



UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

Facultad de Derecho

VULNERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO:
INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 102 DE LA
LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

Sebastián Caicedo Ricaurte

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado

Director

Dr. René Bedón Garzón

San Francisco de Quito, D.M., 2020

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Contenido

ABSTRACT	VI
RESUMEN	VII
INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: EL PROBLEMA.....	2
1.1 Planteamiento	2
1.2 Formulación	2
1.3 Preguntas de Investigación	4
1.4 Objetivos.....	4
1.4.1 General	4
1.4.2 Específicos	4
1.5 Justificación e importancia	4
1.6 Limitaciones.....	5
2. CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Fundamentación Teórica.....	7
2.3 Fundamentación Legal.....	10
2.3.1 Normas Constitucionales	10
2.3.2 Normas Infra Constitucionales	11
2.3.3 Jurisprudencia.....	12
2.4 Definición de Términos Básicos	13

3. CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	16
3.1 Método inductivo-deductivo	16
3.2 Método análisis-síntesis	17
4. CAPÍTULO IV: EL SECRETO.....	18
4.1 Concepto	18
4.2 Fundamento.....	18
4.3 Clases.....	18
4.4 Teoría del Cono	19
4.5 Gradación de los secretos del cono	19
5. CAPÍTULO V: SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.....	22
5.1 Concepto	22
5.2 Fundamento.....	23
5.3 Normativa	24
5.4 Alcance	27
5.5 Excepciones	30
5.6 Supervisión disciplinaria.....	31
5.7 Sanciones	32
5.8 Derecho comparado: Estados Unidos, Islas Vírgenes Británicas y Cuba	34
6. CAPÍTULO VI: INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES INCONSTITUCIONALES .	37
6.1 Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno.....	37

6.2 Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016.....	38
7. CAPÍTULO VII: VÍA LEGAL PARA EXPULSAR LAS DISPOSICIONES INCONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO	39
8. CAPÍTULO VIII: DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS	40
9. CAPÍTULO IX: ARGUMENTOS QUE DEMUESTRAN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	41
9.1 Transgresión constitucional del legislador al obligar a los abogados a divulgar información de sus clientes. El derecho a la intimidad	41
9.2 Transgresión constitucional del legislador al otorgar a la administración tributaria la facultad de obtener y actuar pruebas con violación de la constitución. El derecho al debido proceso	42
9.3 Transgresión constitucional del legislador al expedir leyes contrarias a la constitución. El derecho a la seguridad jurídica	43
CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS	46

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, María del Carmen, Santiago papá y Santiago hijo.

A los maestros Diego Jaramillo y Diego Montenegro.

Al doctor René Bedón.

ABSTRACT

The present work entitled “Unconstitutionality of the Second Paragraph of Article 102 of the Organic Law of the Internal Tax Regime” is an analysis of the contradiction between the second paragraph of Article 102 of the infra constitutional Organic Law of the Internal Tax Regime and the Constitution and the legal system. This work also analyzes the professional secrecy focused on the Attorney-Client Privilege, the legal inefficiency of the said Article and of the Fourth General Provision of the Regulation for the Application of the Organic Law of Solidarity and Citizen Co-responsibility for the Reconstruction and Reactivation of the Areas Affected by the Earthquake of April 16, 2016. The main objective is to demonstrate the constitutional breach of the legislator by violating one of the basic and ethical principles of the profession: the Attorney-Client Privilege. The present work concludes that the text of the Second Paragraph of Article 102 of the Organic Law of the Internal Tax Regime as well as of the text of Fourth General Provision of the Regulation for the Application of the Organic Law of Solidarity and Citizen Co-responsibility for the Reconstruction and Reactivation of the Areas Affected by the Earthquake of April 16, 2016 are unconstitutional; and therefore the only possible sanction, applying the principle of constitutional supremacy, is its expulsion from the legal system.

Keywords: Professional Secrecy, Attorney Client-Privilege, Unconstitutionality.

RESUMEN

El presente trabajo, titulado “Inconstitucionalidad del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno” es un análisis sobre la contradicción entre el inciso segundo del artículo 102 infra constitucional de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno y la Carta Magna y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se analiza también el secreto profesional enfocado en el Privilegio de Abogado-Cliente, la ineficacia jurídica del mencionado artículo y el de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016. El objetivo principal es demostrar la transgresión constitucional del legislador al vulnerar uno de los principios básicos y éticos de la profesión: el Privilegio Cliente-Abogado. El presente trabajo concluye en que los textos del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como el de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 son inconstitucionales por razones de contenido; y por lo tanto, la única sanción posible, aplicando el principio de supremacía constitucional, es su expulsión del ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: Secreto Profesional, Privilegio Abogado-Cliente, Inconstitucionalidad.

INTRODUCCIÓN

Todo abogado tiene la obligación de guardar el secreto profesional. El secreto profesional no es solo una obligación sino también un derecho, el cual existe para garantizar un servicio de excelencia en asesoría y representación a las personas, sea éste dentro o fuera del ámbito judicial.

A fin de asegurar que un abogado asesore, represente o defienda de la mejor manera, es indispensable que sus clientes puedan conversar libremente con él, lo cual, únicamente será posible si el abogado es libre de mantener toda la información que le revele su cliente, o potencial cliente, bajo estricta confidencialidad, no pudiéndola revelar a terceros – incluyendo a autoridades– bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, dentro del año 2016, el legislador reformó el artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y estableció una obligación para los abogados de informar, bajo juramento, a la Administración Tributaria sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de beneficiarios efectivos ecuatorianos *so pena* de ser sancionados con una multa de hasta diez fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar.

La disposición contenida en dicha reforma es a todas luces contraria a la Constitución y al ordenamiento jurídico ecuatoriano; incluso, tal es la incompatibilidad de aquella disposición con nuestro ordenamiento, que en caso de que un abogado la llegue a cumplir, éste podría ser sancionado conforme al artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal (pena privativa de libertad de seis meses a un año).

Consecuentemente, para que nuestro ordenamiento jurídico sea coherente en lo que al secreto profesional se refiere, es necesario determinar la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno así como de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016.

CAPÍTULO I

El Problema

1.1.Planteamiento:

Dentro del tema que nos ocupa, nuestra Constitución Política y la normativa infra constitucional garantizan el secreto profesional (privilegio abogado-cliente) tanto como deber y como derecho; incluso, nuestro ordenamiento establece distintas sanciones de carácter administrativas, civiles y penales para quien incumpla con dicho deber.

No obstante y a pesar de que el privilegio abogado-cliente es uno de los principios básicos y éticos de la abogacía, los textos encontrados dentro del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como dentro de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 obligan al abogado a informar bajo juramento a la Administración Tributaria sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de beneficiarios efectivos ecuatorianos *so pena* de ser sancionados con una multa de hasta diez fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar; el artículo no es claro en determinar cuál sería la sanción penal aplicable, pero de la revisión de la normativa penal, el único delito que podría configurarse sería el de perjurio, contemplado en el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal (pena privativa de libertad de tres a cinco años).

Las normas mencionadas en el párrafo anterior claramente generan una plena incoherencia con nuestro ordenamiento jurídico; lo cual acarrea problemas como: desconfianza de las personas en los abogados, denigración de la profesión del abogado, que los abogados se nieguen a aceptar confidencias, que el abogado al cumplir con tales disposiciones podría incurrir en un delito (violación secreto profesional), eventuales sanciones administrativas, civiles y/o penales.

1.2.Formulación:

¿Son inconstitucionales los textos del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como el de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016?

Las disposiciones contenidas los textos del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como el de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 transgreden los derechos fundamentales y otras normas infra constitucionales de nuestro ordenamiento.

A lo largo de nuestra Carta Magna, se garantiza al secreto profesional (como derecho y deber), el derecho a la intimidad, el derecho a no ser obligados a realizar algo prohibido; además, se establece que las normas infra constitucionales en ningún caso atentaran contra los derechos fundamentales y se establece también el principio de supremacía constitucional. En cuanto a las normas infra constitucionales, en lo principal, el Código Orgánico Integral Penal señala que la persona que viole el secreto profesional y que ocasione un daño, incurrirá en el delito de revelación de secreto, tipificado en el artículo 179 *ibídem*, pudiendo ser condenado a una pena privativa de libertad de seis meses a un año. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial establece estrictamente la prohibición del abogado de transgredir el secreto profesional. Vale añadir, que existe también dentro de nuestro ordenamiento una *soft-law* que indica los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados” extraídos del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, la cual será tratada más adelante.

Para eliminar la actual incoherencia jurídica que actualmente existe dentro de nuestro ordenamiento, es de suma importancia realizar un análisis de constitucionalidad de las normas señaladas en el primer párrafo de este apartado; y tras determinar su inconstitucionalidad, influenciar para que el Foro de Abogados, el Colegio de Abogados, el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Hemisferios, u otra entidad o persona solicite

a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de dichas normas, y recomendar que hasta que exista tal declaración, los abogados se acojan a la resistencia garantizada en el artículo 98 de la Constitución.

1.3.Preguntas de Investigación:

- a. ¿Cuál es el concepto y las clasificaciones del secreto?
- b. ¿Por qué existe y cuál es el fundamento del privilegio abogado-cliente?
- c. ¿Cuál es el alcance y cuáles son las limitaciones del privilegio abogado-cliente?
- d. ¿Cuáles son los argumentos que demuestran la incompatibilidad normativa?

