

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

“EL DEBER DE LOS ABOGADOS DE GUARDAR SECRETO PROFESIONAL”

LOURDES VERÓNICA ARGUELLO MIÑO

DIRECTOR: DR. JOHN SIGÜENZA

QUITO, AGOSTO DE 2011

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Lourdes Verónica Arguello Miño, C.C. 1721989398 autor del trabajo de graduación titulado: “El deber de los abogados de guardar secreto profesional”, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.-Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE al referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 15 de agosto del 2011

.....
C.C. 1721989398

Dedicatoria:

Esta disertación la dedico a Dios y a la Virgen Dolorosa por guiar mi vida y ser una pauta importante para mi desarrollo personal, profesional y espiritual, a mis padres, cuñados, hermanos, sobrinos y a Carlitos, pues al ser mi familia son el pilar fundamental en mi vida, les quiero agradecer por brindarme sus sabios consejos, su alegría y principalmente su amistad, pues esto me permitió culminar este gran reto que me he planteado desde hace cinco años atrás y que actualmente se está cristalizando para nuestra satisfacción.

Agradecimiento:

Un agradecimiento especial al Dr. John Sigüenza por ser una guía importante en el desarrollo de la presente disertación y por el tiempo empleado en la misma. Les quiero agradecer a todas las personas maravillosas con las que comparto a diario Fer, Dr. Benalcázar, Dr. Galarza, entre otras personas, les agradezco por su apoyo incondicional y por confiar en mí.

Índice:

Introducción.....	3
Capítulo I.....	7
1. Secreto Profesional.....	7
1.1. Clasificación del Secreto.....	10
1.2. Concepto de Secreto Profesional.....	11
1.3. Características.....	12
1.4. Secreto profesional como deber.....	15
1.5. Secreto profesional como derecho.....	20
Capítulo II.....	21
2. La violación del secreto profesional.....	21
2.1. El secreto profesional en el Código Penal.....	31
2.2. El secreto profesional en los Códigos Deontológicos.....	35
2.3. La violación del secreto profesional en materia penal y en materia deontológica.....	40
Capítulo III.....	44
3. Secreto Profesional y Deontología.....	44
3.1. La responsabilidad deontológica ante la violación del secreto profesional.....	45
3.2. Jurisdicción y Competencia del Tribunal de Honor.....	52
3.3. Jurisdicción y competencia del Consejo de la Judicatura.....	55
3.4. Procedimiento para Juzgar la violación del Secreto Profesional.....	57
3.5. Sanciones.....	62
Capítulo IV.....	63

4.1. El principio non bis in ídem.....	63
4.2. El principio non bis in ídem y el juzgamiento deontológico.....	76
4.3. Principio non bis in ídem y las opciones para juzgar la violación del secreto profesional.....	80
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	86

Introducción:

Por la esencia misma de nuestra profesión, que no es sólo un oficio sino un ministerio, los abogados estamos obligados a guardar los secretos que conozcamos como consecuencia de nuestra actividad profesional. El secreto profesional es un deber de confidencialidad frente a nuestros clientes, pues el cliente deposita su fe en su consejero legal; adicionalmente es un derecho frente a terceros cuando pretendan que incurramos injustificadamente en su violación.

En nuestra sociedad, al secreto profesional del abogado se lo puede concebir como un deber, como un derecho y como una obligación de guardarlo; por ello, la presente disertación tendrá un enfoque eminentemente deontológico, sin embargo, cabe indicar que la transgresión de este deber jurídico tiene implicaciones penales debido a la responsabilidad que tiene el abogado en caso de incurrir en alguna conducta inapropiada, pues quien vulnere este principio deberá ser juzgado ante un tribunal competente.

Debido al carácter estrictamente confidencial de las relaciones del cliente con su abogado, el abogado debe guardar las confidencias recibidas en virtud del ejercicio de su profesión aun sin haberlo prometido. Además el abogado debe respetar el secreto de las confidencias, pues lo que escucha como abogado solamente le pertenece a quienes le consultan, su secreto es sagrado y bajo ningún pretexto puede traicionarlo. La obligación de sigilo no termina con la finalización de los servicios profesionales, pienso que perdura a través del

tiempo, aún después de la muerte del cliente, y también respecto de aquel que solamente solicitó un consejo, pero que nunca llegó a ser cliente del abogado.

Adicionalmente considero que la obligación de guardar el secreto profesional, la opción que tienen los abogados de afiliarse o no a un colegio de abogados y el juzgamiento de los abogados que vulneren dicho principio es un tema novedoso, por consiguiente el análisis de este tema, en la presente disertación, contribuirá para que la sociedad tenga suficientes elementos de juicio que permitan analizar si las reformas introducidas en nuestra legislación tiene efectos, tanto positivos como negativos, y si han logrado contribuir al mejoramiento del ejercicio profesional del abogado.

La presente disertación es un aporte para las ciencias jurídicas por cuanto la bibliografía acerca del deber de los abogados de guardar secreto profesional es bastante limitada y deseo hacer un estudio sistemático, concreto, a partir de la investigación científica, el análisis lógico-jurídico sobre el juzgamiento de los abogados que vulneren este principio.

Mi interés personal al analizar este tema se debe a que en el ejercicio profesional de un abogado, el respeto al principio del secreto profesional es fundamental, pues el conocimiento de un abogado no se limita a la doctrina y a la jurisprudencia, ya que la ética profesional es el pilar fundamental para el ejercicio de la profesión.

En segundo lugar, desde que tomé la cátedra de Deontología Jurídica he considerado la importancia de mantener el secreto profesional, pues el cliente deposita sus secretos en el

abogado, pues es la persona que defiende los intereses de su cliente, ya que el abogado es quien aplica todos sus conocimientos éticos, científicos y prácticos para obtener una resolución favorable; por consiguiente, entre el abogado y el cliente se genera una relación de confianza e intimidad, entonces el abogado que vulnere dicho principio estaría atentando contra la confianza que el cliente le deposita y, por otro lado, no estaría actuando con lealtad.

El estudio en la presente disertación comprenderá el juzgamiento de los abogados que vulneren el secreto profesional, en el ámbito nacional se revisará el tema a partir de las normas de derecho interno, tales como la Constitución del Ecuador, como fuente primigenia y marco general regulatorio, además del Código de Ética Profesional Avellán Ferrés y el Código Orgánico de la Función Judicial, mientras que en el ámbito internacional utilizaré jurisprudencia y casos relevantes acerca de la forma en que han sido juzgados los abogados que han vulnerado el secreto profesional en España y Colombia, entre otros países, lo cual me permitirá realizar un análisis integral sobre el modo en que la normativa se aplica a casos concretos. Esto se debe a que en el Ecuador no se han publicado casos relevantes sobre este tema, pues en el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, los mantienen con total reserva; adicionalmente, en la actualidad, nos encontramos a la espera de la expedición del Código de Conducta en el Ejercicio Profesional para los abogados, con el objeto de regular de mejor manera la ética profesional en el Ecuador.

La presente disertación contiene cuatro capítulos que están distribuidos de la siguiente manera: el primer capítulo establece el concepto de secreto profesional, sus características y la diferenciación entre secreto profesional como deber y como derecho.

En el segundo capítulo se indica la violación del secreto profesional y la forma en que esta institución está regulada en el Código Penal y en los Códigos Deontológicos.

En el tercer capítulo analizaré la relación entre secreto profesional y deontología jurídica y la responsabilidad deontológica del abogado ante la violación del secreto profesional, así como la competencia del Tribunal de Honor y del Consejo de la Judicatura respecto del juzgamiento de la violación del secreto profesional.

Finalmente, en el cuarto capítulo se establecerá el principio *non bis in ídem*, y las opciones para juzgar al abogado que no guarde el secreto profesional.

CAPÍTULO I

1. El secreto profesional

El secreto profesional es un principio general de la abogacía que surge de la relación de confianza que se genera entre el abogado y el cliente, pues el último tiene la seguridad de que el abogado va a guardar las confidencias y secretos que ha dejado bajo su resguardo¹. El abogado se convierte en protector jurídico de los derechos e información, que el cliente le transmite y por ello tiene la obligación de ser discreto con los datos conocidos o desconocidos por el cliente. Este concepto se fundamenta en la necesidad de la libertad de comunicación que debe existir entre el abogado y su cliente y en la obligación del abogado de asegurarle que sus confidencias no sean divulgadas.

La obligación de guardar secreto profesional se inicia en el momento en que el cliente le hace una consulta al abogado y se extiende a toda su actuación ante los tribunales de justicia, ante la sociedad e incluso hasta después de la muerte.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, secreto viene del latín *secretum*, que es el participio pasado del verbo latino *secerno* que significa separar, y se refiere a lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, y en particular el secreto profesional es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

¹ AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, p. 113, <http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569&p00=secreto%20profesional>, acceso el 15 de enero de 2011, 22:00.

El secreto profesional y su protección tienen sus antecedentes en el Derecho Romano, en el *digesto* que es una recopilación de las sentencias más importantes de los jurisconsultos romanos, reconocidas por los griegos como *pandectas*. Así en la ley XXV que trata de los testamentos se establecía que “*sería objeto de una sanción penal quien revelara el contenido de una disposición testamentaria, aplicándole una penalidad igual que si se tratara de un falsario*”². Al efecto, en la ley 25 de test XXII V afirmaba que:

Los abogados, procuradores, tutores, curadores, secretarías, escribanos, y semejantes, que propalan los secretos de los señores, pupilos, adultos, magistrados o que exhiban a los adversarios de las partes instrumentos, cartas e informaciones, deben ser castigados con la pena de falsarios.

Adicionalmente contenía disposiciones mediante las cuales se castigaba a los abogados por su deslealtad con sus clientes, en el libro XLVII título XV, ley 1ª mencionaba: “*el prevaricador es como el que se apoya en dos sitios, pues ayuda a una diversa parte traicionando su propia causa*”. En el libro XLVIII título XVI, ley 1ª dice: “*Demostramos que es prevaricador quien se colude con el demandado*”³. En el libro L, título XVI, ley 211 se contiene: “*Llamamos prevaricadores a quienes entregan la causa a sus adversarios y pasan de la parte del actor a la del demandado*”⁴.

En este primer acercamiento al secreto profesional no se establece la revelación de secretos profesionales de manera clara, sin embargo hay una preocupación del legislador por sancionar al abogado que actúa contra las necesidades e intereses de su cliente.

² SOTOMAYOR GARZA, Jesús G. *El secreto profesional*. México. Editorial Porrúa, 2007, p. 41.

³ *Idem* p. 41.

⁴ *Idem* p. 42.

En el Derecho canónico también encontramos un precedente muy importante, principalmente en el Código de Derecho Canónico del año de 1917 y actualmente el de 1983, en el cual se menciona lo siguiente:

En el canon 983 se establece *“El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor el descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo”*.

Además en el canon 1984 se señala que *“Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación”*.

Posteriormente, en la colección de leyes llamada las siete partidas, en la ley IX, título VI, tercera partida se mencionaba que:

Juzgada cosa es, e derecha, que los abogados, a quien dicen los omes las poridades de sus pleitos, que los guarden e que no los descubran a la otra parte, nin fogan engaño a ninguna manera que pueda ser, por que la otra parte, que en ellos se fía, e cultos abogados son, pierdan su pleito o se les empeore⁵.

En el párrafo antes mencionado la palabra más significativa es poridades, y, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: *“lo que se tiene reservado y oculto; reserva, sigilo”*. Según el autor que estamos citando en esta disposición da a conocer la prohibición del abogado de revelar los secretos que los clientes le han entregado en razón de su oficio o profesión. Por consiguiente existen dos sujetos intervinientes: el abogado como sujeto activo, al ser el guardador de las confidencias, el cliente como sujeto pasivo, pues deposita su secreto en el abogado y el objeto que es el secreto en si mismo.

⁵ Idem p. 42.

Con los antecedentes antes señalados surgió la necesidad de regular el delito de revelación de secretos y por ello la protección jurídica del secreto profesional se inicia principalmente con el Primer Código Penal mexicano, promulgado en el Estado de Veracruz en 1835, que estableció este delito y mencionaba lo siguiente: *“los que violen el secreto que les esté confiado por razón del empleo, cargo o profesión que ejerzan; y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas (...)”*.

De este modo las legislaciones penales extranjeras tutelan al secreto profesional y conceden diferente tratamiento jurídico, tema que se desarrollará en el segundo capítulo de la presente disertación.

1.1. Clasificación del Secreto

El secreto se divide en tres clases, según la Dra. Sylvia Zumárraga⁶ que son:

- 1) Secreto Natural: es toda información que por cualquier circunstancia llega al conocimiento de una persona y que su divulgación puede generar un grave perjuicio o un daño real a otro ser humano. Por consiguiente el depositario del secreto tiene el deber moral de guardarlo en beneficio del bien común y de la búsqueda de la justicia en la sociedad en general. A su vez éste se divide en tres tipos que son:
- 2) Secreto Prometido: nace del pacto o compromiso de guardar reserva de un secreto, el depositario se vuelve en guardador del mismo en virtud de la obligación de fidelidad que adquiere.

⁶ Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia. *El secreto profesional*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Tesis/D340.069/Z85S, p.10.

- 3) Secreto Confiado: esta forma de secreto comprende el secreto profesional pues se refiere a la promesa incondicional, expresa o tácita, de no revelación del secreto que le ha sido confiado en virtud del ejercicio de su oficio o de su profesión.

1.2. Concepto de Secreto Profesional

El autor José Zeballos Cristóbal define al secreto profesional como *“la obligación moral y legal que tiene el abogado de guardar la fe depositada en él por su cliente”*⁷.

Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca señalan un concepto bastante aplicable a la profesión del abogado, pese a que se refiere al secreto médico, y señalan que:

*El secreto profesional es una forma de secreto confiado y el compromiso de guardarlo está implícito en la naturaleza misma de la profesión, la cual exige un comportamiento pleno de la realidad, por lo tanto, sinceridad y veracidad por parte del paciente para poder darle la atención adecuada*⁸.

Cabe indicar que el secreto profesional no abarca simplemente la confidencia que el cliente entrega al abogado, también se refiere a la documentación, a la informática, a los expedientes, a las comunicaciones postales, a las comunicaciones vía e-mail, telefónicas, abarca varios medios de comunicación, pues como menciona el autor José Zeballos Cardoso⁹, el cliente deposita su fe en el abogado y a la conciencia, al honor y a la dignidad

⁷ ZEBALLOS CRISTÓBAL, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, p. 113.

