fin definido” y debe existir una “variedad de recursos ... en el evento que [una persona] considere que una orden fue ejecutada de manera inapropiada¹⁰⁵”.
77. En el caso *Roman Zakharov v. Rusia*, el TEDH declaró la violación del artículo 8 CEDH porque la legislación nacional no incluía garantías efectivas contra la arbitrariedad en la aplicación y el riesgo de abuso que es inherente a cualquier sistema de vigilancia. EL TEDH estableció que la legislación nacional no cumplía con los requisitos respecto de: las circunstancias bajo las cuales las autoridades pueden utilizar esas medidas; la duración de estas y las circunstancias bajo las cuales tienen que ser suspendidos; los procesos para autorizar la vigilancia, así como el almacenamiento y la destrucción de la información; y la supervisión de la vigilancia¹⁰⁶.
78. El TEDH también estableció que la notificación de la vigilancia *a posteriori* (a la persona sujeto de la vigilancia) está relacionada necesariamente con la efectividad de cualquier recurso para oponerse a esta. Una persona afectada solo puede oponerse a la medida aplicada cuando sabe que la vigilancia tuvo lugar y puede cuestionar su legalidad de manera retroactiva, o si puede oponerse con base en la sospecha de que ha estado bajo vigilancia secreta¹⁰⁷. En este caso, solo las personas que podían evidenciar que la vigilancia había ocurrido podían interponer un recurso para oponerse a esta, pero obtener dicha evidencia era imposible ya que la información respecto de la vigilancia no era accesible¹⁰⁸.
79. El TEDH también se ha expresado sobre la vigilancia en relación con la (alegada) protección de la seguridad nacional. Por lo general, el TEDH acepta la legitimidad de este objetivo para restringir el derecho a la vida privada y los Estados tienen una margen de apreciación al respecto. En el caso *Leander v. Sweden*, el TEDH estableció que el alcance de dicha margen depende del fin legítimo perseguido y la naturaleza de la injerencia. En dicho caso, el interés del Estado en proteger su seguridad nacional tuvo que ser balanceado con la seriedad de la injerencia en la vida privada de la víctima.¹⁰⁹ El TEDH agregó que: **“por el riesgo que un sistema de vigilancia secreta [diseñado] para la protección de la seguridad nacional [en**

¹⁰⁵ Comunicación No. 10461/83 30 de marzo de 1989, párr. 60.

¹⁰⁶ Comunicación No. 47143/06, 4 de diciembre de 2015, párr. 231 y 302.

¹⁰⁷ Ibid., párr. 234.

¹⁰⁸ Ibid., párr. 295.

¹⁰⁹ Comunicación No. 9248/81, 26 de marzo de 1987, párr. 59.



efecto] socava o destruye la democracia con base en defenderla ... tienen que existir garantías adecuadas y efectivas contra su abuso¹¹⁰ [énfasis añadido]

80. En el caso *Klass y otros v. Alemania*, el TEDH estableció que los Estados pueden aplicar vigilancia secreta en su territorio para combatir el terrorismo, por ejemplo. En dicho caso, puede existir legislación que permite, bajo circunstancias excepcionales, dicha vigilancia en la medida en que es necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional o prevención de crímenes o desorden social. Sin embargo, por el peligro que representa dicha legislación para la democracia, el TEDH ha precisado que los Estados no tienen discreción ilimitada para aplicar la vigilancia secreta en nombre de la lucha contra el espionaje y terrorismo¹¹¹.
81. En el caso *Kennedy v. Reino Unido*, el TEDH estableció que la vigilancia secreta solo era permitida bajo el artículo 8 CEDH en la medida en que era estrictamente necesario para la salvaguardia de las instituciones democráticas. El TEDH consideró que “estrictamente necesario” significa que deben existir garantías efectivas y adecuadas contra cualquier abuso. Lo anterior depende de todas las circunstancias, como la naturaleza, el alcance y la duración de las medidas, las razones para ordenarlas, las autoridades competentes para implementarlas y supervisarlas, y los recursos establecidos en el derecho interno para cuestionarlas¹¹². En *Kaushal y otros v. Bulgaria*, el TEDH reconoció que algunas de las actividades de la víctima podrían ser considerados como un riesgo a la seguridad nacional, pero estableció que el Estado no había demostrado la existencia de hechos precisos para justificar las medidas aplicadas¹¹³.
82. La jurisprudencia mencionada indica que el TEDH considera la vigilancia, aun si es aplicada con el fin de proteger la seguridad nacional, como una medida que posiblemente representa un peligro para la democracia (especialmente si no existen garantías para prevenir su abuso). Asimismo, aun si el fin de la medida puede ser legítimo, la vigilancia puede constituir una violación del derecho a la vida privada (y del debido proceso), especialmente en casos de abogados cuando el TEDH ha establecido que la medida no es proporcional (tomando en cuenta el derecho a la confidencialidad profesional).

¹¹⁰ Ibid., párr. 60.

¹¹¹ Comunicación No 5029/71, 6 de septiembre de 1978, párr. 49.

¹¹² Comunicación No. 26839/05, 18 de mayo de 2010, párr. 153.

¹¹³ Comunicación No. 1537/08, 2 de septiembre de 2010, párr. 31-32.



v. *La jurisprudencia del TEDH sobre la colección y el almacenamiento de información personal*

83. El TEDH ha determinado en el caso *Marper v. Reino Unido*, respecto del almacenamiento de información por las autoridades sobre la vida privada de un individuo, que esto en sí mismo puede constituir una violación del artículo 8 CEDH, irrespeto del uso que se hace después de esa información¹¹⁴.