1.4.Objetivos:

a. General: Determinar la inconstitucionalidad de los textos encontrados dentro del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como dentro de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016.

b. Específicos:

- i. Investigar el concepto del secreto y sus clasificaciones.
- ii. Examinar el secreto profesional del abogado.
- iii. Analizar el fundamento del privilegio abogado-cliente, el porqué de su existencia.
- iv. Determinar el alcance y las limitaciones del privilegio abogado-cliente.
- v. Señalar la ineficacia jurídica de las normas contrarias a la Constitución previamente indicadas.
- vi. Demostrar la incompatibilidad normativa actualmente existente en nuestro ordenamiento jurídico.

1.5.Justificación e importancia:

Para que nuestro ordenamiento jurídico sea coherente en lo que al secreto profesional se refiere, es necesario determinar la inconstitucionalidad del Inciso Segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno así como de la Disposición General Cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016; y expulsarlos de nuestro ordenamiento.

El secreto profesional no es solo una obligación sino también un derecho, el cual existe para garantizar un servicio de excelencia en asesoría y representación a las personas, sea éste dentro o fuera del ámbito judicial.

A fin de asegurar que un abogado asesore, represente o defienda de la mejor manera, es indispensable que sus clientes puedan conversar libremente con él, lo cual, únicamente será posible si el abogado no podrá revelar la información recibida por sus clientes bajo ninguna circunstancia.

1.6.Limitaciones:

- a. Escasa doctrina y jurisprudencia ecuatoriana.
- b. Encontrar fuentes del derecho aplicables al tema del Ecuador.
- c. Encontrar, del extranjero, fuentes del derecho aplicables caso.
- d. Confidencialidad de procesos disciplinarios del Colegio de Abogados.

CAPÍTULO II

Marco Teórico

2.1. Antecedentes:

En pruebas documentales, Loayza Tamayo & Marín Sandoval señalan que el secreto profesional se remonta a los años 460 – 377 a.C., con el llamado juramento del médico Hipócrates de Cos (ahora llamado Juramento Hipocrático):

tiene su origen el juramento formulado por el médico más célebre de la historia, Hipócrates de Cos (460 – 377 a.C.), efectuado en los siguientes términos: Por Apolo y Esculapio, juro, por Higeia, Panacea y todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigos de la observancia de este voto, que me obligo a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas [...] guardaré reserva acerca de lo que oiga o vea en la sociedad y no será preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, considerando el ser discreto como un deber en semejantes casos. (Loayza Tamayo & Marín Sandoval, 2010, pp. 13-14)

En Ecuador, a nivel constitucional, es en nuestra Carta Fundamental de 1998 que por primera vez se hizo referencia al secreto profesional: *“El Estado (...) garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación”* (Const, 1998, art. 81).

Sin embargo, el secreto como tal, no es un concepto nuevo en Ecuador, ya que el primer Código Penal de 1837, disponía que serán castigados como reos de injuria pública o privada aquellos que fuera de los casos que la ley manda, descubran o revelen el secreto que se les haya confiado por otra persona, siempre que del descubrimiento o revelación del secreto, se siga a la persona que le confió, algún perjuicio en el honor, fama, carácter o reputación (Código Penal, 1837, art. 509)

Ahora, el secreto profesional aplicado exclusivamente al abogado que ahora lo conocemos como privilegio abogado-cliente, recién fue añadido a nuestro ordenamiento jurídico en

1974, con la emisión de la Ley Orgánica de la Función Judicial del mismo año, donde se estableció lo siguiente: “*Es prohibido a los doctores en jurisprudencia y abogados: 1.- Revelar el secreto de sus clientes, sus documentos o instrucciones*” (Ley Orgánica de la Función Judicial, 1974, art. 151).

2.2.Fundamentación Teórica:

SILVA SILVA cita a ACHAVAL, quien define al *secreto* como aquello “*que cuidadosamente se tiene reservado y oculto y en su significado como adjetivo es oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás*” (Hernán Silva Silva, 1995, p. 611); por su parte, RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, tras revisar las acepciones del diccionario de la Real Academia Española, define a la palabra *secreto* en los siguientes términos:

Quien revise en el diccionario de la Real Academia Española, encontrará que la palabra *secreto* tiene veintidós acepciones distintas. De todas ellas, para nuestros fines, interesan especialmente dos: la primera que señala genéricamente que secreto es “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta” (aquí secreto no es una actitud mental), y la tercera que lo entiende como el “conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio.” Así, la palabra *secreto* en el idioma español sería, por un lado, una *información* de especiales características, y por otro, es una situación mental que implica el *conocimiento* de dicha información. (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 21)

Así, el mismo autor define al secreto como “*aquello que se tiene reservado y oculto*” (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 23); y advierte que su objeto material es la información: “*La información es el objeto material del secreto: sin ella no hay secreto*” (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 23).

En cuanto al secreto profesional, JAVIER DE LA TORRE DÍAZ menciona que es uno de los principios fundamentales de la abogacía e indica:

El secreto, por lo tanto, es tanto un deber concreto como un principio orientador de orden moral. El secreto está unido al principio de reserva. Se trata de mantener en secreto todo lo llegado a nuestro conocimiento por el encargo profesional que el cliente nos confió. (DE LA TORRE DÍAZ, 2000, p. 299)

Igualmente, en cuanto al secreto profesional, REVERTE COMA señala lo siguiente:

una modalidad de secreto comiso implícito, basado en la comunicación privilegiada de la relación (...) Se entiende por secreto comiso o pactado el que obliga en virtud de la voluntad expresa de quien lo confía, comprometiéndose la persona que lo recibe a reservarlo. Se llama profesional por derivar de una profesión. (Reverte Coma, 1983, p. 18)

En cuanto al secreto profesional del abogado, Tomás Liscano expuso que es cierto que existe dificultad para los abogados en determinar cuál es la información confidencial de sus clientes, por lo tanto, es necesario que los abogados sean discretos y que mantengan en reserva la información en todo caso:

aparece de resalto para el abogado la dificultad de poder fijar en un momento dado, el material secreto o puntos reservados de cada asunto que se le encomienda; y es por ello por lo que más recomendable regla de conducta en terreno tan fragoso como es la discreción, el silencio en todo caso. (Tomás Liscano, 1973, p. 67)

El Tribunal Constitucional de Ecuador (actual Corte Constitucional) analizó al secreto profesional y se manifestó pronunciando lo siguiente:

Pues bien, analicemos lo que significa la tutela de los secretos frente a la divulgación dañina, y miremos al secreto profesional ya como aquella información que no puede ser revelada por recaer en los saberes o conocimientos relativos a la profesión o negocio que pueden ser aprovechados por la competencia desleal, los que no constituyen un bien con valor intrínseco, o la del secreto profesional relacionado con el deber que

tienen los miembros de ciertas profesiones como el caso de los médicos de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión, como sería el caso de una enfermedad congénita, lesiones corporales, o del hecho de que una persona adolezca de SIDA, información que debe mantenerse secretamente, y que en estos casos sí afecta el derecho a la intimidad de las personas, a la honra y la buena reputación. (Tribunal Constitucional, 046-2002-HD, 2003).

Como vemos, ahora y con anterioridad, al secreto se lo protege jurídicamente porque de ser revelado, puede vulnerar la intimidad e integridad de las personas. El bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad; dentro del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano se indicó que la intimidad se *“refiere al conjunto de características biológicas, psicológicas, éticas, espirituales, socioeconómicas, y biográficas de una persona en la medida en que forman parte de su vivencia o conciencia”* (Risso Ferrand, 2002, p. 281).

La importancia del secreto profesional abogado no es un hecho aislado, sino que incluso la Corte Constitucional ha señalado que protegerlo es uno de los más altos deberes del Estado al resolver que *“los derechos a la (...) reserva de fuente y el secreto profesional (...) es congruente con uno de los más altos deberes del Estado, que es garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales”* (Corte Constitucional, 003-14-SIN-CC, 2014).

En armonía con lo anterior, la supremacía constitucional garantiza que ninguna norma infra constitucional pueda vulnerar los derechos fundamentales, los cuales tienen un carácter decisivo e inmutable a favor de todas las personas de la República; consecuentemente, la Corte Constitucional valora al control abstracto de constitucionalidad en los siguientes términos:

El control constitucional es en esencia una actividad de naturaleza valorativa, que parte desde la concepción de la existencia de una Constitución como fuente de validez del sistema normativo (1). El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la

eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional surten efectos de cosa juzgada con consecuencias generales o erga omnes, y su declaratoria deriva en la invalidez del acto normativo impugnado. (Corte Constitucional Ecuador, 2012)

2.3.Fundamentación Legal:

2.3.1. Normas Constitucionales:

- i. Secreto Profesional:** Dentro del artículo 20 se reconoce el deber de confidencialidad y secreto profesional: *“Art. 20.- El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación”* (Const, 2008, art. 20).
- ii. Derecho a la Intimidad:** Dentro del artículo 66 (20) se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la intimidad: *“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 20. El derecho a la intimidad personal y familiar”* (Const, 2008, art. 66.20).
- iii. Derecho de Libertad:** Dentro del artículo 66 (29) (d) se reconoce y garantiza que las personas no sean obligadas a realizar algo prohibido: *“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 29. Los derechos de libertad también incluyen: d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”* (Const, 2008, art. 66.29.d).
- iv. Derecho a la Resistencia:** Dentro del artículo 28 se garantiza el derecho a resistirse frente a acciones u omisiones del poder público que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales: *“Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos*

constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos” (Const, 2008, art. 28).