⁸ CASTILLO, ALFREDO/MUGARRA, XAVIER. *Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte*. Caracas, Ediciones Rectorado, 1991, p. 182.

⁹ ZEBALLOS CARDOSO, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, p. 117.

del mismo se le confían los destinos de la familia. Este deber de confidencialidad y reserva se extiende a los socios, pasantes y empleados del estudio jurídico.

En conclusión, guardar el secreto profesional es la obligación que tiene el abogado de mantener en reserva todos los datos sobre hechos y circunstancias, tanto públicas como privadas que el cliente le ha confiado en virtud de la confianza que ha demostrado el abogado, la honorabilidad y la probidad profesional.

1.3. Características

La obligación del abogado de guardar el secreto profesional constituye simultáneamente un deber y un derecho, ya que el abogado debe comprometerse a no decir nada, a callar la información que tenga, pues su inobservancia acarrea responsabilidad deontológica e incluso penal, como se analizará más adelante.

Helena Carrera Bascuñan, citando a Garuad, señala que:

Los abogados, al igual que cualquiera de las demás categorías de personas que, en razón de su estado o profesión, se encuentran vinculadas al secreto profesional, gozan de aquel derecho y están afectados a aquella obligación, sea que sus funciones sean de carácter permanente o temporales o meramente accidentales¹⁰.

¹⁰ ZEBALLOS CARDOSO, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, pp. 117-118.

Este mismo concepto está recogido por la legislación ecuatoriana tanto positiva en general como deontológica de los abogados, como lo demostraremos cuando tratemos el tema desde la norma.

Por consiguiente se trata de establecer una relación de confianza entre el cliente y el abogado, a fin de garantizar el ejercicio profesional sin restricción alguna, de modo que los clientes puedan depositar todas las confidencias, documentos e información a sus abogados patrocinadores, pues tendrán la plena seguridad de que serán resguardados celosamente por los abogados.

Entre el abogado y el cliente se genera un pacto mutuo de confianza, pues el abogado se convierte en depositario de todos los datos y testimonios que el cliente le confía. El abogado en virtud de que su profesión, eminentemente social, tiene acceso a la información más íntima y delicada de la vida de un ser humano, por consiguiente traicionar el principio de reserva es abusar de la necesidad de quien revela sus situaciones personales¹¹.

El secreto profesional puede ser analizado desde el punto de vista subjetivo, ya que las cosas tienen un innegable valor afectivo, muchas veces superior al real, en cambio hay otras cosas que para su titular no tiene nada de secreto por su propia naturaleza, esta tesis se refiere a la Teoría de la Voluntad, la cual menciona que el secreto profesional engloba dos elementos que son: el *carácter oculto*, que se refiere al desconocimiento de las personas sobre el secreto y la *voluntad* del profesional del derecho de no divulgar la información. Por

¹¹ ROSENKRANZ Ofelia, CAIVANO, Roque J. y MAYER Gisela F. *Ética Profesional de los Abogados*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1995, p. 96.

otro lado, desde el punto de vista objetivo, el secreto profesional es el secreto mismo y el interés de mantener en reserva determinados hechos, situaciones, documentos; a esta tesis se le conoce como la teoría del interés, pues se menciona a que además de los elementos subjetivos hay un interés de tipo personal, familia, económico, político que se tiene que precautelar.¹²

De conformidad con lo que establece el profesor Pimienta para que exista la obligación de sigilo es necesario que los hechos hayan sido confiados "*bajo el sello del secreto, o que a falta de este requisito los hechos constituyan secreto por su naturaleza*"¹³, el segundo caso hace referencia al hecho de que exista un secreto por naturaleza, pues en la relación estrictamente confidencial entre el cliente y su abogado se genera una relación de confianza sólida lo cual permite que el cliente se abra al profesional sin desligarlo del deber de sigilo, salvo que el abogado tenga la necesidad de revelar dicho secreto como medio de defensa en un juicio, entonces el abogado debe guardar las confidencias que le han sido entregadas, aunque no haya prometido expresamente, pues no necesita ser advertido de ciertas cosas para que tenga la obligación de guardarlas, simplemente su experiencia y la intuición le permiten darse cuenta de la información que debe mantener en reserva, conceptos que también han sido recogidos en nuestra legislación.

Cabe indicar que el secreto profesional también abarca las revelaciones hechas por terceros; con respecto a este tema, Appleton menciona que:

¹² Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia. *El secreto profesional*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Tesis/D340.069/Z85S, p.14.

¹³ PIMIENTA, Louis, Idem Pág. 45-46.

El sigilo también es debido a la parte contraria, respecto de las conversaciones con el letrado de la parte en litigio, o con quien haya intervenido como mediador, sobre todo cuando las conversaciones formen parte de negociaciones pendientes o aun de tentativas infructuosas.

La ética profesional y la buena fe procesal imponen la obligación de sigilo cuando el abogado de la parte contraria se comunica con el patrocinante del adversario, con motivo de lograr una solución transaccional, o con cualquier otro motivo, ya que en todos estos casos el respeto del secreto profesional es la única garantía de preservación del orden público en el que está comprometida la lealtad en las relaciones entre profesionales. La obligación de sigilo no termina con la finalización de los servicios profesionales, perdura a través del tiempo, aun después de la muerte del cliente y también respecto de aquel que, habiéndonos consultado, no llegó a ser nuestro cliente¹⁴.

Con respecto a este tema, el autor Erizzo dice que la *"reserva alcanza por el simple hecho de haber escuchado a quien andaba en busca de patrocinante o asesor, aunque no se haya aceptado la misión profesional. Los mismos deberes se asumen por haber patrocinado un instante siquiera a una persona..."*¹⁵. Con estos elementos que caracterizan al secreto profesional, una definición de secreto profesional sería: el compromiso y la obligación del profesional del derecho de mantener en reserva la información y los datos que el cliente le transmite, en virtud de su oficio y de los lazos de confianza que se genera entre los dos sujetos.

1.4. Secreto Profesional como deber

El abogado, en virtud de su experiencia profesional, no debe revelar los secretos que le han sido confiados, pues el cliente le proporciona a su abogado toda la información que puede

¹⁴ APPLETON , Idem p. 46.

¹⁵ ERIZZO, Idem p. 46.

considerarse de carácter reservada, por este motivo el profesional del derecho tiene la obligación de mantener en reserva dicha información a fin de precautelar los intereses de su defendido y de garantizar el derecho a la defensa de forma eficaz y efectiva. Con respecto a este tema el autor Chauveau et Hélie señala que *“el abogado debe como el sacerdote considerar las revelaciones de su cliente como un depósito inviolable, de lo contrario la confianza que él inspira se convertiría en una detestable trampa si pudiera abusar de ella en perjuicio de sus clientes”*¹⁶, por consiguiente a partir de estas frases se puede dilucidar que desde el Derecho Eclesiástico, el Derecho Natural y el positivo surge el deber de los abogados de guardar secreto profesional.

Cabe indicar que el abogado desde el momento en que conoce la información que el cliente le confía, adquiere el compromiso de no revelarla. Adicionalmente tiene la obligación de respetar el deber de confidencialidad que se genera frente a su cliente y a la sociedad, pues si divulga dicha información, no solamente afectaría el interés personal del cliente sino de la sociedad en general, debido a su profesión el abogado tiene la misión ética de velar por la justicia en pro del interés común.

Ahora bien, existe un vínculo entre el secreto profesional y el deber de confidencialidad, y están relacionados por el hecho de que el abogado no puede divulgar los datos que adquiere de su cliente. Consiguientemente el abogado debe respetar el secreto de las confidencias que tiene su fundamento en la confianza y probidad que demuestra a las personas, pues si no es discreto su conciencia se encargará de juzgarlo, el secreto que guarda un abogado es

¹⁶ ET HÉLIE, Chauveau en ZEBALLOS CRISTÓBAL, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, p. 118. <http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569&p00=secreto%20profesional>, acceso el 25 de enero de 2011, 20:00.

sagrado y debe permanecer en su fuero interno, pues bajo ningún pretexto puede traicionar a su cliente. Adicionalmente en varios cuerpos legales se ha consagrado este principio que no solamente nace de la doctrina, de la jurisprudencia, sino el abogado tiene una obligación legal y constitucional de guardarlo.

El autor Juan Caldés Lizana señala que después del secreto sacramental del confesor, el abogado también tiene la obligación estricta de guardar el secreto profesional y menciona que:

La tutela del secreto profesional puede provenir de una norma legal o de una regla de ética de la profesión, o puede no existir, por lo que la doctrina ha distinguido tres sistemas distintos:

- a) *El que ignora la protección legal del secreto profesional u organiza una represión muy limitada de la divulgación, como ocurre en Inglaterra, Grecia, Noruega;*
- b) *El que otorga una protección relativa o limitada al secreto profesional, ya que la subordina a la acción de la víctima y se admite con amplitud la posibilidad de justificar la revelación (Alemania, Polonia, Italia, Suiza, Finlandia, Argentina, etc.);*
- c) *Sistemas que conceden una protección absoluta del secreto profesional, y la persona obligada a guardarlo no lo puede revelar, excepto en los casos que la ley lo autoriza, tales como el art. 378 del Código Penal de Francia y arts. 498 y 499 de Austria de 1852¹⁷.*

En el siguiente capítulo se establecerán los casos de excepción de la obligación de guardar secreto profesional que se han señalado tanto en la doctrina como en nuestro ordenamiento

¹⁷CALDÉS LIZANA Juan, Idem p. 29.

jurídico interno, sin embargo en cualquiera de estos tres sistemas legales de protección del secreto profesional, éste forma parte de la esencia misma del abogado.

El elemento *sine qua non* del secreto profesional es la fe que el cliente deposita en su abogado, pues el cliente le comenta su situación personal, familiar, sentimental, entre otros, frente a ello el abogado debe demostrar ante la sociedad que es una persona honorable, digna y discreta.

Por su parte, Ramón Mullerat, presidente de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (Président du Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne - CCBE), en su trabajo "*Le secret professionnel: Un devoir et un droit pour l'avocat*", presentado también en el XL Congreso de la UIA, sostuvo que:

*Los abogados deben defender el secreto como un elemento esencial de la profesión, de la justicia y de la democracia. Entre sus fundamentos, dice que su objetivo es doble: a) proteger a la persona en la defensa de sus derechos y libertades; b) asegurar una justa y adecuada administración de Justicia*¹⁸.

Cabe indicar que el secreto profesional y el derecho de defensa están íntimamente relacionados, pues si el cliente no tiene suficiente confianza y seguridad en su abogado patrocinador y no le cuenta sus problemas de manera amplia y sin reservas, el abogado no tendrá los suficientes elementos de juicio para preparar una defensa efectiva. Para crear un ambiente armónico y de confianza el abogado debe dejarle en claro que existe la inviolabilidad del secreto profesional y que sus secretos serán guardados por un profesional

¹⁸ AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cathedra Jurídica, 2007, p. 32. <http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569&p00=secreto%20profesional>, acceso el 1 de febrero de 2011, 19:30.

del derecho que a parte del conocimiento que adquirió en las aulas universitarias, tiene valores humanos que los toma en cuenta al momento de ejercer su profesión.

Con respecto a este tema el autor Garraud sostiene que:

Cuando un particular participa el secreto que le ha sido confiado, el único afectado es la víctima de la indiscreción, que sólo a sí misma puede reprocharse el haber colocado mal su confianza; cuando un abogado traiciona el secreto de que era depositario, es el orden público, el que sufre esta falta de fe¹⁹.

El secreto profesional forma parte del deber del abogado de fidelidad frente a su cliente, ya que éste le confía sus asuntos con la convicción de que se hará cargo de los mismos con absoluta reserva, velando por no hacer públicas las cuestiones que le haya revelado en virtud de la relación profesional que surge entre el abogado y el cliente, por este motivo la trasgresión a este principio configura una causal de falta de ética jurídica.

El sigilo o reserva es uno de los deberes más importantes del abogado, dentro del ejercicio profesional. No puede concebirse la existencia de la abogacía si no va relacionada a la necesidad de preservar y custodiar no sólo las confidencias confiadas por el cliente, sino también las documentaciones, informaciones, expedientes, todo lo oído y conocido, incluso abarca a las conclusiones a las que el abogado puede determinar, todo lo mencionado anteriormente se halla inexorablemente vinculado con el deber de confidencialidad. La obligación de sigilo es la esencia del secreto profesional y por ello las confidencias deben

¹⁹ GARRAUD en ZEBALLOS CRISTÓBAL, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, Pág. 119. [http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569 &p00=secreto% 20 profesional](http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569 &p00=secreto%20profesional), acceso el 1 de febrero de 2011, 20:00.

ser guardadas como un depósito inviolable y como tal merece la protección de su inviolabilidad²⁰.

1.5. Secreto profesional como derecho

El secreto profesional es un deber y un derecho que los abogados pueden hacer valer ante los jueces, cualquier autoridad y ante terceros que intenten averiguar los hechos que le fueron confiados en ejercicio de su profesión.

De este modo el artículo décimo del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal de Argentina señala que el abogado debe respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces, negándose a responder preguntas que lo expongan a violarlo, salvo que el cliente así lo autorice o se tratare de su propia defensa.

En el caso de que un abogado difundiere las confidencias de su cliente, dichas declaraciones deberán considerarse nulas e inexistentes.

No existe ninguna autoridad ni cliente que pueda liberar al abogado de guardar el secreto profesional, solamente el abogado podrá determinar qué es lo más conveniente a los derechos e intereses del defendido. El secreto profesional es un tema que trasciende tanto el orden moral como el orden público y la dignidad de los seres humanos, ya que éste engloba el valor de la confianza, la cual se refleja en la credibilidad que el abogado demuestra a sus clientes y a la sociedad en general.

²⁰AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, p. 113, http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=1039_8569&p00=secreto%20profesional, acceso el 20 de febrero de 2011, 23:00.

Con respecto a este tema la sentencia del Tribunal Constitucional de Lima, de fecha 22 de noviembre del 2005, sobre el Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Jesús Chavarri Carahuatay contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete indica que el secreto profesional tiene dos ámbitos de actuación, como un derecho y como una garantía, con respecto al primero señala que:

Reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieron acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligado a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión.