“en determinar si la información personal retenida por las autoridades concierne un aspecto de la vida privada..., la Corte tomará en cuenta el contexto específico dentro del cual la información relevante ha sido grabada y guardada, la naturaleza de los documentos, la manera en la cual se utiliza y se procesan esos documentos y los resultados que pueden ser obtenidos...”¹¹⁵

84. Asimismo, en el caso *Amann v. Suiza*, el TEDH consideró que era suficiente que los datos relacionados con la vida privada habían sido almacenados por una autoridad pública para concluir que esto constituyó una violación del artículo 8 CEDH, irrespeto del uso de la información e irrespeto si la información recogida y almacenada había sido de naturaleza sensible o había sido inconveniente de alguna manera para la víctima¹¹⁶.

85. En otro caso, *Shimovolos v. Rusia*, el nombre de un defensor de derechos humanos había sido incluido en una “base de datos de vigilancia”, sus movimientos habían sido monitoreados y él fue arrestado. El TEDH estableció la violación del artículo 8 CEDH, entre otros, porque el orden ministerial que creó la base de datos no había sido publicado y no era accesible al público. Por tanto, los ciudadanos no podían saber, entre otros, las razones por que una persona podría ser registrada y para cuanto tiempo se almacenaba la información¹¹⁷.

86. En el caso *Catt v. Reino Unido* información fue recogida y almacenada sobre un activista en una base de datos sobre “extremistas domésticos”. El TEDH estableció una violación del artículo 8 CEDH ya que la información era relacionada a sus opiniones políticas y ese tipo de información requiere mayor protección¹¹⁸. El TEDH estableció que la recopilación de la información había sido justificada, pero el almacenamiento no, por la ausencia de salvaguardas¹¹⁹.

87. En el caso *Haralambie v. Romania*, el TEDH estableció la violación del artículo 8 CEDH por los obstáculos en consultar un archivo personal que había sido creado sobre la víctima por los servicios de inteligencia. El período de 6 años que pasó antes

¹¹⁴ Comunicación Nos. 30562/04 y 30566/04, 4 de diciembre de 2008, párr. 67.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Comunicación No. 27798/95, 16 de febrero de 2000, párr. 70.

¹¹⁷ Comunicación No. 30194/09, 21 de junio de 2011, párr. 69.

¹¹⁸ Comunicación No. 43514/15, 24 de enero de 2019, párr. 112.

¹¹⁹ Ibid., párr. 118-119.



de concederle el acceso a su archivo personal no era justificado, ni por la cantidad de los archivos ni por las faltas del sistema mismo¹²⁰. El TEDH estableció que el Estado no había cumplido con su obligación para establecer un proceso eficaz y accesible para obtener acceso - dentro de un tiempo razonable - a información incluida en el archivo personal¹²¹.

88. En el caso *Rotaru v. Romania*, el TEDH estableció una violación del artículo 8 CEDH por la recopilación y el almacenamiento de información personal en archivos de servicios de inteligencia, pero también una violación del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) porque había sido imposible para la víctima oponerse al almacenamiento de la información y a su contenido¹²².

Conclusión

89. El caso de referencia le permite a esta honorable Corte profundizar su jurisprudencia respecto de la independencia de la profesión de los abogados (ya habiendo interpretado el alcance de ese principio en casos de jueces¹²³ y teniendo una sentencia pendiente en caso de un fiscal¹²⁴) y su relación con las garantías procesales y el debido proceso, incluyendo la confidencialidad profesional.
90. Es sumamente importante que esta Corte no solo se refiera a su jurisprudencia establecida respecto de los derechos de los defensores de derechos humanos. Los abogados constituyen un grupo especial de defensores, visto su rol fundamental en cualquier sistema de justicia.
91. Un ataque a un abogado, de cualquier tipo – sea por vigilancia, amenaza, violencia física o psicológica, u por otro método - va mucho más allá que un ataque a su persona (y a sus seres queridos). Afecta también el derecho de acceso a la justicia de sus clientes y su derecho a poder ejercer un recurso efectivo y a la reparación.
92. Lo que evidencian los estándares internacionales y la referida jurisprudencia es la obligación de los Estados para garantizar que los abogados puedan ejercer su profesión de manera libre y sin injerencia indebida. Si un Estado no protege de manera adecuada a los abogados que ejercen la profesión bajo su jurisdicción, conforme a los estándares internacionales en la materia, está obstruyendo sus

¹²⁰ Comunicación No. 21737/03, 27 de octubre de 2009, párr. 95.

¹²¹ Ibid., párr. 96.

¹²² Comunicación No 28341/95, 4 de mayo de 2000, párr. 72-73.

¹²³ Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Caso *Reverón Trujillo* Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197; Caso *López Lone y otros* Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

¹²⁴ Caso *Nissen Pessolani v. Paraguay*: <https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/nissenpessolani.pdf>.



propios procedimientos jurídicos, la buena administración de justicia, y el acceso a la justicia de sus ciudadanos.

93. En varias jurisdicciones, dentro de los cuales se podría incluir a Colombia, a menudo el objetivo de la falta de protección adecuada - especialmente respecto de abogados quienes trabajan casos de derechos humanos - parece ser precisamente impedir el establecimiento de la responsabilidad jurídica por violaciones de derechos humanos.
94. Un ataque a un abogado, o la falta de protección ante un ataque, no solo representa un ataque a la profesión jurídica, sino al sistema de justicia en sí mismo. Cualquier ataque a un actor de justicia (sea juez, fiscal o abogado) es un ataque al estado de derecho. Un Estado que no protege a los miembros de la profesión jurídica, o cuyas autoridades están involucradas en injerencias indebidas, no se puede considerar un estado de derecho.

Marina Brilman, PhD
Consejera en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

The Law Society of England and Wales
113 Chancery Lane, Londres WC2A 1PL
Reino Unido
Correo electrónico: marina.brilman@lawsociety.org.uk