- v. **Garantía Normativa:** Artículo 84, las normas infra constitucionales en ningún caso atentarán contra los derechos fundamentales: “*Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”* (Const, 2008, art. 84).
- vi. **Supremacía Constitucional:** Artículo 424, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento: “*Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”* (Const, 2008, art. 424).

2.3.2. **NORMAS INFRA CONSTITUCIONALES:**

- i. **Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno:** Artículo 102, obliga al abogado a informar bajo juramento a la Administración Tributaria sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de beneficiarios efectivos ecuatorianos so pena de ser sancionados con una multa de hasta diez

fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar

- ii. **Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016:** Disposición General Cuarta, obliga a violar el secreto profesional en procesos de determinación tributaria.
- iii. **Código Orgánico Integral Penal:** Artículo 179, la persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.
- iv. **Código Orgánico de la Función Judicial:** Artículo 335, se establece como prohibición violar el privilegio abogado-cliente.
- v. **Soft-Law:** Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”, La Habana, 1990, Principio 22, se reconoce el Privilegio Abogado-Cliente.

2.3.3. **JURISPRUDENCIA:**

- i. Resolución del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 2003 dentro del caso No. 046-2002-HD, publicado en el Registro Oficial Suplemento 66 de 22 de abril de 2003.
- ii. Resolución Corte Constitucional de 21 de junio de 2012 del caso No. 0044-11-IN, publicado en el Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de agosto de 2012.
- iii. Resolución de la Corte Constitucional de 17 de septiembre de 2014 dentro del caso No. 003-14-SIN-CC, publicado en el Registro Oficial Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014.

- iv. Resolución del Tribunal Constitucional de 08 de junio de 2004 dentro del caso No. 001-2004-DI, publicado en el Registro Oficial 374 de 09 de julio de 2004.
- v. Resolución del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 2012 dentro del caso No. 0044-11-1N, publicado en el Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de agosto de 2012.
- vi. Resolución de la Corte Constitucional de 19 de abril de 2012 dentro del caso No. 1806-10-EP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 781 de 4 de septiembre de 2012.
- vii. Resolución de la Corte Constitucional de 9 de enero de 2014 dentro del caso No. 0121-11-EP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 184 de 14 de febrero de 2014.
- viii. Auto Resolutorio No. 0318-2012 de 07 de noviembre de 2011, emitido por la Jueza Temporal encargada del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, dentro del caso No. 0253-2012 *Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia vs. Evelyn Lisseth Vega Mora*. Este juicio posteriormente llegó a conocimiento del Tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, cuya decisión en sentencia se publicó en la Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. P. 5432. (Quito, 09 de octubre de 2012).

2.4. Definición de Términos Básicos:

- a. **Secreto:** SILVA SILVA cita a ACHAVAL quien menciona que “*Es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto y en su significado como adjetivo es oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás*” (Hernán Silva Silva, 1995, p. 611). Para RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA es “*por un lado, una información de especiales características, y por otro, es una situación mental que implica el conocimiento de dicha información*” (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 21).

- b. Información:** MARTÍNEZ-VILLALBA: *“objeto material del secreto: sin ella no hay secreto”* (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 23).
- c. Informaciones Reservadas:** *“suele concederse a los secretos públicos o de Estado”*; nos hallamos ante *información oculta que alguien posee de forma custodiada*, es decir, ante secretos. Así, la información reservada no es sino una especie de secreto (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 77).
- d. Informaciones Confidenciales:** *“reserva para los secretos privados”* nos hallamos ante *información oculta que alguien posee de forma custodiada*, es decir, ante secretos. Así, la información confidencial no es sino una especie de secreto (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 77).
- e. Comunicación Privilegiada:** *“Se entiende por comunicación privilegiada el hecho de que su actividad profesional le protege y permite abstenerse de dar información confidencial de la que haya sido depositario el profesional en virtud de su propia profesión o en acto profesional”* (Reverte Coma, 1983, p. 18).
- f. Secreto Profesional:** *“una modalidad de secreto comiso implícito, basado en la comunicación privilegiada de la relación (...) Se entiende por secreto comiso o pactado el que obliga en virtud de la voluntad expresa de quien lo confía, comprometiéndose la persona que lo recibe a reservarlo. Se llama profesional por derivar de una profesión”* (Reverte Coma, 1983, p. 18).
- g. Privilegio Abogado-Cliente:** *“todos aquellos que una vez revelados pueden mancillar la honra de los sujetos actuantes, perjudicar sus intereses y personas, o bien destruir o cuando menos disminuir la consideración de que dichos sujetos gocen en la sociedad. Y he aquí que con esta explicación, aparece de resalto para el abogado la dificultad de poder fijar en un momento dado, el material secreto o puntos reservados de cada asunto que se le encomienda; y es por ello por lo que más recomendable regla de conducta en terreno tan frágil como es la discreción, el silencio en todo caso”* (Tomás Liscano, 1973, p. 67).
- h. Intimidad:** *“La intimidad refiere al conjunto de características biológicas, psicológicas, éticas, espirituales, socioeconómicas, y biográficas de una*

persona en la medida en que forman parte de su vivencia o conciencia” (Risso Ferrand, 2002, p. 281).

- i. Privacidad:** “el derecho a la privacidad comprende el derecho a guardar la totalidad de los secretos legítimos. Desde otro punto de vista: sin privacidad fáctica –aquella que no coincide necesariamente con derecho subjetivo a mantener las cosas en privado– no hay secretos. Esta privacidad se constituye como un elemento de la esencia del secreto, pues para que este exista, una persona debe *poseer* una información *oculta, no pública*, que los demás no conozcan. Esa posesión es, pues, una posesión *privada* de información” (Riofrío Martínez-Villalba, 2008, p. 76).
- j. Inconstitucionalidad:** “*Implica la invalidez de la ley*” (Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral, Fernández Sarasola, 1997, p. 252).

CAPÍTULO III

Metodología

La metodología de investigación se realizará a través de investigación jurídica que recopile información de soporte para realizar, en lo principal, el correspondiente análisis de constitucionalidad; para el efecto tal información será recolectada del ordenamiento jurídico ecuatoriano, priorizando resoluciones de jueces ecuatorianos y en especial de la Corte Constitucional. También la información será recolectada de bibliografía de especialistas sobre todo en materia constitucional. Los métodos teóricos reconocidos que aplicarán en el presente trabajo son los siguientes:

3.1.Método inductivo-deductivo:

Sobre este método, VILLABELLA ARMENGOL señala lo siguiente:

Bajo esta denominación exponemos dos formas de razonamiento que recorren caminos lógicos contrapuestos, por lo que en alguna literatura son manejados como métodos diferentes; y éstos son el hipotético-deductivo y el inductivo; utilizados de manera conexas, permiten establecer generalizaciones a partir de aspectos concretos y determinar lo que hay de común en las individualidades, luego de lo cual deduce y particulariza nuevamente.

El proceso de inducción recorre el camino de lo particular a lo general, ya que a partir de situaciones específicas induce regularidades válidas o aplicables a casos semejantes, obviando lo relativo o cambiante, y buscando las formas estables. Ésta es la manera de establecer conclusiones desde el estudio de casos y la forma de razonar en las investigaciones cualitativas.

El proceso de deducción va de lo general a lo particular, e implica sistematizar conocimiento y establecer inferencias que se aplican a varias situaciones y casos pertenecientes a un conjunto. Posibilita abordar lo desconocido a partir de lo conocido, concluir desde principios generales,

consistentes y de gran fuerza lógica; es el camino de las investigaciones cuantitativas.

En la ciencia jurídica –en donde las investigaciones cualitativas tienen presencia–, la inducción, como forma de razonamiento, posibilita construir teoremas desde situaciones particulares y casos concretos, establecer regularidades, generalizar y pautar conclusiones. (Villabella Armengol, 2015, p. 938)

3.2.Método análisis-síntesis:

Es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo.

El análisis es el proceso que permite dividir o separar el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen, con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis es lo opuesto, y mediante ésta se integra el objeto, y así se obtiene una comprensión general. Este sucesivo accionar de fragmentación-examen-reconstrucción-visualización de las interconexiones brinda una nueva visión del objeto, esencial para su estudio.

Las operaciones de análisis-síntesis funcionan como pares contrarios que se complementan, y aunque en un momento determinado predomine una u otra acción, su alcance gnoseológico sólo es posible cuando se emplean de manera conexas.