Con respecto al hecho de que el secreto profesional es una garantía, el Tribunal menciona que:

El secreto profesional impone un deber especial de parte del Estado a efectos de preservar su eficaz cumplimiento. Dichas acciones de parte del Estado deben concretarse en una adecuada legislación, así como en la promoción de una cultura de respeto al ejercicio de las profesiones en general y, en especial, de aquellas que tienen directa implicación con la promoción de los derechos y libertades públicas, como es el caso de la abogacía y el ejercicio del derecho de defensa (...) ²¹.

²¹Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano en www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=909, acceso el 7 de marzo de 2011 a las 21:37.

CAPÍTULO II

2. La violación del secreto profesional:

Antes de empezar con el análisis de este tema debo indicar que el secreto profesional es el requisito *sine qua non* para garantizar la confianza en la relación entre el abogado y el cliente, pues éste entrega sus preocupaciones y datos más íntimos a su abogado y al mismo tiempo no tiene el temor que la información sea utilizada en su contra. El abogado debe transmitirle a su cliente confianza y seguridad, mencionando a su cliente que toda la información que le confíe no podrá ser revelada a terceros sin su consentimiento previo; si este hecho se genera el abogado podrá obtener información completa y dará un consejo legal sensato y apegado a derecho²².

Cabe indicar que debido a la importancia de guardar secreto profesional si el abogado transgrede este principio estaría vulnerando principalmente el derecho a la libertad y a la vida privada que tiene un ser humano, por este motivo el legislador ha regulado y sancionado la violación de este principio jurídico tanto en materia deontológica como en materia penal.

²²*Secreto profesional Gestión de la información confidencial*. Internet: www.facultad.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/G_Secretoprofesional.pdf, p. 95, acceso el 25 de febrero de 2011, a las 23:13.

En esta disertación se analizará principalmente la violación del secreto profesional desde el punto de vista deontológico, sin embargo mencionaré la forma en que nuestro ordenamiento jurídico penal ha tipificado este delito.

La violación a este principio nace en el momento en que el abogado divulga la información que le ha sido confiada, sin justa causa que tienda a justificar tal acto ilícito, y como consecuencia de ello genera un perjuicio para su cliente; por ello para precautelar los derechos e intereses de los seres humanos respecto a una posible violación del secreto profesional, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 83 establece la obligación de los abogados patrocinadores de ejercer su profesión con ética y no divulgar la información confidencial de sus clientes, y al respecto señala lo siguiente: *“Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la Ley: 12. Ejercer la profesión u otro oficio con sujeción a la ética”*.

Adicionalmente y como concordancia de la norma citada, el artículo 66 del mismo cuerpo legal señala que:

Se reconoce y garantizará a las personas: 9. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

Con respecto a ello pienso que la Constitución de la República del Ecuador establece claramente un principio general para los ecuatorianos que ejercen una profesión, pues sus actuaciones deben reflejar su eticidad, probidad y honestidad, a fin de no vulnerar derechos constitucionales de sus clientes al divulgar datos de carácter personal e información estrictamente confidencial, pues en estos casos el titular del secreto, por muchas circunstancias y factores, se ve en la necesidad de revelar datos confidenciales sobre su vida íntima o sobre sus problemas a un tercero, ya sea este último un sacerdote, un médico o un abogado, por este motivo el ordenamiento jurídico interno e internacional ha brindado un ámbito de protección frente a la violación del secreto, cuya información se adquiere en virtud de un oficio o una profesión.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de Lima, de fecha 22 de noviembre del 2005 sobre el Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Jesús Chavarri Carahuatay contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete se establece la importancia de guardar secreto profesional y supone que:

Es una obligación para el profesional (abogado, notario, médico, periodista, etc.) el mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición de profesional o técnico en determinada arte o ciencia. Dicha obligación le impone que no divulgue ni participe a otros dichos secretos sin consentimiento de la persona a quien le conciernan. El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna

*autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión*²³.

Por otro lado, considero que este es el capítulo más apropiado para señalar las excepciones al deber de confidencialidad, cabe indicar que no se trata de establecer una lista taxativa, sino de analizar las excepciones más comunes que se pueden generar, las cuales son:

1. Consentimiento informado

La regla general es que *“el abogado puede divulgar información confidencial del cliente, cuando éste ha dado su consentimiento para que así suceda, en pleno conocimiento de las consecuencias de su permiso*²⁴”.

La palabra más relevante dentro de este concepto es consentimiento, pues el abogado debe de informar y explicar a su cliente el alcance de esta facultad, ya que al entregarle este consentimiento el abogado tiene la obligación de dar a conocer la información obtenida en virtud del ejercicio de su profesión, pero si el cliente desea revelar dicho secreto a algunas personas es conveniente que el cliente le entregue una autorización por escrito al abogado detallando minuciosamente los datos que debe informar y la persona a quien va a entregar dicha información.

En el caso de que el abogado tenga información que comparten dos o más clientes, debe obtener la autorización por escrito de todos los implicados antes de revelarla.

²³Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano en <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=909>, acceso el 7 de marzo de 2011 a las 21:53.

²⁴ AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V. *La Ética del Abogado*. Librería Editora Platense Abeledo Perrot, 1995, p. 118.

2. Datos personales, poderes especiales

Esta excepción se refiere a los datos personales del cliente tales como los nombres, apellidos, dirección, teléfono, ocupación, fecha de nacimiento, estado civil, nacionalidad, el hecho de haber otorgado un poder especial a favor del abogado, en este caso la información puede ser divulgada sin el consentimiento expreso del cliente. Este argumento se justifica porque el abogado debe nombrar y defender a un cliente que realmente existe, con quien adquiere el deber de confidencialidad en virtud de la relación que se genera, y en segundo lugar la identificación del cliente no puede mantenerse oculta pues la otra parte necesita conocer quien es su opositor.

3. Consejo no legal o no como abogado

En virtud de una relación de amistad o de negocios entre el abogado y el cliente se puede generar una conversación semi-informal entre las partes, así el abogado puede asesorarle o darle un consejo legal, sin embargo considero que este hecho no motiva a que dicha entrevista pierda el carácter de confidencial, por el hecho de que el cliente puede estar revelando datos íntimos de su vida o de su familia que desea se mantengan en estricta reserva.

4. En materia de honorarios

La regla señala que “*el abogado puede revelar información confidencial cuando se trata de probar la existencia de una relación con su cliente que ha generado honorarios o cuando ha iniciado gestiones tendientes al cobro de los mismos*”²⁵.

Con respecto a este tema algunos autores han señalado que el cliente no debería utilizar ninguna artimaña para eludir el pago de honorarios profesionales que le corresponde a su abogado patrocinador.

Sin embargo pienso que una deuda que el cliente adquiere frente a un profesional por honorarios profesionales no debe de ser revelada por el abogado, a menos que el cliente haya autorizado libre y voluntariamente, de forma expresa y por escrito; al respecto el Comité de Ética del Colegio de Abogados de Michigan ha señalado que una deuda de honorarios no debe ser comunicada a una agencia de servicios de información crediticia, salvo que exista consentimiento del cliente, resolución arbitral o judicial consentida sobre la exigibilidad de la deuda, o que ésta sea de público conocimiento²⁶.

5. Cuando es necesario para una defensa

El autor Juan Manuel González Sabathié incluyó esta excepción dentro de sus normas y en el artículo 18 que escribió señaló:

²⁵ AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V., Ibidem p. 121.

²⁶ State Bar of Michigan. Comments on Professional & Judicial Ethics, Informal Opinion RI-335. 2005, <http://www.Michbar.org/opinions/ethicsopinions.cfm>. en *Secreto profesional Gestión de la información confidencial*, <http://www.scribd.com/doc/29769809/Secreto-profesional>, acceso el 25 de febrero de 2011, 23:44, p. 97.

Extinción de la obligación del secreto: La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado, cuando es objeto de persecuciones de su cliente. Puede revelar entonces lo que sea imprescindible para su defensa y exhibir al mismo objeto, los documentos que aquél le haya confiado.

Esta autorización para divulgar debe ser estrictamente interpretada, y el abogado debe tomar precauciones para que se proteja en cuanto sea posible el secreto confiado y prevalezca el derecho del cliente a la confidencialidad de sus comunicaciones.

6. Comunicaciones a, u obtenidas de, terceras personas

Esta excepción se genera cuando el cliente revela cierta información a un tercero, pues muy diferente sería el hecho de que el abogado revelara dicha información, ya que entre el cliente y el abogado como se ha señalado varias veces, hay un deber de confidencialidad permanente y el abogado tiene la obligación de proteger dicho secreto.

Es importante señalar que el secreto profesional es perpetuo, no tiene fecha de expiración, continúa a pesar de que la relación entre el cliente y el abogado haya terminado, dicho resguardo se mantiene aunque el cliente haya fallecido.

Con respecto a este tema el Tribunal Constitucional del Perú, expediente N° 7811-2005-PA/TC. Sentencia del 22 de noviembre del 2005, la parte pertinente señala que el abogado alegó la vulneración del secreto profesional por parte de las autoridades policiales a cargo

de la investigación del delito del que fue acusada su patrocinada. El letrado fue citado en calidad de parte, para que presenciara un video en el que presuntamente aparecía él cometiendo el acto ilícito, junto con su patrocinada. Añadió que a través del ardid preparado por los investigadores del delito, se vulneró su derecho al secreto profesional, toda vez que al incluirlo como parte investigada, los investigadores tuvieron como objetivo hacerlo declarar sobre asuntos que se les había confiado en su calidad de abogado. El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo por cuanto si hubiera motivo para observar la declaración realizada por el propio recurrente en el atentado policial, este puede cuestionarlo al interior del propio proceso penal mediante los recursos que la ley prevea al efecto, y no a través de un proceso constitucional. El razonamiento del Tribunal Constitucional fue que el derecho a guardar reserva es un deber del abogado: tal derecho también obliga al propio profesional (en este caso el abogado recurrente) a guardar celosa reserva de los secretos confiados por su patrocinada en el marco de la defensa que esta le confía. En consecuencia, en el presente caso, si tal como manifiesta el propio abogado recurrente, este ha faltado a dicho deber ante la autoridad policial al revelar secretos sin ningún tipo de coacción, la violación del secreto profesional no la había cometido la autoridad policial emplazada, sino, en todo caso, el propio recurrente en perjuicio de su patrocinada. Por consiguiente si el abogado no guarda en forma debida los secretos confiados estaría vulnerando los derechos fundamentales de su cliente, entre ellos el más importante es la libertad individual y el derecho a la inviolabilidad de datos personales, ya que la falta de protección jurídica a estos derechos generaría responsabilidad penal, deontológica, la misma que se analizará en el siguiente capítulo.

7. Abogados de dos o más personas

Cuando hay un abogado actuando por dos o más personas, compartiendo un interés común, ninguna de las dos personas puede invocar el privilegio en caso de controversia con la otra. En este caso para que no exista ningún problema se debe fijar la posición de los clientes²⁷.

8. Delito de comisión futura

Se refiere a que un abogado, cuando está representando a un cliente, no debe asesorarlo en conductas que conoce que son ilegales, por ello este hecho no debe de ser protegido jurídicamente ya que el cliente no debe buscar asesoramiento legal del abogado para violar las normas jurídicas en general.

Con respecto a este tema el artículo 4 del Reglamento Interno del Tribunal de honor del Colegio de Abogados de Pichincha señala lo siguiente:

Son deberes inherentes al ejercicio de la abogacía: a) Guardar rigurosamente el secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad contra las disposiciones que pretendan su violación, negándose a responder preguntas que lo expongan a violarlo. Se exceptúa: 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 acción iniciada en su contra por el cliente. b) Actuar de acuerdo con la verdad. Desconocerla o simularla constituye un atentado contra la justicia, la abogacía y el Colegio de Abogados de Pichincha. Solo debe mantener reserva en los casos que deba guardar secreto profesional, conforme la letra anterior.

²⁷ AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V., Ibidem p. 124.

El Código Orgánico de la Función Judicial ha establecido normas importantes respecto de la protección del secreto profesional; en el artículo 335 señala las prohibiciones de los abogados en el patrocinio de las causas, y dice: *“Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas: 1. Revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones”*.

El artículo anteriormente indicado tiene concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal señala: *“En todos los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. (...)”*.

Adicional a ello en el artículo 330 del mismo cuerpo legal se establecen los deberes del abogado en el patrocinio de las causas, y en el numeral seis se establece lo siguiente: *“Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso en que intervenga, aún no resuelto”*.

Desde mi punto de vista este artículo complementa lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, con respecto a la obligación de los abogados de guardar secreto profesional, pues el profesional del derecho no puede hacer pública la información que le ha sido confiada en ejercicio de su profesión, ya que en la mayoría de casos existe la voluntad del cliente de mantener en reserva ciertos datos.

2.1. El secreto profesional en el Código Penal:

Para observar el tratamiento de esta figura jurídica en nuestro Código, analizaremos normas de derecho comparado, a fin de comparar la regulación en otros países frente a lo que se tipifica en el Ecuador.

Así, en el Código Penal de España de 1995, que tiene vigencia desde mayo de 1996, en su Título X, Delitos contra la Intimidad, el Derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, Capítulo I, *del descubrimiento y revelación de secretos*, en su artículo 199 dice lo siguiente:

“1) El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2) El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.”²⁸

Por otro lado en el Código Penal de la República de Chile, en su artículo 217.7. se establece que:

El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimos a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título revelen los secretos que por razón de ello se les hubieren confiado.

²⁸Código Penal Español, <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>, acceso el 19 de febrero de 2011 a las 22:28.

En el Código Penal de Venezuela, en su artículo 190 se establece que:

El que teniendo por razón de su estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto, cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, lo revela, no obstante, sin justo motivo, será castigado con prisión de cinco a treinta días²⁹.

El abogado no puede ser obligado ni sometido bajo ningún precepto a revelar los hechos, datos, información, entrevistas sobre la representación de un cliente, aún cuando dicha información sea indispensable para la resolución de un caso o el descubrimiento de la verdad, incluso el abogado tiene el derecho a excusarse a declarar cuando es mencionado como testigo.

Al respecto en la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de Lima se mencionaba que se había vulnerado el deber al secreto profesional como consecuencia de la investigación preliminar que se seguía a la señora Amelia Aquino Munares; en dicha sentencia se incluyó como testigo a su abogado, con el objeto de que declare sobre situaciones que pudo conocer como patrocinador de la sospechosa, a quien se le acusa de cometer un delito contra el patrimonio, hurto y usurpación. Así el Tribunal señaló que la afectación a dicho derecho se había producido a nivel policial, dentro de la investigación de un presunto delito y donde el recurrente ha rendido una declaración sin ningún tipo de coacción y en presencia del representante del Ministerio Público.