Este método es utilizado en prácticamente todo proceso investigativo. En la ciencia jurídica, es recurso imprescindible cuando se estudian normas, instituciones, procedimientos, conceptos, etcétera, que necesitan descomponerse en sus estructuras para caracterizarlas. (Villabella Armengol, 2015, p. 937)

CAPÍTULO IV

EL SECRETO

4.1 Concepto

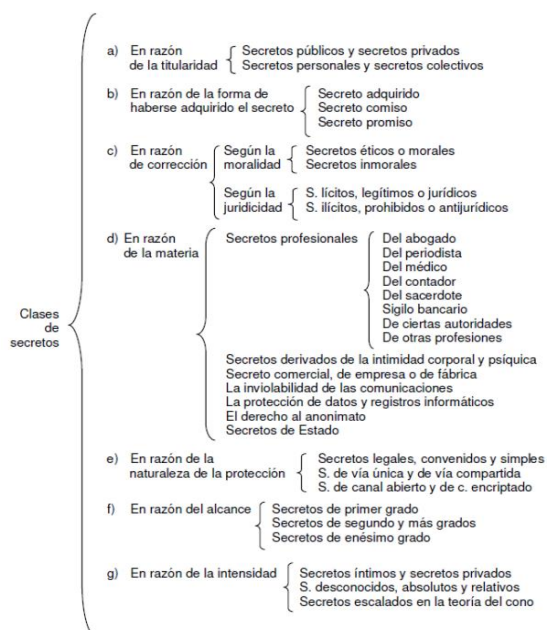
ACHAVAL lo define como “*lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto y en su significado como adjetivo es oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás*” (Hernán Silva Silva, 1995, p. 611).

4.2 Fundamento

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA enseña que las palabras: intimidad, privacidad, vida privada y confidencialidad no mantienen un acuerdo conceptual en la doctrina; pero que todas estas implican “*algún tipo de información, poseída y custodiada por una o varias personas*” y que “*El secreto se muestra como el sustrato básico de todos los elementos mencionados. Sin secreto no es posible la intimidad, la vida privada, la privacidad, etc.*” (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 140).

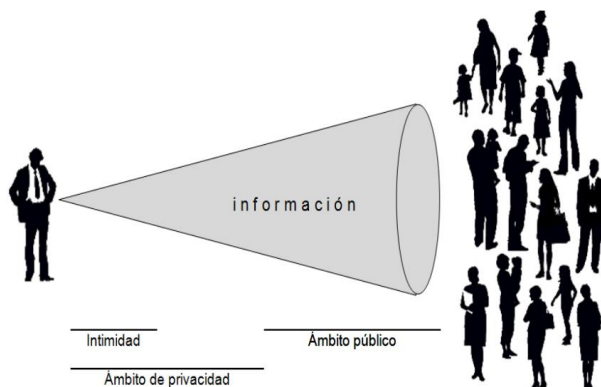
4.3 Clases

El secreto ha sido clasificado según siete criterios generales (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 141):



4.4 Teoría del Cono

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA expone la Teoría del Cono, que clasifica los secretos según su intensidad, con la siguiente gráfica (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 147):



Este gráfico representa, a su izquierda, la “*información genética de la persona, sus pensamientos no expresados, sus convicciones, la religión que profesa*” que está protegida por el bien jurídico del derecho a la intimidad, y a su derecha, “*la imagen corporal expuesta al público cuando camina por la calle, sus escritos publicados en la prensa, sus discursos... el grado de protección que prestará el derecho a uno y otro tipo de información será muy diverso*”, cuya información, por su naturaleza, no puede escapar del conocimiento público (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 147).

Así, concluye el autor que, “*En definitiva, la teoría del cono determina qué tanto alcance y qué tan pesado será el derecho del secreto: si está más cerca del núcleo personal (como las convicciones políticas, religiosas o la intimidad corporal) merecerá mayor protección y el derecho será más intenso que si la información naturalmente estuviera más expuesta al público (como la información de interés público o que se publica abiertamente en internet)*” (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 147).

4.5 Gradación de los secretos del cono

Dentro del cono existe una gradación, progresividad dependiendo en la intensidad de los secretos. Explica RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA que, conforme se muestra a continuación, los secretos de los extremos son fáciles de ubicar; mientras que los que aparecen en el medio resultan difíciles por los siguientes motivos: “*(i) hay varios criterios*

para medir la intensidad de cada secreto; (ii) el derecho a cada secreto presenta varias justificaciones, donde la doctrina no siempre está de acuerdo; y de igual modo, (iii) también son diversos los motivos por los que se prohíbe guardar ciertos secretos” (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, p. 151). La gradación que propone RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA es la siguiente (especial énfasis con el grado número 15, cuadro que contiene los secretos más intensos del ámbito privado, donde se encuentra el secreto profesional del abogado):

POLO DEL ÁMBITO PRIVADO	
Grados de intensidad	Clase de secreto
15º	Secretos exclusivamente intelectuales (conciencia, religión; delitos que recriminan la conciencia, pecados, culpas y omisiones, etc.; anonimato en las obras). A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto del abogado, del confesor, del consejero espiritual.
14º	Secretos exclusivamente corporales (imagen, genéticos, sanguíneos, orientación sexual; enfermedades, etc., pasadas, actuales o futuras). A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto médico, el secreto de ciertos procesos judiciales (v. gr. los penales relacionados con los atentados contra el pudor, algunos casos de menores).
13º	Otros secretos derivados del derecho a la intimidad personal.
12º	Secretos derivados del derecho a la intimidad familiar (anécdotas familiares, origen social, nivel económico familiar, etc.). A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto de ciertos procesos judiciales (v. gr. los de alimentos, los de divorcio, los de filiación, etc.), junto con los privilegios para no declarar en contra de los familiares.
11º	La inviolabilidad de las comunicaciones. La inviolabilidad gnoseológica (no física) del domicilio, que prohíbe los registros visuales no autorizados del domicilio. La información, bancos de datos, registros, etc. que no se haya puesto a disposición del público, archivados en el domicilio virtual o físico.
10º	Otros secretos derivados del derecho a la vida privada (v. gr. secretos en los documentos personales del portafolio o de los cajones propios en una oficina; riqueza personal; noticias blandas y chismes recibidos que otros no tienen por qué saber; el desempeño laboral). A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto del contador, el sigilo del banquero, el secreto entregado al periodista y el secreto en los juicios laborales.
9º	Secretos del ciudadano relacionados con la vida política (secreto del voto, la filiación política, etc.). A este mismo nivel, por obligación para con la fuente, el secreto al que están obligadas las autoridades electorales.
8º	El secreto que nace de forma meramente convencional (cláusulas o acuerdos de confidencialidad lícitos; secreto en las negociaciones, en la mediación y en el arbitraje).
7º	Secreto comercial (también llamado secreto de empresa o de fábrica). La información no divulgada empresarial.

6º	Secretos relacionados con la defensa nacional.
5º	El secreto en las deliberaciones de los tribunales de justicia.
4º	Secretos a los que están obligados los funcionarios y las autoridades en razón de su cargo, sobre otros secretos distintos a los anteriores (v. gr. los secretos sobre los gastos reservados y los secretos que los inferiores guardan de las autoridades superiores).
3º	Secretos de Estado.
2º	Secretos de oportunidad en los procesos judiciales o administrativos (v. gr. las providencias destinadas a obtener el secuestro de los bienes del deudor).
1º	Varios secretos prohibidos (v. gr. los secretos que esconde quien comercializa productos que dañan la salud, de ínfima calidad, contrarios a las leyes, etc.).
POLO DEL ÁMBITO PÚBLICO	

De acuerdo con el mismo autor, los factores casuísticos que pueden modificar la intensidad del secreto son (Riofrío Martínez-Villalba, 2015, pp. 153-154):

- a. **La materia concreta sobre la que versa el secreto:** Si el secreto amenaza la vida de muchas personas, su prohibición o derecho serán más intensos.
- b. **El nivel del poseedor del secreto:** Condición de guardar el secreto. Distinta es la posición de su titular que la de otros poseedores.
- c. **Los niveles de custodia del secreto:** La custodia es un elemento constitutivo del secreto; un secreto muy custodiado es más intenso.
- d. **La acumulación de justificativos:** Un secreto con muchas justificaciones es más intenso.

CAPÍTULO V

SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

5.1 Concepto

En armonía con lo expuesto con anterioridad, puedo señalar que el secreto profesional del abogado abarca toda la información que es puesta en su conocimiento por un cliente. En este sentido, DE LA TORRE DÍAZ manifiesta que *“Se trata de mantener en secreto todo lo llegado a nuestro conocimiento por el encargo profesional que el cliente nos confió. Pero también es importante llevar una conducta inspirada en la discreción y reserva en los contactos. No es sólo callar sino llevar una determinada conducta discreta que no revele indirectamente ciertos datos”* (De La Torre Díaz, 2000, pp. 299-300).

En concordancia, el mismo autor, cita el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española; el cual es dedicado al secreto profesional, que indica (De La Torre Díaz, 2000, p. 301):

1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.
4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.
5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite.
6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.
7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.
8. El secreto profesional es un derecho y un deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.

5.2 Fundamento

Conforme señala DE LA TORRE DÍAZ, *“El cliente por su situación de necesidad le desvela al abogado sus más íntimas situaciones. Al hacerle el encargo al abogado, el*

cliente le confía su dirección y reserva” (De La Torre Díaz, 2000, p. 300). Dada la naturaleza de nuestra profesión, es sumamente delicada la información que nos proporcionan nuestros clientes, siempre depositando en nosotros su entera confianza; por tanto, nuestros clientes deben tener la garantía, de que bajo ninguna circunstancia, podremos revelar la información depositada en nosotros.

Desde mi punto de vista, el secreto profesional del abogado tiene la razón de ser en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, básicamente para garantizar un servicio de excelencia a quienes requieren servicios legales. Cuestión de lealtad y fidelidad a los clientes.