Adicionalmente señala que este derecho obliga al profesional a guardar reserva de los secretos confiados por su patrocinada en el marco de la defensa que le confía, por

²⁹ SOTOMAYOR GARZA, Jesús, Idem p. 48.

consiguiente en este caso el abogado ha faltado a dicho deber ante la autoridad policial al revelar secretos sin ningún tipo de coacción, la violación del secreto profesional no había cometido la autoridad policial emplazada, sino el propio recurrente en agravio de su patrocinada. El Tribunal resolvió que esta demanda fue infundada por el hecho de que la situación de vulneración de los derechos de la persona que confió los secretos al abogado no se acreditó, por lo que no se podría preparar una defensa diligente a favor de la presunta agraviada con tales actos.

Ahora bien, en el Ecuador se reguló esta institución a partir del primer Código Penal ecuatoriano que se expidió en el año de 1837, y en su título VII se tipificaba el delito de prevaricato. Este tipo de delito va dirigido a la infracción que cometen los abogados, defensores y procuradores judiciales que revelan los secretos de su cliente a otra parte o que utilizan esa información para defender a la parte contraria. Este tipo penal fue sancionado con prisión de dos a diez años y pérdida del empleo al funcionario civil o público, que a sabiendas y sin orden legal, descubra o revele algún secreto que le estaba confiado en razón de su cargo³⁰.

Durante el período de gobierno de Gabriel García Moreno se expidió el Código Penal de 1872, el cual establece en dos artículos el delito de revelación de secretos y en su artículo 268 se establecía lo siguiente:

³⁰ Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia. *El secreto profesional*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Tesis/D340.069/Z85S, p. 40.

Los abogados, defensores o procuradores en juicio, que descubran los secretos de su defendido a la parte contraria, o que después de haberse encargado de defender a la una y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonaren y defendieran a la otra; o que de cualquiera otro modo, a sabiendas, perjudicaren a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, serán castigados con una prisión de seis meses a cinco años.

Adicional a ello en el artículo 271, del mismo cuerpo legal, se tipificaba el delito de revelación de secretos a los funcionarios públicos, e indicaba lo siguiente:

Todo funcionario público que, sin orden legal de superior competente, descubra o revele algún secreto de los que le estén confiados por razón de su destino, o exhiba algún documento que deba estar reservado, será castigado con uno a cinco años de prisión.

En el Código Penal de 1906, durante el período presidencial del General Eloy Alfaro, se reformó la pena de esta figura jurídica y se estableció que la sanción por revelación de secretos del abogado será de uno a cinco años de prisión, respecto de los funcionarios públicos se mantuvo la misma sanción que la establecida en el anterior Código Penal³¹.

Actualmente en el Código Penal, en su artículo 201 se establece que:

El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

2.2. El secreto profesional en los Códigos Deontológicos:

³¹ Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia *Ibíd*em, pp. 40-41.

Debido a la función social que cumple el abogado tiene que observar los deberes éticos que tiene para con la sociedad y uno de ellos es guardar el secreto profesional que le confía su cliente. Por este motivo el cumplimiento de esta obligación se encuentra inexorablemente relacionada con lo que establecen los Códigos de Ética Profesional de los abogados.

Tanto el Código de Ética Profesional de la Federación Mexicana de Colegios de Abogados como el Proyecto de Código de Ética Profesional de la Abogacía Iberoamericana hablan del secreto profesional, su redacción es exactamente la misma, y señalan lo siguiente:

a) El secreto profesional constituye a la vez un deber y un derecho del abogado, un deber que perdura en absoluto aun después de que haya dejado de prestar servicios; es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar, debe concurrir a la citación, y no contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo exponga a ello. b. La obligación del secreto profesional se entiende a las confidencias efectuadas al abogado, en razón de su ministerio profesional. El secreto cubre también las confidencias intempestivas de los colegas. c. La obligación de guardar el secreto profesional se extiende a los asuntos que el abogado conozca por trabajar en común o asociado con otros o por intermedio de los trabajadores o dependientes de éstos. En el orden personal esta obligación se extiende a los socios, pasantes y trabajadores del abogado. d. El abogado no debe intervenir en asuntos que puedan conducirlo a revelar un secreto, ni utilizar en su provecho propio o de su cliente las confidencias que haya recibido en el ejercicio de su profesión, salvo que obtenga el consentimiento previo del confidente. e. El secreto profesional podrá revelarse cuando de mantenerse se sigan: 1) Daño grave para la sociedad; 2) Daño grave para un inocente. f. También la obligación del secreto profesional cede a las necesidades de defensa personal del abogado, cuando es objeto de persecuciones de su cliente. Puede revelar entonces lo que sea indispensable para su defensa y exhibir para el mismo objeto los documentos que aquel le haya confiado. g. Cuando un cliente comunicare a un abogado la intención de cometer un delito, tal

*confidencia no quedará amparado por el secreto profesional y el abogado deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro*³².

En la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, en su artículo 32 se establece que: “*Son obligaciones de los afiliados a los Colegios: 1) Contribuir a la superación de la profesión de abogado, ejerciéndola con corrección y con estricta sujeción a las normas de Ética Profesional*”.

El Código de Ética Profesional Boliviano tiene tres artículos que regulan el secreto profesional, y dice:

Artículo 10.- Guardar el secreto profesional a la vez es obligación y derecho del abogado. Por la vinculación establecida con su cliente, el secreto profesional figura en primer término. En relación con los jueces constituye un derecho, no pudiendo ser obligado a divulgar las confidencias hechas por sus clientes. Si el abogado fuera llamado a deponer como testigo en juicio, deberá asistir a la citación y con independencia de criterio, podrá dar o rehusar respuesta al interrogatorio, sin obligarlo a violar el secreto profesional. Artículo 11.- La obligación de guardar el secreto profesional se extiende a las confidencias recibidas por el abogado, de terceras personas así como aquellas confidencias conocidas de conversaciones necesarias buscando un acuerdo que no se materializó. También alcanza a las confidencias proporcionadas por sus colegas. El abogado que hubiese recibido informaciones confidenciales de su cliente, no podrá aceptar la defensa de otros litigios sin el previo consentimiento de su cliente. Artículo 12.- Si un abogado, es acusado por su cliente tendrá el derecho de revelar el secreto profesional en defensa de la verdad, aunque al hacer tenga que verse obligado a divulgar confidencias que el cliente le hubiera hecho en el pasado. Cuando el cliente comunica a su abogado la intención de cometer un crimen o delito esta

³² Federación Mexicana de Colegios de Abogados, *Código de Ética Profesional*, www.federacionmexabogados.org/etica.html, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 23:49.

*confidencia, no se encuentra protegida por el secreto profesional. El abogado está obligado a revelar con objeto de evitar la comisión de un crimen o delito protegiendo a quienes se encuentren en peligro.*³³

Con respecto a este tema el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea establece que el secreto profesional:

*Forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que este sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del Abogado. El abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente que se refiera al propio cliente o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente. Esta obligación no está limitada en el tiempo. El abogado hará respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional*³⁴.

En el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, en el artículo 26 se establece lo siguiente:

El deber de guardar el secreto profesional comprenderá también todo lo que se haya revelado o descubierto con motivo de requerirse la opinión del abogado, su consejo y patrocinio y, en general, todo lo que llegare a saber por razón de su profesión. El abogado no debe intervenir en asuntos que puedan conducirlo a revelar el secreto, ni a utilizar en provecho propio o de su patrocinado, representado o defendido las confidencias que haya recibido en el ejercicio de su profesión, salvo que obtenga el consentimiento previo, expreso y escrito del confidente. La obligación de guardar el secreto profesional comprende también los asuntos que el abogado conozca por trabajar en común o

³³ Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia Ibídem p. 112.

³⁴ GALLARDO MIGUEL A., *Código de Ética de la Abogacía Española*, www.miguelgallardo.es/código/deontologico/abogados/, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 19:42.

asociados con otros abogados o por intermedio de empleados o dependientes suyos o de los otros profesionales³⁵.

El Código de ética profesional del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, como el de la Barra Mexicana, en los artículos 10-12 consagra al secreto profesional, y respecto a ello dice:

Artículo 10. Secreto profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Art. 11. Alcance de la obligación de guardar secreto. La obligación de guardar secreto abarca las confidencias hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio y las que sean consecuencias de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El abogado no debe intervenir sin consentimiento del cliente que le confió un secreto, en algún asunto con motivo del cual pudiera verse en el caso de revelar o de aprovechar tal secreto.

Art. 12. Extinción de la obligación de guardar secreto. El abogado que sea objeto de un ataque grave e injustificado de su cliente, estará dispensado de la obligación de guardar el secreto profesional y podrá revelar lo indispensable para su defensa. Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no quedará amparada por el secreto

³⁵ Código de Ética del abogado Venezolano, www.misionsucregonellsabatino.blogia.com/2009/091801-codigo-de-etica-del-abogado-venezolano.php, acceso el fecha 5 de marzo de 2011, a las 20:11.

*profesional y el abogado deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictivo o proteger personas en peligro*³⁶.

En el ordenamiento jurídico interno, el Código de Ética Profesional del Abogado, “Avellán Ferrés”, se establece en su artículo 12 lo siguiente: “Guardar el secreto profesional es un deber y un derecho del abogado. Con respecto a los clientes, el secreto profesional supone un deber que perdure en lo absoluto, aún después de que haya dejado de prestarle sus servicios; y como un derecho ante los jueces y demás autoridades por lo mismo llamado a declarar como testigo, debe el letrado acudir a la citación, si fuere de ley, y negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo exponga a ello”.

En el mismo cuerpo legal en el artículo 13 se señala que: *“El abogado no debe intervenir en asuntos que puedan conducirlo a revelar un secreto ni lo utilizará en provecho propio o de su cliente, las confidencias que haya recibido en el ejercicio de su profesión*³⁷.

Como se puede observar el abogado es la persona que, en su fuero interno, decide si vulnera o no el secreto profesional, esta decisión debe tomarla pensando en varios factores que confluyen, y el más importante de ellos es el bienestar de su cliente.

2.3. La violación del secreto profesional en materia penal y en materia deontológica:

En materia deontológica la vulneración al secreto profesional implica fraccionar el nexo de confianza y de confidencialidad que se genera en la relación cliente-abogado, y en el caso

36 DE LA TORRES DÍAZ, Francisco Javier, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 302.

37 Código de Ética Profesional Avellán Ferrés, <http://www.colabpi.pro.ec/>, acceso el 1 de marzo de 2011, a las 21:00.

de que éste se transgreda puede entrar en grave peligro el derecho a la integridad del cliente, así como pueden estar en peligro derechos fundamentales de terceros.

El hecho de vulnerar el secreto profesional no abarca simplemente la difusión de confidencias y propuestas del cliente, sino también comprende todos los hechos, documentos del adversario, de los compañeros que haya tenido noticia en razón de su actuación profesional; tal es el caso de la Legislación Española en la que se ha prohibido al abogado aportar a los tribunales y facilitar a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del último.

Una limitación que he tenido al preparar esta disertación es el hecho de que en el Colegio de Abogados de Pichincha existe cierto recelo o temor de proporcionar jurisprudencia respecto al delito de violación del secreto profesional; por consiguiente en la presente disertación se cita jurisprudencia extranjera para que el análisis sea más amplio y general.

Nuestra legislación penal ha establecido una especial regulación para la revelación de secretos profesionales y por ello se ha tipificado el delito de revelación de secretos profesionales en el artículo 279, y respecto de este tema se establece lo siguiente:

Los abogados, defensores o procuradores en juicio, que descubran los secretos de su defendido a la parte contraria; o que, después de haberse encargado de defender a la una parte y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonaren y defendieren a la otra; o que, de cualquier

otro modo, dolosamente, perjudicaren a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años.

Cabe que este delito se configure cuando el acto ilícito genera un perjuicio, así lo ha manifestado la tratadista Olga Islas, que menciona lo siguiente:

La conducta reveladora de aquello que debe permanecer en secreto, no integra por sí sola el elemento objetivo necesario al delito, pues, como ya vimos, dicho elemento se compone, en este caso, tanto de conducta y nexo causal, como de resultado; consiste la conducta en la revelación, y, el resultado, en perjuicio³⁸.

Por consiguiente el delito de revelación de secretos es un delito de resultado, pues se necesita la producción de un perjuicio como anteriormente se mencionó.

Con respecto a la sanción que se impone para este tipo de delito, concuerdo con la opinión de la Dra. Sylvia Zumárraga Ramírez, pues señala que se debió incluir la suspensión e inhabilitación temporal o perpetua para el ejercicio de la profesión del abogado, con el objeto de otorgar mayor importancia a este deber ético-jurídico de los abogados³⁹.

Considero que se puede vulnerar el secreto profesional en el momento en que un tercero grabe las conversaciones realizadas entre el abogado y su cliente, la parte contraria o sus

³⁸ Diss. Cit., p. 179.

³⁹ Diss. Cit., p. 181.

abogados, ya sea cuando se encuentren presentes o por cualquier medio telefónica, pues se debe respetar el derecho constitucional a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, que se establece en el artículo 66 numeral 21 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice lo siguiente:

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación”.

Adicionalmente en el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 150 se menciona que:

La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por teles o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo la Jueza o Juez de Garantías Penales podrá autorizar a la fiscal o el fiscal, a pedido de este, para que por si mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del procesado.

Además el Juez de Garantías Penales puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte conversaciones telefónicas o de otro tipo en tres casos, para impedir la consumación de un delito, comprobar la existencia de un delito ya cometido o la responsabilidad de los partícipes, de conformidad con lo establecido en el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente cabe indicar que el respeto al secreto profesional se extiende a sus empleados del Estudio Jurídico y a cualquier persona que trabaje con él y la obligación de reserva es permanente, no está limitada en el tiempo, incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente⁴⁰.

CAPÍTULO III

3. Secreto profesional y Deontología

La palabra deontología proviene del vocablo griego *deon*, deber y *logos*, razonamiento o ciencia, por consiguiente deontología se refiere a los deberes que tiene una persona para consigo misma y frente a la sociedad, pues se refiere al estudio del deber ser⁴¹. Es la ciencia que analiza el conjunto de deberes morales, éticos y jurídicos que deben ser empleados en el ejercicio de una profesión, más aún el abogado tiene la obligación jurídica de desempeñarse de tal forma que no transgreda las conductas establecidas en el Código de Ética Profesional como correctas. Cabe mencionar que a la deontología se le debe añadir los principios éticos, los valores tal como la justicia, equidad, bien común, lealtad, seguridad jurídica, entre otros, principios rectores de la conducta del abogado.

El secreto profesional es uno de los principios fundamentales que sirve de sustento para las normas deontológicas, pues la deontología jurídica es la disciplina que se ocupa de estudiar los deberes del profesional del derecho, entonces el secreto profesional es uno de los

40 Código Deontológico de la Abogacía Española, www.lexjuridica.com/ex/lssi/codigo.htm, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 19:07.

41 PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Deontología Jurídica Ética del Abogado*, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Avenida República Argentina 15, 1998.

principios más destacados por el hecho de que regula el proceder del abogado en sus relaciones con el cliente, con los colegas y con los Juzgados, Tribunales y Cortes, en donde debe regir la confidencialidad y la confianza, las mismas que imponen el derecho y el deber del abogado de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias de los que tenga conocimiento mientras ejerce su profesión, por este hecho el abogado no puede ser obligado a declarar sobre los mismos.

Por ello considero importante que los abogados se preocupen de ejercer la abogacía tomando en cuenta los deberes éticos que tienen frente a la sociedad y frente a sus clientes, como ya se ha mencionado el abogado tiene el deber ético de guardar reserva respecto de los asuntos vinculados con la vida privada de sus clientes, por consiguiente tiene la obligación de proteger el bien jurídico de la intimidad de la vida privada de las personas, adicionalmente el mismo adquiere el compromiso de no violar el derecho a la intimidad del cliente, quien le entrega información reservada respecto a su persona y a su familia.

En este capítulo se va a analizar detenidamente la responsabilidad que tiene el abogado como consecuencia de la vulneración del secreto profesional, y el Tribunal competente que se encargará del juzgamiento y de interponer la sanción correspondiente y justa al abogado que fuere declarado culpable.

3.1. La responsabilidad deontológica ante la violación del secreto profesional

El abogado tiene dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad jurídica y la responsabilidad ética. La responsabilidad jurídica se establece como una exigencia externa

al sujeto profesional. Paralelamente a ella se encuentra la responsabilidad ética, que surge en el fuero interno del abogado, por consiguiente la responsabilidad ética es una responsabilidad independiente de la responsabilidad jurídica y consiste en el proceso moral de concienciación que realiza el abogado. Pienso que estos dos tipos de responsabilidades se complementan de modo que se genera un proceso de encuentro entre el juicio ético y la pauta jurídica, para asegurar la decisión ética acertada. Cabe indicar que lo ético y lo jurídico encuentran aspectos en común en los actos materiales interhumanos, y en el campo jurídico supone una prolongación de lo ético.

Antes de iniciar el análisis de la responsabilidad deontológica, es importante mencionar que la responsabilidad jurídica del abogado se divide en los siguientes tipos: responsabilidad penal, civil y deontológica-disciplinaria. La responsabilidad penal se genera en el momento en que el abogado comete un delito en el ejercicio de su profesión. En cuanto a la responsabilidad civil ésta se refiere a la indemnización por daños y perjuicios que se derivan de la prestación de servicios lícitos y personales por parte del profesional del derecho. La responsabilidad deontológica- disciplinaria, que es materia de nuestro estudio, se genera a partir del incumplimiento de las normas deontológicas que regulan el ejercicio de la profesión del abogado, infracciones que se encuentran previstas en el Código Deontológico y que conllevan sus respectivas sanciones.

De igual forma que la responsabilidad jurídica, la responsabilidad deontológica se divide en tres tipos que son: la responsabilidad personal, de beneficencia y social. Las últimas se refieren a la sensibilización del profesional del derecho por las consecuencias de sus actos.

La responsabilidad personal se refiere a la responsabilidad que el abogado tiene ante su conciencia, pues el ser humano hace una reflexión acerca de su proceder, es decir realiza un examen de conciencia en el que determina si sus actuaciones fueron correctas o incorrectas. Sin embargo para que el ser humano sea responsable de sus actos frente a terceros, tiene que ser responsable consigo mismo. Cuando el abogado realiza un examen de conciencia analiza el deber que conlleva su trabajo frente a sus clientes y frente a la sociedad en general y como consecuencia de ello el abogado dictaminará el acierto o la necesidad de corregir su actuación. Por este motivo a este tipo de responsabilidad se le conoce como responsabilidad de conciencia, ya que le otorga al abogado la realización profesional. Adicionalmente le permite determinar el por qué de la profesión y la consecuencia de ésta para los demás seres humanos, relacionándose de esta manera con la responsabilidad de beneficencia y social que se analizarán a continuación.

Ahora bien la responsabilidad de beneficencia se refiere a la obligación ética que tiene el abogado con su cliente, pues tiene el deber ético de velar por el bienestar de su cliente y para ello su actuación ética debe de ser correcta y transparente. En consecuencia, la finalidad ética de la profesión del abogado es producir el bien para su cliente, precautelando sus intereses y sus necesidades. El abogado siempre debe tener presente que el bien del cliente tiene que ser concurrente con el bien de la sociedad, por consiguiente la responsabilidad por beneficencia conlleva a la responsabilidad social. La frase hacer el bien se refiere a que el abogado debe procurar encontrar para el cliente lo mejor éticamente posible, que sea de gran utilidad.

La responsabilidad de beneficencia se complementa con la responsabilidad de no maleficencia para el cliente; pues si hacer el bien, en algunos casos es complicado, resulta más fácil para el abogado el evitar el mal para el cliente, pues hay que tomar en cuenta que si este hecho ocurre el abogado tiene que observar la responsabilidad ética que se genera al realizar daño a otro ser humano, al ejercer la profesión.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad social del abogado en el ejercicio profesional; la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ra) de mayo de 1999, en la que se hace un análisis del alcance social e individual de la profesión del abogado, en la parte pertinente establece lo siguiente: *"El abogado tiene que comprender que con sus actos profesionales está afectando a la construcción ética del todo convivencial social que armoniza a hombres, emprendedores e instituciones"*⁴².

Para concluir se debe establecer que el abogado al ofrecerse a prestar una actividad profesional debe actuar con probidad por el hecho de que los clientes acuden a él por una necesidad o un problema jurídico y requieren que un abogado le brinde confianza y que mantenga sus intimidades en secreto, de modo que sus intereses sean resguardados permanentemente. Por consiguiente la obligación de los abogados es de medios, pues se comprometen a actuar de modo diligente, guardando la información y los datos confiados, con responsabilidad, sin que pueda garantizar un resultado favorable de la pretensión.

42 GRANDE YÉPEZ, Miguel. *Ética de las Profesiones Jurídicas*. Con la colaboración de Joaquín Almoguera y Julio Jiménez, 2006, Universidad Jesuitas Unijes, p. 190.

Cabe indicar que en el artículo 148 del Código Orgánico de la Función Judicial se ha establecido la responsabilidad del abogado por actuar de mala fe y respecto a ello señala que:

Cuando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte será condenada, además al pago de los daños y perjuicios. Si existe prueba de los daños y perjuicios sufridos, se fijará el monto de la indemnización en la misma sentencia, de lo contrario se tramitará como incidente. La parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios podrá repetir contra su defensora o defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena.

Por consiguiente si un abogado no guarda un secreto o un dato que un cliente le ha entregado, está actuando con deslealtad procesal, y si lo divulga a terceras personas pienso que tendría responsabilidad civil, pues ésta se configura cuando el abogado transgrede los deberes generales de la conducta, pues su obligación es respetar el principio del *alterum non laedere* que significa no dañar al otro, regla fundamental dentro de la convivencia del ser humano en sociedad, de igual forma tiene que reparar y resarcir el daño que ha causado⁴³.

La responsabilidad jurídica se origina cuando un ser humano tiene que responder por un acto realizado, el cual ha generado perjuicios a otro sujeto de derechos, y como consecuencia de ello se han transgredido normas jurídicas. La responsabilidad jurídica como se analizó anteriormente genera efectos distintos, ya que se puede enfocar en el carácter reparador o en el carácter penal. El primero tiene como objeto resarcir el daño causado con el hecho que creó la responsabilidad y el segundo busca someter al autor a un

43 LÓPEZ HERRERA EDGARDO, *Introducción a la Responsabilidad Civil*, <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>, p. 1, acceso el 29-03-11, a las 23:31.

castigo o a imponerle una pena previamente establecida en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad civil se debe precisar que ésta tiene un carácter reparador, más no penal ni disciplinario, ya que impone al agresor la obligación de reparar el daño causado a la víctima, pues como bien afirma Geny la responsabilidad civil se presenta cuando una persona ha sufrido un daño que otra le ha causado, por consiguiente se está traspasando el perjuicio de la víctima al autor⁴⁴.

En cambio la responsabilidad penal nace de la realización de un acto típico, antijurídico, culpable y punible denominado delito, para ello dicha acción tiene que estar tipificada en una ley penal y tiene que ser calificada como delito.

La responsabilidad civil y penal son distintas por cuanto sancionan dos actos diferentes, la primera sanciona el acto ilícito civil y la segunda sanciona el acto ilícito penal.

La responsabilidad penal se manifiesta a través del principio *nullum crimen sine lege*, y se genera a partir del momento en que un sujeto comete una infracción tipificada en la ley como delito. El delito es una acción u omisión culpable o voluntaria, en virtud de la cual se impone una pena previamente establecida, de conformidad con el principio *nulla pene sine lege*, y el castigo se aplica para defender a la persona que sufrió el perjuicio.

44 PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá Colombia, Editorial Telmis S.A., 2004, p. 25.

En el artículo 32 del Código Penal se establece el principio de responsabilidad y establece lo siguiente:

Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”, y el artículo 33 menciona que “repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo

Las sanciones que establece el Código Penal se refieren a la pena que se impone al infractor, para que se pueda imponer dicho castigo deben cumplirse los siguientes requisitos: que el acto o la omisión esté descrito como obrar antijurídico, establecido en la ley como delito, constituye la tipicidad; que sea imputable al autor; que se pueda establecer su responsabilidad y que el autor sea declarado culpable por el juez. Una vez que se impone la pena termina este proceso⁴⁵.

En reiteradas ocasiones la transgresión de una norma puede ser sancionada por el derecho civil, penal y disciplinario, sin embargo existe la posibilidad de establecer una diferencia entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, ya que un mismo sujeto de derechos puede ser responsable desde distintos enfoques, así un hecho ilícito puede ser un delito o un cuasidelito civil, también puede generar un delito o una falta penal u obligar a la reparación y a la pena⁴⁶.

45 BARRAGAN ROMERO, Gil. *Elementos del Daño Moral*. Editorial Edino, año 1995. p. 21.

46 PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá Colombia, Editorial Telmis S.A., 2004, p. 30.

La responsabilidad civil analiza el resultado del obrar del sujeto de derechos y se refiere al daño privado y la reparación depende de la importancia del daño. En el ámbito civil se establece un principio general de responsabilidad, el de la necesidad de reparar, la misma que resulta de la imputabilidad del hecho dañoso a una persona y de la obligación de reparar. Su propósito es resarcir todos los daños, aunque el sujeto que los provocó no haya tenido la intención de dañarlos.

Finalmente para diferenciar de forma más precisa la responsabilidad civil y penal, hay que establecer la diferencia entre delito civil y delito penal y son las siguientes:

1. El delito penal es típico, porque el hecho que genera la infracción tiene que estar tipificado en la ley. Por otro lado el legislador no ha establecido las características del delito civil, de modo que puede ser cualquier acción dolosa con la que una persona lesiona intencionalmente el derecho de otra.
2. En el delito penal hay una afectación al Derecho Público, es decir a la sociedad. Mientras que en el delito civil se afecta el derecho privado, se vulneran los derechos de un sujeto.
3. En cuanto al objeto que persigue la acción pública es castigar al culpable, en cambio la acción privada tiene como objetivo la reparación del daño a la víctima.

4. La acción penal se dirige contra el autor del delito, es personal y se extingue con la muerte del delincuente⁴⁷, y la acción civil de daños y perjuicios puede ser intentada contra el autor del daño, sus herederos, el padre de familia, entre otros.
5. En cuanto a la extinción, en materia civil se extingue la acción cuando se paga la indemnización o se configura la prescripción, en materia penal desaparece por el cumplimiento de la pena, por amnistía, indulto, rehabilitación del condenado⁴⁸.

3.2. Jurisdicción y Competencia del Tribunal de Honor

El Tribunal de Honor es un órgano jurisdiccional que tiene competencia para juzgar a los abogados que cometen infracciones al Código de Ética Profesional del Abogado y demás normas jurídicas en las que se establezcan conductas que los abogados están obligados a cumplir, tales como guardar el secreto profesional.

En el artículo 22 de la Ley de Federación de Abogados se establece que en cada Colegio de Abogados habrá un Tribunal de Honor que estará encargado de conocer y juzgar la conducta contraria a las normas éticas-jurídicas del abogado, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar, de conformidad con la ley. Por consiguiente este artículo manifiesta que si el afiliado comete una conducta contraria a la ética profesional del abogado, tal como revelar un secreto que ha sido confiado en virtud de su profesión, será juzgado y sancionado por el Tribunal de Honor, sin embargo su actuación ilícita puede ser juzgada por jueces civiles o penales.

⁴⁷ Código Penal Ecuatoriano, artículo 96, Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971, Última modificación: 18-mar-2011, http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id= PENAL-CODIGO_PENAL.

⁴⁸ BARRAGAN ROMERO, Gil, *Elementos del Daño Moral*, Editorial Edino, año 1995. p. 21.

En cuanto a la competencia en razón de la materia, el Tribunal de Honor tiene la facultad de conocer e investigar los casos relativos a la actividad profesional de los abogados por el incumplimiento de los deberes señalados en el Reglamento al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha (para los abogados afiliados a ese Colegio) o por los casos señalados en el artículo 23 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador.

De este modo el Tribunal de Honor tiene la facultad de conocer y resolver los siguientes asuntos, siempre y cuando los abogados estén afiliados a los colegios de abogados:

- a) Faltas cometidas en el patrocinio de los asuntos que se les hubiere encomendado;
- b) Negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como abogado, en el procedimiento judicial;
- c) Inobservancia de las obligaciones determinadas en las leyes que les conciernen;
- d) Ofensas a los magistrados, jueces, y a los abogados en el ejercicio profesional;
- e) Ejercicio ilegal de la profesión;
- f) **Violación del secreto profesional**; (el subrayado es mío).
- g) Difamación de un abogado afiliado, con ocasión de su ejercicio profesional; y,
- h) Los demás que constituyan quebrantamiento de las normas del Código de Ética Profesional.