5.3 Normativa

No existe un determinado cuerpo legal que regule el privilegio de la relación cliente-abogado.

El artículo 20 de la Constitución, reconoce el deber de confidencialidad y secreto profesional, en los siguientes términos: *“Art. 20.- El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación”*.

Conforme se desprende de la norma constitucional previamente transcrita, los profesionales en Ecuador tienen la obligación de no divulgar información catalogada como privilegiada y/o confidencial, asimismo, las personas tienen el derecho a mantener su información en reserva. En concordancia, el artículo 66 (20) de la Constitución, reconoce y garantiza a las personas el derecho a la intimidad personal y familiar.

La violación de dicha obligación se encuentra sancionada por el artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, “COIP”), el cual manifiesta que en caso de que una persona divulgue un “secreto” encomendado a ella en virtud de su profesión, estado u oficio, empleo o arte, cuya divulgación pueda causar daño a otra persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

De la misma forma, el artículo 66 (21) de la Constitución, indica que se garantiza el secreto de todas las comunicaciones en general, reconociendo el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, indicando que ésta no puede ser retenida, abierta ni examinada, salvo resolución judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos que motive su examen; y, en plena concordancia, el artículo 5 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, indica que todos los mensajes de datos son confidenciales y deben ser considerados como información privilegiada, incluyendo la información transmitida a consecuencia de la relación cliente-profesional. El mismo artículo establece que toda violación al principio de confidencialidad y reserva de los mensajes de datos será sancionada conforme lo dispuesto en las normas pertinentes y aplicables a la materia.

La violación del derecho de las personas a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, se encuentra sancionado por el artículo 178 del COIP, referente a la violación a la intimidad, el cual establece que la persona que, sin contar con el consentimiento de la persona o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con una pena privativa de libertad de uno a tres años; vale anotar, que el mismo artículo establece que no es aplicable dicha sanción para la persona que divulgue grabaciones de audio y video en las que interviene personalmente, o cuando la información divulgada es de carácter pública.

Es preciso hacer énfasis en que, a pesar de que el artículo 476 del COIP otorga ciertas excepciones a favor de los jueces penales en cuanto a su habilidad de ordenar la interceptación de comunicaciones o datos informáticos, el numeral 5 del mismo artículo establece que se encuentra estrictamente prohibido interceptar cualquier comunicación que se encuentre protegida por el secreto profesional.

El artículo 424 del COIP, establece igualmente ciertas exoneraciones del deber de denunciar para aquellas personas que lleguen a conocer sobre el cometimiento de un delito de ejercicio público de la acción. Cuyo tenor literal manifiesta que “*Art. 424.- Nadie podrá ser obligado a denunciar a su cónyuge, pareja en unión estable o parientes hasta el cuarto*

grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco existirá esta obligación cuando el conocimiento de los hechos esté amparado por el secreto profesional”.

Adicionalmente, el artículo 503 (2) del COIP establece las reglas para el testimonio de terceros dentro de un juicio en materia penal, señalando que no se recibirá las declaraciones de las personas depositarias de un secreto que lo hayan conocido en razón de su profesión, oficio o función, si estas versan sobre la materia del secreto, y, en caso de que estas personas hayan sido convocadas a juicio para rendir su testimonio, tienen la obligación de comparecer para explicar el motivo del cual surge la obligación de abstenerse de declarar, guardando discreción en lo que se refiere al secreto o reserva de fuente. Así también, dentro de otras materias, la regla general encontrada en el artículo 175 (2) del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, “COGEP”), igualmente establece que el declarante puede negarse a responder cualquier pregunta que viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por otra disposición expresa de la ley.

Incluso, el artículo 330 (2) del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, “COFJ”) indica que es un deber de todo abogado patrocinar a su cliente con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.

El derecho a la intimidad en Ecuador, se encuentra protegido también por instrumentos internacionales, como lo son, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, es preciso anotar que la obligación de guardar el secreto profesional de los jueces en Ecuador se encuentra regulada por el Estatuto del Juez Iberoamericano.

Asimismo, el artículo 269 del COIP señala que el abogado, defensor o procurador que en un juicio revele los secretos de su persona defendida (cliente) a la parte contraria o que después de haber defendido a una parte y enterándose de sus medios de defensa, la abandone y defienda a la otra en procesos relacionados entre sí, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El mencionado precepto, también ha sido desarrollado en áreas diferentes a la de responsabilidad penal. Es así, que el artículo 335 (1) (4) del COFJ establece la prohibición a los abogados de revelar los secretos, documentos o instrucciones de sus clientes y

también la prohibición de defender a una parte después de haber defendido a la otra, en procesos relacionados entre sí. Por consiguiente, cualquier secreto, documento o instrucción proporcionado a un abogado por su cliente se encuentra protegido. En el caso eventual de que un abogado viole dichas disposiciones, aparte de las sanciones penales y/o civiles que en derecho correspondan, el abogado podrá ser sancionado con una multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas, y, el incumplimiento de pago por el lapso de tres meses de la correspondiente multa impuesta, ocasionará la suspensión en el Foro de Abogados, cuya suspensión subsiste hasta que se haga efectivo el pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 del COFJ.

En relación a lo antes expuesto, vale indicar, que según el artículo 76 (4) de la Constitución, toda prueba o acto realizado en violación al secreto profesional o al privilegio cliente-abogado, no tendrá validez alguna y carecerá de eficacia probatoria dentro de cualquier proceso. Incluso, conforme se establece en el artículo 92 del Código Tributario, dentro de procedimientos administrativos en ésta materia, no se podrá requerir información a los profesionales que tengan el derecho a invocar el secreto profesional.

Finalmente, el en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en La Habana, 1990, Ecuador, a fin de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, aprobó los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”; cuyo principio 22 señala que los gobiernos estarán obligados a reconocer el secreto profesional del abogado, que incluye la confidencialidad de las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes dentro de su relación profesional.

5.4 Alcance

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al concepto y alcance del secreto profesional, proporcionando incluso ciertos ejemplos puntuales –dentro del campo médico–, sobre aquella información que se encuentra protegida bajo el secreto profesional, en los siguientes términos (Tribunal Constitucional, 046-2002-HD, 2003):

En el caso, los accionados alegan la improcedencia del hábeas data en razón de que no pueden proporcionar la información solicitada por cuanto se les

obligaría a incurrir en la conducta tipificada en el artículo 284 del Código Penal, dada la profesión que ejercen de médicos o paramédicos al ser depositarios de un secreto profesional y que al revelarlo aún al declarar en juicio, podrían ser sancionados o reprimidos con pena de prisión.

Pues bien, analicemos lo que significa la tutela de los secretos frente a la divulgación dañina, y miremos al secreto profesional ya como aquella información que no puede ser revelada por recaer en los saberes o conocimientos relativos a la profesión o negocio que pueden ser aprovechados por la competencia desleal, los que no constituyen un bien con valor intrínseco, o la del secreto profesional relacionado con el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones como el caso de los médicos de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión, como sería el caso de una enfermedad congénita, lesiones corporales, o del hecho de que una persona adolezca de SIDA, información que debe mantenerse secretamente, y que en estos casos sí afecta el derecho a la intimidad de las personas, a la honra y la buena reputación.

Así también, en concordancia con lo antes indicado, el mismo Tribunal dentro un caso similar, se pronunció sobre un punto importante señalando que, la obligación de guardar el secreto profesional se extiende a proteger todos aquellos secretos que el médico, o, en el caso que nos ocupa, que el abogado conoce, directa o indirectamente dentro de su ejercicio profesional, en los siguientes términos: *“El secreto profesional es la obligación ética que tiene el médico de no divulgar ni permitir que se conozca la información que directa o indirectamente obtenga durante el ejercicio profesional sobre la salud y vida del paciente”* (Tribunal Constitucional, 0018-2008-HD, 2008).

En relación a lo previamente indicado y como se vio, la Constitución dispone que todo intercambio de comunicación entre dos o más personas por cualquier medio está protegido por el secreto de las comunicaciones, es decir, que todo lo que se comunica es secreto, por tanto, toda la información que el cliente comunica a su abogado se encuentra protegida por el secreto profesional.

Para abundar, en cuanto a la aplicación e interpretación de las disposiciones constitucionales referentes a la correspondencia, vale citar lo resuelto por la Jueza Temporal encargada del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, dentro del juicio que siguió el *Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia* contra la señora *Evelyn Lisseth Vega Mora*, donde dicha Jueza se pronunció resolviendo lo siguiente (Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, 253-2012, 2012):

Dentro de la doctrina constitucional, el derecho de inviolabilidad de correspondencia, busca la protección del peligro de atentados contra otro tipo de derechos, así mismo del rango de fundamentales, se habla de la protección contra la libertad, tanto de acción como de libertad de pensamiento y sus manifestaciones extrínsecas, que tienen dos o más personas que se comunican por este medio en todas sus formas, es decir el pensamiento político, religioso, sexual, de creencias, etc. Otros consideran que protege la intimidad, ya que en la correspondencia se imprimen los más internos sentimientos, los relatos de la vida privada, familiar, confidencias, las mismas que al ser reveladas podrían causar atentados contra el honor y buen nombre así como grandes conmociones sociales para el individuo que expresa e incluso para quien recibe. Este derecho no solo protege a un sujeto, sino a dos o más sujetos en un mismo momento, conforme la dinámica de la correspondencia epistolar y electrónica, esto es al remitente y al o a los destinatarios, tanto en el ejercicio de su libertad o a la reserva de la intimidad, es por ello que también este derecho protege otros derechos tales como el de no discriminación, derechos económicos, el honor, a la imagen, etc. El principio protegido por tanto implica no un solo derecho desde mi punto de vista, es decir no solo la libertad, o a la intimidad; sino más bien, es un principio de protección intermedia por el peligro que puede suponer su vulneración frente a otros derechos que del contenido mismo del correo puede afectarse, esto por que como vemos los contenidos son indeterminados, para su protección; es decir, no importa lo que diga o muestre (conforme sea lenguaje escrito, imágenes, sonidos) es decir la información en sentido general para que éste sea inviolable o secreto, sino

solamente se protege frente al peligro que genera su vulneración o revelación.