Adicional a ello el artículo 24 del mismo cuerpo legal consagra la competencia en razón del territorio, y respecto a este tema establece que la competencia del Tribunal de Honor se determinará por el lugar en que se hubiere cometido el acto a juzgarse. En las provincias

donde no hubiere Colegio de Abogados, conocerá y juzgará el Tribunal de Honor que el Directorio Central designe.

Sin embargo no estoy de acuerdo con este artículo debido a que el Código Orgánico de la Función Judicial establece en su artículo 166 que *“Toda persona tiene derecho a ser demandada ante la jueza o el juez de su domicilio”*, esto se debe a que el juez del domicilio es el juez natural.

Además si se aplica el artículo 24 de la Ley de Federación de Abogados se estaría vulnerando el artículo 76, numeral 7, literales c y k de la Constitución del Ecuador, que consagra el derecho de las personas a la defensa, y en su parte pertinente dice lo siguiente: *“c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (...)”*

Por consiguiente, si se inicia el proceso en el lugar donde el afiliado cometió el acto ilícito, y este lugar no es su domicilio, el afiliado puede alegar la incompetencia del Tribunal de Honor para avocar conocimiento de la causa, debido a que el afiliado tiene derecho a que se le inicie un proceso administrativo ante el juez natural del domicilio, en este caso ante el Tribunal de Honor de su domicilio. Adicionalmente el abogado acusado tiene derecho a litigar en igualdad de condiciones, de modo que se respete el derecho a la defensa de forma efectiva, el Estado no le puede someter a que litigue en un lugar donde no tenga los medios adecuados para preparar su defensa.

3.3. Jurisdicción y competencia del Consejo de la Judicatura

El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Está integrado por cinco vocales con sus respectivos suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones seis años y estará presidido por el Delegado del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y en caso de ausencia o impedimento de éste, por su alterno⁴⁹.

En cuanto a las funciones del Consejo de la Judicatura, la Constitución del Ecuador en su artículo 181 señala las funciones que son:

- 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.*
- 2. Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.*
- 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.*
- 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.*
- 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial (...).*

Adicionalmente el Consejo de la Judicatura comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos, esto quiere decir que el Consejo de la Judicatura es el órgano que permite el efectivo y eficiente funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares. En ningún caso, el Consejo de la Judicatura se considerará como un órgano jerárquicamente superior a los órganos

⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 179, www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar-2009.

anteriormente mencionados ni podrá atentar contra la independencia para ejercer las funciones⁵⁰.

En el Código Orgánico se establece la competencia del Consejo de la Judicatura, pues se indica la medida dentro de la cual la jurisdicción está distribuida en razón del territorio, y así menciona que el Consejo de la Judicatura tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su potestad administrativa en todo el territorio nacional en forma desconcentrada y descentralizada. Adicionalmente en el artículo 335 del mismo cuerpo legal se establece la prohibición de los abogados de revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones y, el artículo 336 complementa lo afirmado en el artículo anterior al señalar que las sanciones que pueden imponerse a los abogados y los abogados, respecto de la prohibición anteriormente mencionada, será impuesta por las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura.

Del texto del artículo se infiere que el Consejo de la Judicatura, a través de las Direcciones Regionales si tiene la facultad de avocar conocimiento y emitir una resolución cuando el abogado transgrede sus obligaciones ético-jurídicas para con la sociedad y su cliente, por consiguiente pienso que éste órgano si tiene la facultad para juzgar las conductas que transgredan el deber de guardar el secreto profesional, tanto de los abogados que están inscritos en el Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura como de aquellos que no se encuentran afiliados a un Colegio Profesional.

50 Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 254 y siguientes, www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar-2009.

Adicionalmente la pregunta número cinco del Referéndum que se realizó el 7 de mayo del presente año en nuestro país, incorporó una facultad muy importante respecto de la competencia para juzgar del Consejo de la Judicatura, así en el artículo 264 que se refiere a las funciones de este Órgano, en el numeral doce se estableció que el Consejo de la Judicatura tiene la facultad de conocer los recursos que se dedujeren contra las sanciones disciplinarias impuestas por las direcciones regionales a las abogadas y a los abogados por las infracciones cometidas en el ejercicio de su profesión.

3.4. Procedimiento para Juzgar la violación del Secreto Profesional

Por cuanto no se ha establecido el procedimiento para juzgar la violación del secreto profesional u otros deberes del abogado por parte del Consejo de la Judicatura, considero que hasta que el legislador expida el reglamento que regule dicho procedimiento, se debe seguir el procedimiento establecido para el conocimiento de las causas por parte del Tribunal de Honor. El Tribunal de Honor procede si:

Se presenta una denuncia por escrito o una petición realizada por el abogado interesado en el caso personal. Sin embargo el Reglamento al Tribunal de Honor señala que la denuncia podrá formularse por cualquier persona natural o jurídica o por medio de apoderado, por consiguiente podrá presentarla la persona privada, natural o jurídica y la autoridad pública.

Adicionalmente el Tribunal de Honor no puede intervenir de oficio, sin embargo uno o más miembros del Tribunal de Honor podrá presentar denuncia, a título personal y, en tal caso,

quedarán impedidos de conocer como juzgadores de tal denuncia y de gestionar su trámite o influir en los miembros que deben decidir el caso.

Ésta deberá tener el patrocinio de un abogado en libre ejercicio, o de un Defensor Público, requisito que no será necesario si el denunciante es abogado. También se señala que el abogado que patrocine la denuncia no responde de la verdad del hecho denunciado.

La denuncia será reconocida por el denunciante ante el Presidente del Colegio de Abogados de Pichincha y su Secretario dentro del término que aquel señale, y cumplida esta formalidad será remitida al Tribunal.

Los requisitos de la denuncia son:

- a)* Los nombres y apellidos del denunciante o la denominación de la persona jurídica que denuncia y de su representante legal, domicilio, los datos de identificación y prueba de la representación, quien no sea abogado puede recibir poder para presentar la denuncia.
- b)* Los nombres y apellidos del abogado cuyo acto se denuncia y su dirección domiciliaria o profesional;
- c)* La determinación clara y concreta del acto que se impute, con indicación del lugar; día y hora, en lo que fuera posible, y las demás circunstancias con las que se lo ha realizado;
- d)* La declaración acerca de que no ha intentado acción judicial alguna por el hecho denunciado;
- e)* Las pruebas que adjunta y la indicación de las que se propone presentarlas dentro

del término;

- f) El señalamiento del lugar en que deba citarse al inculpado;
- g) La casilla judicial que el denunciante señala para recibir notificaciones;
- h) La firma del denunciante con el número de la cédula de ciudadanía o de identidad.

De no saber leer ni escribir o por imposibilidad física de firmar, imprimirá la huella digital en presencia del Secretario del Colegio de Abogados; y,

- i) La firma del abogado que lo patrocina con la indicación del número de afiliación y al Colegio al que pertenece.

Si la denuncia no reúne los requisitos anteriormente indicados, el Presidente del Tribunal mandará que se la amplíe o complete dentro del término de tres días, bajo prevención de que de no hacerlo se la rechazará y ordenará su archivo.

Archivada la denuncia, sólo podrá volverse a proponer ante el Tribunal otra denuncia similar por los mismos hechos si reúne todos los requisitos y si contiene algún elemento adicional en su fundamentación. El Tribunal no podrá hacer remisión de la denuncia y lo actuado al organismo competente.

Si la denuncia reúne los requisitos señalados, el Presidente del Tribunal mandará citar al inculpado, concediéndole el término de quince días para que la conteste y le indicará que tiene que señalar casilla judicial para futuras notificaciones.

Si el acusado da contestación, ésta debe ser clara y debe referirse únicamente a los hechos que se le acusan, adicionalmente debe adjuntar las pruebas que tenga en su poder y debe

pronunciar las pruebas que solicita se practiquen, pero si no contesta dentro del término legal, el Presidente del Tribunal, de oficio o a petición de parte, le declarará rebelde y ordenará continuar con la tramitación, lo cual no impide que el inculpado pueda comparecer en cualquier momento.

Una vez calificada la contestación, o en rebeldía del inculpado, el Presidente, mediante providencia, designará el miembro principal o suplente, que deberá dirigir la tramitación de la causa hasta que se emita una resolución motivada.

El miembro designado avocará conocimiento de la causa y señalará día y hora para la audiencia de sustanciación, en la que dispondrá la práctica de todas las diligencias probatorias pedidas por las partes. Las pruebas se practicarán en el término improrrogable de quince días y todo incidente será resuelto por el miembro del Tribunal de Honor encargado de la tramitación.

Después de efectuarse la etapa probatoria, el miembro de Sustanciación dispondrá que el expediente pase a conocimiento del Tribunal para que dicte la resolución. El Presidente al recibirlo, concederá el término de cinco días para alegatos, así cualquiera de las partes podrá solicitar una audiencia de estrados, en dicha audiencia, se escuchará al solicitante; la otra parte tendrá el derecho de réplica.

El Tribunal se instalará para deliberar en reserva, cuando la resolución sea en contra del abogado, se impondrán las sanciones establecidas por el Art. 25 de la Ley de Federación de Abogados. En caso de absolución, calificará si la denuncia es o no temeraria y/o maliciosa.

Si alguna de las partes no está conforme con la resolución emitida podrá apelar para ante el Directorio Central de la Federación de Abogados del Ecuador, dentro del término de tres días de notificado el fallo. De ser procedente, el Tribunal concederá el recurso, y dispondrá que el Secretario remita el expediente al Directorio Central, informando a las partes de que pueden continuar el proceso ante dicho organismo.

Ejecutoriado el fallo condenatorio, el Secretario remitirá copias certificadas del mismo al Presidente del Colegio de Abogados al cual sea afiliado el profesional sancionado, para su ejecución. Por consiguiente se infiere del texto que si alguna de las partes no se encuentra conforme con la resolución puede apelar de la misma o puede iniciar acciones civiles o penales, pues las personas pueden ejercer su derecho constitucional de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos.

En cuanto a la prescripción y a la extinción de la acción, la primera se refiere a que prescribe la acción en noventa días, si producido el hecho, no se hubiera presentado denuncia, y se extingue la misma por el transcurso de más de dos años desde la presentación de la denuncia si no se ha resuelto el caso.

Adicionalmente se considera abandono en primera instancia cuando el denunciante deje de impulsar la causa por escrito, por más de treinta días; término de abandono que se contará desde la fecha de su última solicitud. La segunda instancia, en caso de que la resolución apelada fuera absolutoria, quedará abandonada la apelación por el transcurso del plazo de

un año. Si fuera condenatoria, transcurridos dos años desde la interposición del recurso⁵¹.

3.5. Sanciones

De conformidad con el artículo 25 de la Ley de Federación de Abogados, el Tribunal de Honor puede imponer las siguientes sanciones:

- a) Apercibimiento por escrito;
- b) Multa de cien a dos mil sucres, según la gravedad de la falta;
- c) Censura a la conducta profesional del abogado;
- d) Suspensión temporal en el goce de los derechos de afiliado; y,
- e) Suspensión en el ejercicio profesional hasta por tres meses.

Mi criterio frente a las sanciones que se establecen en este cuerpo legal es que se deben modificar las sanciones establecidas, de modo que se establezcan sanciones que contengan aspectos coercitivos, las cuales generen en el abogado cierto temor y que al mismo tiempo promuevan una conducta decorosa por parte del abogado, pues si se establece como sanción la suspensión o la inhabilidad de ejercer la profesión dentro de cierto territorio, seguramente los abogados van a actuar de manera correcta y honesta. Desde mi punto de vista el propósito de las sanciones es indicar claramente a los abogados la forma en que se les va a castigar si cometen alguna conducta contraria a las normas jurídicas y a la ética profesional, pues lo que se busca es que los abogados que cometieron una infracción severa, no vuelvan a cometerla en el futuro.

51 Reglamento del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, artículo 30-47, <http://www.colabpi.pro.ec/>, acceso el 22 de marzo de 2011, a las 12:07.

CAPÍTULO IV

4.1. El principio *non bis in idem*:

El principio del *non bis in idem* garantiza que las personas no sean sancionadas por segunda ocasión, por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el primer proceso se haya absuelto o condenado al sujeto por los actos ilícitos que cometió. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la prohibición de sancionar dos o más veces un mismo hecho tiene consecuencias procedimentales, pues en este sentido significa la prohibición de seguir varios procesos por el mismo hecho, aunque no genere varias sanciones.

El origen de esta figura jurídica se encuentra en el Derecho Romano, pues en los procesos judiciales de aquella época existía la prohibición de iniciar otro juicio sobre la misma materia, sobre la misma o diferente acción.

La doctrina alemana ha señalado que el principio *non bis in ídem* tiene íntima relación con el principio de cosa juzgada, pues menciona que el poder judicial sólo podría ocuparse una vez respecto de la misma cosa. Adicionalmente este principio consistía en que una misma acción no podía hacerse valer en dos ocasiones, independientemente de la resolución del primer procedimiento. Adicional a ello esta prohibición no operaba automáticamente, esto es después de la contestación a la demanda, sino que el demandado debía proponerla como

una excepción⁵². Es por ello que en la sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 11 de enero de 2007, número de recurso 1908/2006 señala lo siguiente:

Ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (3154/90 de 14 de octubre que la denominada excepción de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio «non bis in idem», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el artículo 25 de la Constitución como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito. Por otra parte, la doctrina de esta Sala, con respecto a la cosa juzgada ha señalado que el individuo que ha sido juzgado, no podrá ser sujeto de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos contra él en razón a otra tipificación jurídico-penal (SSTS 622/2005, de 27 de mayo y 505/2006, de 10 de mayo)⁵³.

Sin embargo, para conocer la forma en que opera este principio es necesario precisar que se entiende por haber sido juzgado, al respecto un individuo ha sido juzgado cuando ha sido condenado o absuelto, dicha resolución se debe plasmar en una sentencia en firme, irrevocable y ejecutoriada, contra la cual no procede recurso alguno. De lo señalado se desprende que cuando en un juicio penal se haya dictado una sentencia, la misma que ha causado ejecutoria, se podrá proponer como excepción, en un juicio posterior, el principio del *non bis in idem*, el mismo que promueve la seguridad jurídica. Cabe indicar que esta

52 Sentencia Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 11 de enero de 2007, número de recurso 1908/2006, http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_010.pdf. acceso el 04/04/2011, 23:00.

⁵³ Non bin in idem, http://es.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem, página revisada con fecha 6 de abril de 2011, a las 22:00.

prohibición subsiste, aunque en el segundo proceso se tipifique a los hechos en distinta forma.

El principio *non bis ídem* tiene dos vertientes: una material y una procesal, la vertiente material se refiere a que los poderes públicos no pueden reprimir más de una vez una misma conducta establecida en una ley como infracción o tipificada como delito, si hay identidad de hecho, sujeto y fundamento, pues si no se observa este concepto se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad y de justicia⁵⁴.

El principio de proporcionalidad es el fundamento que exige que todas las relaciones que tengan diferentes intereses sean equilibradas, sin que ninguna de las posiciones se sobreponga a la otra de forma ilegítima. Adicionalmente señala que en caso de presentarse un conflicto normativo, se tiene que seleccionar una respuesta jurídica que perjudique en menor medida el ejercicio de los derechos, o que no los vulnere, por ello identifica la posición normativa *prima facie* que tiene mayor importancia dentro del conflicto jurídico⁵⁵.

El principio *non bis in idem* es un principio general del Derecho, que se basa en el principio de proporcionalidad y de cosa juzgada, pues no permite que se apliquen dos o más

⁵⁴ MUNOZ LORETE, José, *La nueva configuración del principio non bis in ídem*, Universidad Carlos III de Madrid-España, Editorial Ecoiuris, pp. 36-38.

⁵⁵ LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Bloque de Constitucionalidad*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica 2010, p. 129-131.

sanciones o el desarrollo de dos o más procesos en los que haya identidad de sujeto, hechos y fundamento⁵⁶. Cabe indicar que este principio permite la vigencia del principio de seguridad jurídica previsto la Constitución del Ecuador, puesto que no solamente es aplicable en el ámbito penal, sino en el ámbito administrativo, etc., en cualquier proceso que hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada. Juzgar dos o varias veces por el mismo hecho implica vulnerar la seguridad jurídica de los ciudadanos, por ello esta prohibición se hace extensiva a cualquier materia jurídica⁵⁷.

Considero que la aplicación del principio *non bis in ídem* es éticamente sostenible por cuanto el no permitir que se juzgue a un individuo varias veces por la misma causa permite que el individuo sea juzgado una sola vez, por el juez competente que debe conocer la causa, quien le impondrá una sanción proporcional al acto ilícito cometido, lo cual permitirá que el valor de la justicia se mantenga vigente en los actos que realiza los jueces, Tribunales y Cortes de Justicia en nuestro país, quienes a parte de los abogados tienen la labor de contribuir con la justicia, el bien común y la paz social en el Ecuador.

Antiguamente el concepto de *non bis in ídem* hacía referencia exclusivamente a la vertiente material, la cual se refería a la prohibición de la doble sanción por los mismos hechos, sin hacer referencia a la prohibición de realizar varios procedimientos simultáneamente sobre el mismo asunto. La sentencia No. 177/1999, de 11 de octubre la cual indica que:

⁵⁶ FRANCO LOOR, Eduardo Fabián, *La cosa juzgada y el principio non bis in ídem en el Derecho Procesal Penal* en <http://www.monografias.com/trabajos75/cosa-juzgada-nom-bis-idem/cosa-juzgada-nom-bis-idem2.shtml>, acceso el 22-04-11, a las 9:26.

⁵⁷ FRANCO LOOR, Eduardo Fabián, *La cosa juzgada y el principio non bis in ídem en el Derecho Procesal Penal* en <http://www.monografias.com/trabajos75/cosa-juzgada-nom-bis-idem/cosa-juzgada-nom-bis-idem2.shtml>, acceso el 22-04-11, 9:50.

1. Existe una prohibición de someter a un doble proceso, pues ese doble enjuiciamiento podría llevar a la vulneración de este principio al imponer dos o más sanciones.
2. La preferente imposición de la sanción penal si los hechos son subsumibles con algún precepto penal y, en consecuencia procede el bloqueo de una posterior sanción administrativa, si se genera la triple identidad.⁵⁸.

Ahora bien, en cuanto al fundamento del principio del *non bis in idem*, los autores han establecido que el *non bis in idem* tiene íntima relación con la cosa juzgada en el ámbito del *ius puniendi*, pues según el principio de la cosa juzgada, los jueces no pueden tramitar ni resolver procesos judiciales, cuyo objeto y causa sea el mismo que otros juicios que hayan sido resueltos previamente por otro funcionario judicial, esto equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de juzgar dos veces por la misma causa a un mismo sujeto, por ello la consecuencia del principio de cosa juzgada sería que una persona que ha sido procesada y que ha obtenido una sentencia condenatoria ejecutoriada de última instancia, que le absuelve o le condena, no puede ser juzgada nuevamente por un juez o tribunal por un mismo hecho⁵⁹.

El *non bis in idem* también tiene su fundamento en el principio de legalidad y respecto a ello el autor Fernández Carrasquilla afirma que: “*el non bis in idem existe para evitar que un mismo*

⁵⁸ MUÑOZ LORETE, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Universidad Carlos III de Madrid-España, Editorial Ecoiuris, Pág.38-42.

⁵⁹ PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos, *El non bis in idem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, Pág. 152-153.

*hecho se sancione penalmente más de una vez, aunque con denominaciones distintas...*⁶⁰, por consiguiente este principio es una norma de garantía que promueve la protección del infractor de una doble o múltiple imputación, ya sea total o parcial, ya que para cada delito existe una norma jurídica, lo cual coadyuva a que no se pueda repetir la sanción que genera varios delitos y varias penas.

Este principio implica que se presenten dos circunstancias para que un sujeto tenga derecho a no ser juzgado nuevamente: por un lado la existencia de un hecho punible como un delito, y en segundo lugar la investigación que ha motivado una decisión de fondo por parte del Juez.

Para que el *non bis in ídem* se aplique es necesario que haya una identidad respecto al sujeto, a los hechos u objetiva y al fundamento o causa, las cuales se van a analizar a continuación:

1.- Identidad de sujeto.- para que se perfeccione la identidad subjetiva tiene que tratarse de la misma persona que haya sido investigada y procesada, pues el principio *non bis in ídem* permite que se impongan castigos a los sujetos que hayan participado en el

⁶⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, p. 153.

cometimiento del ilícito. Por ello por la perpetración de un mismo ilícito se puede castigar a autores, encubridores, cómplices, entre otros.

2.- Identidad objetiva.- en cuanto a la identidad objetiva, dicho principio opera cuando se juzga de nuevo por los mismos hechos. De este modo Devis Echandía señala que *“el objeto del proceso es el hecho delictuoso mismo y su calificación es secundaria para los efectos de la cosa juzgada, aunque tiene importancia para el efecto de la congruencia que debe existir entre la sentencia y la imputación hecha al procesado”*⁶¹.

3.- Identidad en la causa.- se analiza desde el punto de vista en que se ejerce el poder, ya que el deber del Estado frente al individuo es investigar y sancionar el acto ilícito y al culpable que genere responsabilidad de diversa índole. Este hecho le permite al legislador adelantar sobre una misma persona y por los mismos hechos, procesos de diversa naturaleza, ya sean procesos penales, administrativos, disciplinarios, entre otros, sin embargo lo que se busca es no transgredir el principio del *non bis in ídem*, por cuanto se están protegiendo bienes jurídicos diferentes que han sido objeto de vulneración⁶².

De este modo se genera el concurso ideal de infracciones, pues de un solo hecho se generan distintas infracciones, las cuales permiten la aplicación de varias sanciones.

⁶¹ Sandra Cristina Penagos Trujillo- Juan Carlos Sánchez Posso, *Ibíd*em, Pág. 155.

⁶² LOPEZ MORALES, Jairo, Nuevo Código de Procedimiento Penal en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, pp.152-155.

Cabe indicar que los principios de cosa juzgada y *non bis in ídem*, garantizan la protección del bien jurídico protegido que es el derecho a la libertad y como parte del debido proceso ha sido recogido en varios instrumentos internacionales, que se indican a continuación:

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14, numeral 7, establece que *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, establece en el artículo 8, de las garantías judiciales, en el numeral 4 que: *“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos”*.

Adicionalmente, en la Constitución Política colombiana, el artículo 29 dispone que toda persona tiene derecho *“a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*. Este principio constitucional ha sido recogido en el Código Penal Colombiano al consagrar la prohibición de doble incriminación, artículo 8: *“A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”*.

En el Código de Procedimiento Penal colombiano también se encuentra este principio consagrado en el artículo 21:

Cosa Juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia⁶³.

El Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), en su artículo 11 dispone:

Ejecutoriedad. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación que se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferido por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta⁶⁴.

En el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

⁶³ LOPEZ MORALES, Jairo, Nuevo Código de Procedimiento Penal en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, p. 156.

⁶⁴ HIGUITA RIVERA, Lina María. Nuevo Régimen Disciplinario del Servidor Público, Medellín, 2002, Biblioteca Jurídica Diké, Pág. 355 en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez.

Por consiguiente no se puede juzgar dos veces a una persona por la misma causa, aunque no se haya condenado o se haya dictado sentencia absolutoria en los dos procesos.

Adicionalmente, en el artículo 4.1. del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos menciona que: *“Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado”*. De este modo el principio non bis in idem se refiere a que una persona no puede ser juzgada en el ámbito de un mismo Estado.

En cambio en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 50 dice lo siguiente: *“Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”* y el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen establece este derecho de la siguiente manera: *“Una persona que haya sido juzgada por sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante”*.

Finalmente, del contenido de las normas se infiere que el objetivo de las mismas es garantizar el derecho de las personas a no ser juzgadas dos o más veces por la misma causa, además se establece la oposición de sufrir doble castigo por un mismo hecho ilícito. Del mismo modo que en las normas internacionales en la Constitución del Ecuador se consagra

el principio *non bis in idem* como un derecho de las personas a la defensa, así en el artículo 76, numeral 7, literal i) se menciona que: “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia*”.

Tanto en las normas de derecho interno como en las normas de derecho internacional se establece el principio analizado en el presente capítulo, la justificación ética se encuentra en que un abogado puede ser juzgado ante jueces civiles, penales y ante la Dirección Regional del Consejo de la Judicatura, ya que no se configuran los elementos para que se aplique el *non bis in idem*, cabe indicar que este órgano interviene e impone sanciones cuando el abogado comete infracciones que atentan contra la ética profesional, es por ello que si el abogado transgrede su obligación legal y ética de divulgar el secreto profesional, por cuanto es un deber principal del abogado, el cual debe ser respetado al ejercer la profesión jurídica, debe ser sancionado por el órgano competente quien impondrá una sanción proporcional al acto ilícito realizado, pues sería injusto que esta infracción ética realizada por abogados deshonestos quede en la impunidad y que el Estado no sancione estos actos contrarios a las buenas costumbres.

En nuestro derecho, en caso de concurrencia de infracciones hay que exigir todas las responsabilidades correspondientes a todas las infracciones que se hayan cometido. Si una persona realiza dos infracciones vulnera dos veces el ordenamiento jurídico, por ello debe recibir sanciones independientes y debe ser castigado dos veces.

Ahora bien, la doctrina hace referencia a la triple identidad y al concurso de normas punitivas, sobre este tema el autor GONZÁLEZ RUS señala que *“todas las normas concurrentes responden a la misma o a semejante valoración jurídica, de forma que su aplicación conjunta supondría castigar varias veces por el mismo comportamiento, con la consiguiente violación del non bis in idem”*⁶⁵. Esto quiere decir que un individuo está en concurso cuando su actuación lesiona a un bien jurídico protegido en una norma de carácter civil, penal, administrativa, deontológica, etc. Cabe indicar que una infracción puede estar normada en diferentes cuerpos legales, sin embargo considero que se debe establecer claramente cuál es el bien jurídico que se va a proteger, con el objeto de que no se genere un conflicto de normas, pues las normas entran en conflicto cuando se ha realizado una única infracción, que está tipificada en dos o más preceptos normativos diferentes, no obstante cada una de las normas punitivas en concurso tipifica un hecho diferente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expedido varias sentencias en las que se aplica el non bis in ídem. Así la sentencia de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria señala como fundamentos de hecho que un sujeto en estado de embriaguez atropelló con su vehículo a un ciclista, a quien dejó malherido, posterior a ello se fugó sin proporcionarle ayuda y peor aún primeros auxilios, finalmente el sujeto falleció. Al conductor se le sancionó con una multa impuesta por la autoridad administrativa por conducir bajo los efectos del alcohol y condenado penalmente a cinco meses de prisión por

⁶⁵ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 54.

el homicidio imprudente del sujeto que atropelló⁶⁶. El Tribunal considera que existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más minucioso demuestra que únicamente debe ser perseguido por un delito.

Adicionalmente en la sentencia de fecha 30 de mayo de 2002 (caso W.F. contra Austria), un sujeto que conduce ebrio y provoca una colisión con heridos es sancionado por conducir con tasa de alcohol en la sangre superior a la establecida y posteriormente es condenado por las lesiones imprudentes. El Tribunal señala que la finalidad del *non bis in ídem* es prohibir que una persona sea juzgada o condenada dos veces por el mismo acto, por ello en el caso Fischer el Tribunal entiende lesionada la garantía del *non bis in ídem*. Finalmente en la sentencia de fecha 6 de junio de 2002 (caso Sallen contra Austria), primero se impuso al señor Sallen una multa administrativa por conducir con una tasa de alcohol en la sangre superior a la establecida, luego una multa de carácter penal por causar lesiones a su acompañante producto de la colisión. El Tribunal resolvió que no hay diferencia respecto del caso Fischer, por lo que se ha vulnerado el *non bis in ídem*.

En la sentencia de fecha 24 de abril de 2000 se establece que el *non bis in ídem* no se vulnera por tipificar en dos o más normas jurídicas un mismo hecho, sino cuando se imponen dos sanciones, es decir cuando se aplican varias normas jurídicas, además afirma que:

El principio general de derecho non bis in ídem prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada en dos disposiciones

⁶⁶ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 56.