De lo aludido en el texto citado –sin dejar de lado el hecho de que todo lo que se comunica por cualquier medio es secreto–, se desprende que la Constitución tutela y protege toda la correspondencia sin excepciones y sin importar su contenido, esto en virtud del peligro que puede generar su vulneración o revelación, es decir, que toda la información que el abogado conoce a través de la correspondencia también es secreta, por tanto, toda la información que el cliente envía a su abogado mediante correspondencia igualmente se encuentra protegida por el secreto profesional.

Cabe recalcar, que para sancionar la divulgación de un secreto en materia penal, se debe considerar el “*principio de lesividad*” consagrado en la Constitución (artículo 66, numerales 5 y 29, d); por tanto, podrá incurrir en responsabilidad penal aquel abogado que divulgue información que cause un daño.

5.5 Excepciones

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se han establecido ciertas excepciones a la obligación de guardar el secreto profesional para los profesionales en general como para el abogado, conforme a continuación se detalla.

El artículo 4 (a) del Reglamento Interno del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha señala que, los abogados se encuentran exentos de guardar el secreto profesional: i) cuando el cliente así lo autorice, ii) cuando se trate de la defensa del propio cliente; y, iii) cuando se trate de la defensa del abogado ante una acción iniciada en su contra por uno de sus clientes.

Por otro lado, en cuanto al abogado y la prensa, a pesar de que el artículo 330 (6) del COFJ establece que los abogados en el patrocinio de las causas deben abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso en que intervengan, aún no resueltos; el Tribunal Constitucional, en cuanto a la realización de declaraciones públicas, manifestando principalmente que, en ciertos casos y en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se puede tornar indispensable que tanto los abogados como los jueces declaren e informen

sobre cuestiones de interés general, señalando lo siguiente (Tribunal Constitucional, 001-2004-DI, 2004):

Respecto a las responsabilidades ulteriores, debe indicarse que la legislación ecuatoriana ya establece prohibiciones a jueces y magistrados, respecto de la materia que conocen. Así, el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dice: "Es prohibido a los jueces: 1.- Manifestar su opinión o anticiparla en causa que estuvieren juzgando o debieren juzgar". Por supuesto, el hecho de que los jueces o magistrados manifiesten su opinión o anticipen criterio respecto de causas sometidas a su conocimiento es motivo de prevaricato, y por lo tanto sujeto a responsabilidades. La mencionada norma es suficiente para establecer la responsabilidad de los juzgadores; puesto que se recalca que prohibirles la libertad de expresión en cualquier causa penal es establecer un sistema de censura previa que no hace mérito a la justicia puesto que sería establecer con anticipación que siempre sus declaraciones serían motivo de prevaricato, lo cual no necesariamente es cierto, y en algunos casos, por el contrario, se torna indispensable para informar cuestiones de interés general, sin que por ello se viole derechos ajenos o se promueva el desequilibrio social. Aceptar lo contrario sería tanto como decir que por el hecho de que los doctores en jurisprudencia y abogados tienen la prohibición de revelar el secreto de sus clientes, no puedan realizar declaraciones públicas puesto que hacerlo implicaría violar tal secreto. Bien puede ser cierto, y en ese caso el profesional del derecho será sujeto de responsabilidades, pero bien puede ser que se trate de emitir información pública de interés general, y en ese caso el derecho a la libertad de expresión adquiere plena vigencia en un estado democrático.

5.6. Supervisión disciplinaria

En Ecuador, únicamente los abogados debidamente incorporados en el registro del Foro de Abogados, que mantiene el Consejo Nacional de la Judicatura a través de sus Direcciones Regionales, tienen el derecho a ejercer la profesión.

El Tribunal Constitucional del Ecuador (actual Corte Constitucional), declaró inconstitucional, por razones de fondo, toda normativa relacionada con la exigencia de afiliación a los Colegios gremiales para poder ejercer una profesión, entre ellas, la obligación de los abogados a afiliarse a un Colegio de Abogados. Por tanto, para un abogado en Ecuador, desde 2008, no es necesario estar afiliado a un Colegio de Abogados para ejercer su profesión, sino, simplemente encontrarse incorporado al mencionado Registro que se encuentra a cargo del CNJ, a través de una de sus Direcciones Regionales.

A pesar del mencionado fallo del Tribunal Constitucional, los Colegios de Abogados aún continúan existiendo en las diferentes provincias del país, quienes, en su conjunto, integran la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, regulada por la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. Sobre este respecto, vale recalcar que dicha Ley es actualmente aplicable exclusivamente a aquellos abogados que se encuentran afiliados, voluntariamente, a algún Colegio de Abogados.

En este sentido, la supervisión en cuanto a la conducta de los abogados afiliados a un Colegio, es responsabilidad tanto del respectivo Colegio de Abogados como del Consejo de la Judicatura; y exclusivamente responsabilidad del Consejo de la Judicatura cuando un abogado no se encuentre afiliado a un Colegio.

En el caso de los abogados afiliados, les es aplicable la Ley de Federación de Abogados del Ecuador y el Código de Ética Profesional, de Avellán Ferrés. Quienes divulguen información protegida por el privilegio abogado-cliente serán sancionados por un Tribunal de Honor del Colegio de Abogados al que pertenezcan.

En el caso de abogados no afiliados, les es aplicable el Código Orgánico de la Función Judicial. Quienes divulguen información protegida por el privilegio abogado-cliente serán sancionados por las direcciones regionales o provinciales respectivas del Consejo de la Judicatura.

Esto sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.

5.7. SANCIONES

a. Disciplinarias

En el caso de abogados afiliados a un Colegio, tras una denuncia escrita y reconocida que fuere presentada ante el respectivo Colegio de Abogados, un Tribunal de Honor podrá sancionar al abogado afiliado con i) apercibimiento por escrito, ii) multa pecuniaria, iii) censura a la conducta profesional del abogado, o, iv) suspensión temporal en el goce de los derechos de afiliado; y, en el caso de que el Tribunal de Honor considere que la falta del abogado es de las que la ley prevé sanción de suspensión del ejercicio profesional, debe notificar a la Dirección Regional respectiva del CNJ para que dicha Dirección proceda con la sanción correspondiente.

No obstante, para los abogados afiliados o no afiliados, ambos pueden ser sancionados, de oficio, por queja o denuncia, directamente por las Direcciones Regionales respectivas del CNJ, de conformidad con lo prescrito por el artículo 336 del COFJ; pudiendo ser sancionados con una multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas, cuyo incumplimiento de pago por el lapso de tres meses de la correspondiente multa impuesta, ocasionará la suspensión en el Foro de Abogados (suspensión para ejercer la profesión), cuya suspensión subsiste hasta que se haga efectivo el pago.

Las decisiones de las Direcciones Regionales son apelables ante el Pleno del Consejo de la Judicatura, para cuya decisión no cabe recurso alguno, en virtud de lo establecido por el artículo 119 del COFJ.

b. Penales

La violación al secreto profesional se encuentra específicamente sancionado por el artículo 179 del COIP; el cual señala que en caso de que una persona divulgue un “secreto” encomendado a ella en virtud de su profesión, estado u oficio, empleo o arte, cuya divulgación pueda causar daño a otra persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

c. Civiles

El artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano, textualmente señala: “*Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o*

cuasidelito”; por tanto, la violación a la obligación del secreto profesional, puede dar lugar a una indemnización por daños.

Las sanciones disciplinarias, penales y civiles son independientes entre sí. El artículo 76 de la Constitución establece que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

5.8. Derecho comparado: Estados Unidos, Islas Vírgenes Británicas y Cuba

En el presente apartado, se realizará un recorrido a través de la comparación legal del privilegio abogado-cliente.

a. Estados Unidos

Estados Unidos comparte una normativa similar a la nuestra con respecto al secreto profesional del abogado; al respecto, GERRY SILVER ha mencionado que *“En Estados Unidos, la protección legal otorgada a las comunicaciones entre los abogados y sus clientes se conoce como el privilegio abogado-cliente. El privilegio abogado-cliente protege las comunicaciones entre abogado y cliente a con el fin de dar o de recibir asesoramiento legal. Estas comunicaciones generalmente están protegidas por un privilegio absoluto, ya sea que se ventile o no un litigio. El privilegio abogado-cliente es el privilegio más antiguo para las comunicaciones confidenciales reconocido por el common law”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 469).

En Estados Unidos, una importante excepción al secreto profesional del abogado (que no se encuentra establecida dentro de Ecuador), es aquella destinada a impedir que un cliente cometa un delito. Esta excepción sobre el crimen-fraude, conforme lo señala el mismo autor: *“asegura que el sello del secreto entre un abogado y su cliente no se extienda a las comunicaciones realizadas con el fin de obtener asesoramiento para cometer un fraude o un delito”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 473).

b. Islas Vírgenes Británicas

A lo largo de América, en general, las legislaciones con respecto al secreto profesional al abogado son similares; tal y como acabamos de ver en el caso de Estados Unidos.

Por eso, considero relevante detallar los casos que se diferencian del resto de países de América, como lo es el caso de Islas Vírgenes Británicas; que se rige, en lo principal, por normativa derivada del *common law* de Reino Unido.

Sobre este respecto, CLAIRE GOLDSTEIN manifiesta que: *“No existe en las IVB un cuerpo legal específico que proteja la información confidencial (aunque sí existe protección legal para la información que está cubierta por el privilegio profesional legal). Tampoco existe un cuerpo legal de protección de datos, aunque en las IVB se aprobó recientemente la Ley de Uso Indebido de Computadoras y Cibercrimen en 2014 que incorpora algunas disposiciones para la protección de datos. Sin embargo, existen tres fuentes que obligan a los abogados a mantener en secreto la información de sus clientes: (i) obligaciones contractuales, que generalmente surgen de las disposiciones de cartas; (ii) un deber equitativo de confidencialidad; y (iii) privilegio profesional legal”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 158).

Ahora veamos la diferencia relevante existente con respecto a la legislación ecuatoriana: en las IVB es que el privilegio es únicamente del cliente, no del abogado: *“Esto significa que solo el cliente (no el abogado) puede renunciar a este privilegio. Esto puede llevar a situaciones difíciles para los abogados que han sido acusados de negligencia y dependen de documentos privilegiados para defenderse”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 160).

Además, al igual que en Estados Unidos, los abogados están exentos de guardar el secreto profesional cuando se trate de información relacionada con la comisión de delitos o fraudes; pero adicionalmente, los abogados en las IVB están obligados a proveer información a las autoridades cuando *“sepan o sospechen o tengan motivos razonables para saber o sospechar que una persona está ligada con lavado de dinero. Esto incluye la información confidencial dada por un cliente a su abogado, y el no reportar esta información es considerado un delito”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 169).

c. Cuba

Cuba resulta un lugar interesante para tratar el secreto profesional del abogado. Al respecto, MARÍA ANTONIETA LANDA MARTI, MIGUEL FRANCISCO SARDIÑAS ARCE e IRMA FRANCISCA BETANCOURT SUÁREZ han señalado que es: *“Ha sido un desafío continuo para los empresarios, abogados extranjeros y clientes, entender si el abogado de Cuba puede aplicar el secreto profesional, teniendo en cuenta que la práctica privada de la profesión no está permitida en Cuba”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 232).

Los mismos autores señalan que *“El cuerpo legal que rige el ejercicio de la abogacía es el Decreto Ley No. 81, emitido en 1984 por el Consejo de Estado de la República de Cuba, que sigue vigente y establece la creación de la Organización Nacional De Bufetes Colectivos ONBC. La Ley determina que solo los abogados que son miembros de la ONBC o de las Sociedades Civiles de Servicios Legales reconocidos por ley están autorizados para ejercer la profesión”* (traducción no oficial) (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 232).

Conforme lo señalan los mismos autores, dentro del Derecho Penal cubano existe el reconocimiento del privilegio abogado-cliente pero de manera incompleta; ya que es actualmente permitido que un abogado denuncie a uno de sus clientes o potenciales clientes sobre los hechos revelados en confianza, e incluso se encuentra permitido que un abogado testifique en contra de su propio cliente. (James R. Silkenat & Dirk Van Gerven, 2017, p. 234).

CAPÍTULO VI

INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES INCONSTITUCIONALES

6.1 Inciso segundo del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno

El artículo 102 fue añadido a la Ley de Régimen Tributario Interno (“LRTI”), mediante la Disposición Reformativa Tercera de la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016, publicado en el Registro Oficial Suplemento 759 de 20 de mayo de 2016; el cual reza:

Art. 102.- Responsabilidad de los auditores externos, promotores, asesores, consultores y estudios jurídicos.- Los auditores externos están obligados, bajo juramento, a incluir en los dictámenes que emitan sobre los estados financieros de las sociedades que auditan, una opinión respecto del cumplimiento por éstas de sus obligaciones como sujetos pasivos de obligaciones tributarias. La opinión inexacta o infundada que un auditor externo emita en relación con lo establecido en este artículo, lo hará responsable y dará ocasión a que el Director General del Servicio de Rentas Internas solicite a los organismos de control, según corresponda, la aplicación de la respectiva sanción por falta de idoneidad en sus funciones, sin perjuicio de las otras sanciones que procedan según lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

Los promotores, asesores, consultores y estudios jurídicos, están obligados a informar bajo juramento a la Administración Tributaria de conformidad con las formas y plazos que mediante resolución de carácter general se emita para el efecto, un reporte sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de beneficiarios efectivos ecuatorianos. Cada incumplimiento de esta norma será sancionado con una multa de hasta 10 fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiera lugar.

Para efectos de la presente tesis, nos enfocaremos únicamente en su inciso segundo; el cual, a criterio personal tiene como efecto principal, la vulneración del deber y derecho del secreto profesional del abogado en Ecuador.

6.2 Disposición general cuarta del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016

La Disposición General Cuarta del mencionado Reglamento, fue emitida por el señor Presidente de la República de la época, Rafael Correa Delgado, mediante Decreto Ejecutivo No. 1073, publicado en el Registro Oficial Suplemento 774 de 13 de junio de 2016; el cual manifiesta:

CUARTA.- Obligación de informar.- La obligación de informar bajo juramento sobre la creación, uso y propiedad de sociedades extranjeras domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de beneficiarios efectivos ecuatorianos, establecida en el segundo inciso del artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sólo será exigible a los promotores, asesores, consultores y estudios jurídicos, dentro de un proceso de determinación tributaria, de manera subsidiaria, cuando el contribuyente no haya brindado esta información directamente a la Administración Tributaria.

Para tener plena coherencia en nuestro ordenamiento, será necesario también expulsar esta disposición. Sin embargo, una vez derogado el artículo 102 de la Ley de Régimen Tributario Interno, a su vez, esta disposición quedará incompleta, y por ende, derogada *de facto*.

CAPÍTULO VII

VÍA LEGAL PARA EXPULSAR LAS DISPOSICIONES INCONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO

En apego a lo prescrito por el artículo 436 (2) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el camino adecuado para expulsar al inconstitucional artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, es la acción pública de inconstitucionalidad de acto normativo; cuya acción puede ser interpuesta por cualquier persona.

Esta demanda tiene como objeto presentar al máximo órgano de control y administración de justicia constitucional, los argumentos de la contradicción entre las normas del ordenamiento jurídico *infra* constitucional y los principios y disposiciones constitucionales.

Dicho objeto se justifica por la consagración de la supremacía constitucional. Este principio, encontrado en el artículo 424 *ibídem*, garantiza que ninguna norma *infra* constitucional pueda vulnerar los derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que (Corte Constitucional, 0044-11-1N, 2012):

El control constitucional es en esencia una actividad de naturaleza valorativa, que parte desde la concepción de la existencia de una Constitución como fuente de validez del sistema normativo. El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional surten efectos de cosa juzgada con consecuencias generales erga omnes y su declaratoria deriva en la invalidez del acto normativo impugnado.

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las disposiciones inconstitucionales causan una lesión flagrante a los siguientes derechos fundamentales: i) derecho al secreto profesional, ii) derecho a la intimidad, iii) derecho a la seguridad jurídica y iv) derecho al debido proceso.

En este sentido, corresponde citar los artículos de la Constitución que han sido quebrantados por la promulgación de las aludidas disposiciones inconstitucionales:

Art. 20.- El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: **20.** El derecho a la intimidad personal y familiar.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **4.** Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

CAPÍTULO IX

ARGUMENTOS QUE DEMUESTRAN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

9.1 Transgresión constitucional del legislador al obligar a los abogados a divulgar información de sus clientes. El derecho a la intimidad

La transgresión al derecho al secreto profesional ha sido desarrollado a lo largo de la presente tesis. Ahora corresponde analizar la incompatibilidad normativa con otras disposiciones constitucionales, empezando por la transgresión al derecho a la intimidad.

Las disposiciones inconstitucionales obligan a los abogados a divulgar información de sus clientes. Como hemos visto, toda la información que los clientes divulgan a sus abogados está protegida por el privilegio abogado-cliente; por tanto, toda esta información es íntima.

Conforme se expuso con anterioridad, dentro del cuadro de gradación del secreto de MARTÍNEZ VILLALBA, consta que el secreto profesional específicamente del abogado se encuentra en el cuadro número 15, este es el cuadro más cercano al ámbito privado; por tanto es el que más protección jurídica merece al contener al ser información intensivamente íntima de las personas. Para mayor claridad de la intensidad del secreto profesional del abogado, cabe resaltar que dentro del mismo nivel, se encuentra clasificado el secreto del confesor (sacerdote) y del consejero espiritual.

Sobre este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que (Tribunal Constitucional, 0018-2008-HD, 2008):

La esencia del principio del secreto profesional radica en la protección de la intimidad de las personas, es decir, aquel ámbito de la vida de las personas que solo a ellas interesa y por lo mismo pueden decidir mantenerlo para sí, con prescindencia de los demás.

En concordancia, el mismo Tribunal manifestó

El derecho a la información coexiste con otros derechos y obligaciones que lo limitan como es el caso del derecho a la intimidad personal y familiar y la guarda del secreto profesional que se desprende del desempeño de

determinadas actividades o empresas a cumplir. Tal limitación incide también en el mecanismo de garantía, esto es el hábeas data, por cuanto el legislador ha definido y considerado valores superiores que prevalecen frente al derecho a la información, pues de no respetárselos, harían del ejercicio de éste un caso evidente de abuso.

De lo previamente señalado, queda claro que el obligar a los abogados a divulgar información de sus clientes tiene como efecto inconstitucional la supresión del derecho a la intimidad; y que además, otorga la potestad a la Administración Tributaria de ejecutar evidentes abusos.

9.2 Transgresión constitucional del legislador al otorgar a la administración tributaria la facultad de obtener y actuar pruebas con violación de la constitución. El derecho al debido proceso

Las disposiciones inconstitucionales facultan a la Administración Tributaria, a obtener y actuar, dentro de un proceso de determinación tributaria, pruebas con violación de la Constitución.

Es tal la incompatibilidad de tales disposiciones en nuestro ordenamiento, que actualmente existe una antinomia directa entre normas de la misma materia (tributaria). El artículo 98 del Código Tributario, prohíbe expresamente a la Administración Tributaria, obtener y actuar pruebas que se encuentren protegidas por el secreto profesional, en los siguientes términos:

Art. 98.- Deberes de terceros.- Siempre que la autoridad competente de la respectiva administración tributaria lo ordene, cualquier persona natural, por sí o como representante de una persona jurídica, o de ente económico sin personalidad jurídica, en los términos de los artículos 24 y 27 de este Código, estará obligada a comparecer como testigo, a proporcionar informes o exhibir documentos que existieran en su poder, para la determinación de la obligación tributaria de otro sujeto.

No podrá requerirse la información a la que se refiere el inciso anterior, a los ministros del culto, en asuntos relativos a su ministerio; a los profesionales, en cuanto tengan derecho a invocar el secreto profesional; al cónyuge, o conviviente con derecho, y a los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad.

En concordancia, la Corte Constitucional, en cuanto al debido proceso, ha señalado lo siguiente (Corte Constitucional, 0121-11-EP, 2014):

El debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, constituye un derecho de protección elemental, siendo el conjunto de derechos y garantías, así como las condiciones de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso exento de arbitrariedades. Dentro del artículo 76 numeral 4 ibídem, se establece como una garantía del debido proceso que: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

Actualmente, los derechos de cualquier administrado que se encuentre en un proceso de determinación tributaria podrían ser vulnerados, ya que existe una norma que permite a la Administración Tributaria omitir el cumplimiento del derecho y deber de secreto profesional de los abogados; y por tanto, permite a esta administración obtener y actuar pruebas con violación de la Constitución.

Esta violación al derecho al debido proceso, coloca, indudablemente, a los administrados en una situación de indefensión.

9.3 Transgresión constitucional del legislador al expedir leyes contrarias a la constitución. El derecho a la seguridad jurídica

Las disposiciones inconstitucionales no solo atentan contra la fundamental confianza que todo cliente debe depositar en su abogado, sino que también atentan contra la confiabilidad de toda la sociedad en el orden jurídico; ya que uno de los efectos de tales disposiciones es, sin lugar a dudas, la certeza de que en nuestro ordenamiento se pueden expedir normas que no se ajustan a la Constitución.

En concordancia, la Corte Constitucional ha señalado (Corte Constitucional, 1806-10-EP, 2012):

Por tanto, la seguridad jurídica es una garantía de certeza de que los derechos serán respetados, o una situación jurídica no será cambiada sino por procedimientos establecidos previamente, es decir, la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley.

Del texto citado, se desprende claramente que a través de leyes no se puede modificar derechos constitucionales, y también que el desarrollo de la normativa debe ser coherente con el orden previamente establecido; es decir, debe ser en cierta medida previsible. El cambio drástico y repentino que existió en cuanto al secreto profesional del abogado, transgrede directamente el derecho a la seguridad jurídica. Peor aún, cuando se trata de uno de los elementos esenciales del ejercicio de nuestra profesión.

CONCLUSIONES

De esta investigación se extraen las siguientes conclusiones:

El secreto profesional es una figura que viene ligada al ejercicio de la profesión del abogado, prácticamente desde sus inicios. Tiene su origen en el juramento formulado por el médico más célebre de la historia, Hipócrates de Cos (460 – 377 a.C.). Esta figura ha permanecido vigente desde aquel entonces hasta la actualidad, y deberá permanecer vigente a lo largo del tiempo para garantizar el derecho a la defensa y la intimidad de las personas.

El secreto profesional del abogado abarca toda la información que le es proporcionada por su cliente o potencial cliente.

En virtud de la expedición de las disposiciones inconstitucionales, la administración tributaria goza de la facultad de obtener y actuar pruebas con violación de la Constitución; cuyo efecto es la arbitrariedad y abuso de poder.

Si actualmente un abogado se abstiene de proporcionar a la Administración Tributaria información de sus clientes sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposiciones beneficiarios efectivos ecuatorianos, aparte de ser sancionado con una multa, podrá enfrentar un proceso penal por el delito de perjurio y falso testimonio tipificado en el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal.

La única solución para evitar la vulneración de derechos constitucionales, es la expulsión de las disposiciones inconstitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

a) Bibliográficas:

De la Torre Díaz, F. (2000). *ÉTICA Y DEONTOLOGÍA JURÍDICA*. Madrid: DYKINSON.

Liscano, T. (1973). *La Moral del Abogado y de la Abogacía*. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República.

Loayza, C. & Marín, Y. (2010). *El Derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).

Reverte, J. (1985). *LAS FRONTERAS DE LA MEDICINA – Límites éticos, científicos y jurídicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos.

Riofrío, J. (2008). *El derecho de los secretos. Propuesta de una teoría general*. Bogotá: TEMIS.

Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2015). *El derecho al secreto y la teoría del cono*. *Derecom*, 19, 137-163. <http://www.derecom.com/derecom/>

Risso, M. (2002). Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa. En Jan Woischnik (Director), *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Edición 2002*. Montevideo: KONRAD – ADENAUER – STIFTUNG.

Silkenat, James R. (2017). *Attorney-Client Privilege in the Americas – Professional Secrecy of Lawyers*. Cambridge: Cambridge University Press.

Silva, H. (1995). *MEDICINA LEGAL Y PSIQUIATRÍA FORENSE Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Villabella, C. (2015). *LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. ALGUNAS PRECISIONES*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

Villaverde, I. Requejo, P. Presno, M. Aláez, B. Fernández, I. (1997). Derecho constitucional – materiales de prácticas. Oviedo: Universidad de Oviedo.

b) Del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Normativa

Código Tributario (2005).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constitución de la República del Ecuador (1998)

Código Orgánico de la Función Judicial (2009).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Ley Orgánica de la Función Judicial (1974).

Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 (2016).

Código Civil (2005)

Código Orgánico Integral Penal (2014).

Código Penal (1837).

Ley de Federación de Abogados del Ecuador (1974).

Ley de Régimen Tributario Interno (2010).

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (2004).

Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 (2016).

Principios básicos sobre la función de los abogados – Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 07 de septiembre de 1990.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016 (2016).

Jurisprudencia Corte Constitucional:

Resolución del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 2003 dentro del caso No. 046-2002-HD, publicado en el Registro Oficial Suplemento 66 de 22 de abril de 2003.

Resolución Corte Constitucional de 21 de junio de 2012 del caso No. 0044-11-IN, publicado en el Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de agosto de 2012.

Resolución de la Corte Constitucional de 17 de septiembre de 2014 dentro del caso No. 003-14-SIN-CC, publicado en el Registro Oficial Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014.

Resolución del Tribunal Constitucional de 08 de junio de 2004 dentro del caso No. 001-2004-DI, publicado en el Registro Oficial 374 de 09 de julio de 2004.

Resolución del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 2012 dentro del caso No. 0044-11-1N, publicado en el Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de agosto de 2012.

Resolución de la Corte Constitucional de 19 de abril de 2012 dentro del caso No. 1806-10-EP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 781 de 4 de septiembre de 2012.

Resolución de la Corte Constitucional de 9 de enero de 2014 dentro del caso No. 0121-11-EP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 184 de 14 de febrero de 2014.

Jurisprudencia Casación:

Auto Resolutorio No. 0318-2012 de 07 de noviembre de 2011, emitido por la Jueza Temporal encargada del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, dentro del caso No. 0253-2012 *Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia vs. Evelyn Lisseth Vega Mora*. Este juicio posteriormente llegó a conocimiento del Tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, cuya decisión en sentencia se publicó en la Gaceta Judicial. Año

CXIII. Serie XVIII, No. 13. P. 5432. (Quito, 09 de octubre de 2012).