*diferentes. Hay que distinguir entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma infracción en distintas normas, pues cuando menos, en principio ello no afecta al principio non bis in idem, que lo que prohíbe no es una distinta regulación y sí una doble sanción por unos mismos hechos.*⁶⁷

4.2. El principio non bis in idem y el juzgamiento deontológico:

La garantía *non bis in idem*, permite que no se sancione dos veces por la misma causa, aunque haya normas punitivas diferentes, las cuales tipifiquen el mismo hecho como infracciones totalmente diferentes en el ordenamiento jurídico.

Esto se debe a que hay ocasiones en las que el sujeto realiza una infracción supuestamente autónoma en el ámbito civil, penal y disciplinario, pues la conducta ilícita que se produce puede ser sancionada desde diferentes aristas del derecho público y privado, las cuales buscan proteger el mismo bien jurídico.

La jurisprudencia internacional ha señalado que al existir diverso fundamento por incumplir los deberes del abogado, previamente establecidos, se puede aplicar el doble castigo, que puede estar previsto en una norma de derecho penal, civil, disciplinario, entre otros.

⁶⁷ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 58-59.

Las sentencias del Tribunal Constitucional Español han respaldado esta tesis, así este Órgano en su sentencia 234/1991 de fecha 10 de diciembre ha señalado que:

*Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección*⁶⁸.

Con respecto de las faltas deontológicas la sentencia de Madrid, de fecha 17 de enero de 2002, admite que un abogado condenado penalmente por los tribunales suizos por delitos de estafa, falsedad en documento público, abuso de confianza y competencia desleal sea sancionado disciplinariamente por su colegio profesional en España con la expulsión del mismo por “hechos similares”; y en la sentencia de la Comunidad Valencia de 14 de febrero de 2001 se establece que un colegio de farmacéuticos imponga una sanción disciplinaria por el mismo hecho sancionado por la Administración “no significa que se haya vulnerado el *non bis in ídem*, pues lo que la decisión administrativa sanciona (...) no es la infracción de un deber colegial o deontológico sino la infracción a determinadas normas de carácter general, en concreto, sobre el turno de guardia y dispensación de medicamentos”. Adicional a ello la sentencia de fecha 7 de junio de 2004 dice que hecho sea constitucionalmente admisible, es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción trata de salvaguardar, o desde la perspectiva de un relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

⁶⁸ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 48.

Este argumento también se ha aplicado en los casos de sanciones disciplinarias deportivas para lograr que las sanciones disciplinarias deportivas sean compatibles con las penales, administrativas que surgen de las relaciones. Así en el artículo 5.2. del Reglamento de Disciplina Deportiva de España, de fecha 23 de diciembre de 1992 se establece que:

La imposición de sanciones en vía administrativa, conforme a lo previsto en la Ley del Deporte y disposiciones de desarrollo para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, no impedirá, en su caso, y atendiendo a su distinto fundamento, la depuración de responsabilidades de índole deportiva a través de los procedimientos previsto en este RD, sin que puedan recaer sanciones de idéntica naturaleza⁶⁹.

En consecuencia lo que hay que tomar en cuenta, al momento de sancionar a un individuo por una falta cometida, es el bien jurídico protegido y la lesión que se produce a ese bien jurídico, pues si se vulnera de forma diferente al mismo, cada castigo tendrá su fundamento propio y será posible castigar desde diversos ámbitos, sin que se vulnere el *non bis in idem*, por ello el elemento de la identidad de fundamento tiene dos aristas que son: la identidad de bien jurídico o interés público protegido y la identidad de lesión o ataque a ese bien jurídico. La Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco, en su artículo 18.2 señala que:

Se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castigue con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos

⁶⁹ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 48-49.

protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción”.

Esta ley habla de la identidad del bien jurídico y de la identidad de riesgo, que se refiere a la lesión del bien jurídico que se ha mencionado, al mismo tiempo da a entender que el *non bis in ídem* sirve para dar mayor efectividad al principio de proporcionalidad.

Finalmente cabe mencionar que las sanciones disciplinarias tienen diverso fundamento e interés jurídico de modo que las sanciones penales, administrativas, pueden ser aplicadas simultáneamente sin peligro de vulnerar el *non bis in ídem*.

4.3. Principio non bis in ídem y las opciones para juzgar la violación del secreto profesional:

Ahora bien, el problema y objeto de análisis es el hecho de que un mismo acto humano se configure como ilícito en varias normas jurídicas sancionadoras, pues se debe analizar las consecuencias que esto acarrearía y la forma de aplicar el *non bis in ídem* en estos casos.

Como ya se ha mencionado el principio *non bis in ídem* indica que no se puede sancionar dos veces por la misma causa, pese a que dos normas jurídicas tipifiquen el mismo acto, por ejemplo: el sujeto puede cometer varias infracciones, ya sean penales, administrativas y disciplinarias, por encajar con una conducta que puede subsumirse en varias normas jurídicas, entonces el problema radica en determinar cuando se trata del mismo asunto y

cuando no se trata de lo mismo. Sobre este problema jurídico el Tribunal Constitucional Español dispuso, en la sentencia 2/1981, de fecha 30 de enero de 1981, que concurre lo mismo cuando pretenda castigarse por segunda vez al mismo sujeto, por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico, entonces la garantía del *non bis in idem* impide sancionar aquello que sea igual a lo ya sancionado previamente; y lo igual o lo mismo existe cuando se da la referida triple identidad, que se refiere a la identidad de sujeto, hecho y fundamento necesaria para que se pueda establecer el *non bis in idem*. Adicionalmente en la sentencia 2/2003 indico que la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1. CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

Basta con que no exista uno de estos tres elementos, aunque sean idénticos los otros dos, para que sea constitucionalmente admisible la imposición de varios castigos. Desde mi punto de vista el hecho de divulgar un secreto profesional puede ser sancionado desde varios ámbitos, ya sea civil, penal, disciplinario, pues existe una excepción en cuanto a las sanciones disciplinarias, ya que en este caso el fundamento es distinto, y por ello se permiten imponer varias sanciones, respecto de un mismo hecho, aparte de que es muy difícil que se configuren los tres requisitos necesarios para que opere el *non bis in idem*, ya

que como bien señala la Corte Suprema de Justicia de Colombia al mencionar que “no se viola el principio del *non bis in ídem* cuando un ciudadano es procesado y sancionado en razón de la misma conducta, desde la perspectiva disciplinaria y penal, porque a pesar de ser emanaciones de la misma función punitiva, buscan la protección de bienes y derechos sustancialmente diversos; de un lado la buena marcha de la administración pública, concebida ésta como un servicio que presta a los ciudadanos para garantizar su bienestar y el desarrollo adecuado del ser humano, en una sociedad reglada y controlada, y de otro lado la protección de un bien jurídico que por su trascendencia ha sido considerado como merecedor de protección penal, que al ser puesto en peligro o conculcado por la acción u omisión del sujeto agente, lo hace acreedor a las sanciones especialmente previstas”⁷⁰.

Considero que el fundamento ético para que se sancione disciplinariamente al abogado que divulgue el secreto profesional se halla en la obligación del mismo de guardar el secreto profesional respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las actividades de su actuación profesional, ya que es un deber y un derecho que a la vez que debe perdurar y considero que es imprescindible la sanción disciplinaria para que el abogado tiene que respetar y cumplir los principios que rigen la abogacía que son: la probidad, honradez, discreción, eficacia, desinterés, veracidad, y lealtad. Adicionalmente pienso que la violación al secreto profesional no debe dejar de sancionarse y permanentemente se tiene que establecer como una sanción deontológica, independiente de

⁷⁰ TORRES FRESNEDA, Juan Manuel, Magistrado ponente. Sentencia de única instancia del 16 de octubre de 1992. Corte Suprema de Justicia en ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008, p. 50.

la sanción civil, penal, con el objeto de que adquiriera un carácter coercitivo para los abogados infractores.

Conclusiones:

-En el Ecuador no existe suficiente información sobre este tema, ya que el secreto profesional no ha sido analizado con la importancia que se debe conceder este tema, pues la vulneración del mismo implicaría la transgresión de diferentes ámbitos del derecho, tales como el derecho administrativo, penal, constitucional y disciplinario.

-En cuanto a los precedentes jurisprudenciales, en el Ecuador no existe información respecto del juzgamiento deontológico del secreto profesional, por ello he investigado fallos de diversas legislaciones, principalmente de la legislación española y colombiana, las mismas que permiten dilucidar la forma en que la vulneración a este principio es sancionado en otros países.

-Los profesionales del derecho que ejercen la profesión en nuestro país no han tomado conciencia respecto de la importancia de guardar el secreto profesional, pienso que ello se debe a que en el Ecuador no existe una legislación implacable que sancione la vulneración del mismo, ello ha permitido que los abogados no respeten el código de ética profesional.

-En el Ecuador se tiene que establecer claramente los tipos de responsabilidad que el abogado incurriría al vulnerar el secreto profesional, así como las aristas desde las cuales el abogado puede ser juzgado y sancionado, ya sea desde el ámbito penal, disciplinario, administrativo, constitucional, entre otros.

-El secreto profesional surge como consecuencia del servicio que presta el abogado a su cliente, pues el primero tiene la obligación jurídica y moral de guardar la información íntima de las personas, ya que vulnerar este principio implicaría violar el derecho de las personas a la libertad y a la intimidad de cada individuo.

-La información que el abogado debe mantener en reserva no abarca simplemente la información que recibe de su cliente, sino los datos que recibe de los empleados del estudio jurídico, asistentes, secretaria, respecto del caso en concreto, en fin terceras personas, por ello sus colegas de trabajo también tienen la obligación de no revelar los datos que han adquirido. Por ello nuestra legislación debe regular este problema jurídico que hasta la actualidad no se lo ha hecho.

-Considero que se debe establecer claramente en una ley especial la vulneración de los deberes éticos del abogado, pues dentro de ellos se encuentra el deber de guardar secreto profesional, y respecto de este tema es importante establecer las circunstancias y/o casos excepcionales en los cuales el abogado puede divulgar dicha información que le ha sido confiada en virtud de su profesión y los efectos jurídicos que conllevaría dicha revelación.

-No es dable que en el Siglo XXI los abogados consideren que el hecho de vulnerar el secreto profesional, simplemente vulnera una obligación de carácter moral, que se encuentra en el fuero íntimo de las personas, y que no existen los mecanismos probatorios

suficientes para justificar dicho acto como un delito que puede generar responsabilidad penal, responsabilidad por daños y perjuicios e incluso daño moral.

-El Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha mantiene los casos de juzgamiento del secreto profesional de forma reservada, de modo que los estudiantes no tenemos acceso a dicha información, incluso no tenemos conocimiento de la existencia de este tema de vital importancia, de modo que he tenido que analizar jurisprudencia extranjera para determinar la forma y los argumentos que utilizan Tribunales Internacionales respecto del juzgamiento del secreto profesional.

- No se vulnera el *non bis in idem* cuando se castiga en dos ocasiones a la misma persona, fundamentándose en la misma causa, y protegiendo dos bienes jurídicos distintos, siempre que cada vulneración al bien jurídico esté tipificada en la ley como una infracción diferente e independiente.

-El principio *non bis in idem* no impide que la misma persona y por el mismo hecho sea sancionada en cada ámbito diferente de responsabilidad, el derecho penal, civil y disciplinario, no tutelan el mismo bien jurídico, así como las finalidades que persiguen cada rama del derecho son distintas.

Bibliografía:

- AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, <http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569&p00=secreto%20profesional>, acceso el 15 de enero de 2011, 22:00.
- AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V. *La Ética del Abogado*. Librería Editora Platense Abeledo Perrot, 1995.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008.
- BARRAGAN ROMERO, Gil. *Elementos del Daño Moral*. Editorial Edino, año 1995.
- CASTILLO, ALFREDO/MUGARRA, XAVIER. *Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte*. Caracas, Ediciones Rectorado.
- Constitución del Ecuador, <http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/Vigente/VigenteSimple.aspx>, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, página revisada el 30 de enero de 2011 a las 15:00.

- Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 179; 254 y siguientes, [www.lexis.com.ec/Web Tools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_](http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_), Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar-2009.
- Código Penal Español, <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol--texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>, acceso el 19 de febrero de 2011 a las 22:28 pm.
- Código de Ética del abogado Venezolano, www.misionsucregonellsabatino.blogia.com/2009/091801-codigo-de-etica-del-abogado-venezolano.php, acceso el fecha 5 de marzo de 2011, a las 20:11.
- Código de Ética Profesional Avellán Ferrés, [.http://www.colabpi.pro.ec/](http://www.colabpi.pro.ec/), acceso el 1 de marzo de 2011, a las 21:00.
- Código Deontológico de la Abogacía Española, www.lexjuridica.com/ex/lssi/codigo.htm, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 19:07.
- Código Penal Ecuatoriano, artículo 96, Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971, Última modificación: 18-mar-2011, [http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocument Visualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENAL-CODIGO_PENAL](http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/FullDocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENAL-CODIGO_PENAL).

- DE LA TORRES DÍAZ, Francisco Javier, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.
- ET HÉLIE, Chauveau en ZEBALLOS CRISTÓBAL, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007, <http://site.ebrary.com/lib/pucesp/docDetail.action?docID=10398569&p00=secreto%20profesional>, acceso el 25 de enero de 2011, 20:00.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez.
- Federación Mexicana de Colegios de Abogados, *Código de Ética Profesional*, www.federacionmexabogados.org/etica.html, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 23:49.
- FRANCO LOOR, Eduardo Fabián, *La cosa juzgada y el principio non bis in ídem en el Derecho Procesal Penal* en <http://www.monografias.com/trabajos75/cosa-juzgada-nom-bis-idem/cosa-juzgada-nom-bis-idem2.shtml>, acceso el 22-04-11, 9:50.

- GALLARDO MIGUEL A., *Código de Ética de la Abogacía Española*, www.miguelgallardo.es/codigo/deontologico/abogados/, acceso el 5 de marzo de 2011, a las 19:42.

- GRANDE YÉPEZ, Miguel, *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Con la colaboración de Joaquín Almoguera y Julio Jiménez, 2006, Universidad Jesuitas Unijes.

- MUNOZ LORETE, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Universidad Carlos III de Madrid-España, Editorial Ecoiuris.

- HIGUITA RIVERA, Lina María. Nuevo Régimen Disciplinario del Servidor Público, Medellín, 2002, Biblioteca Jurídica Diké, Pág. 355 en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in idem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez,

- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano en www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=909, acceso el 7 de marzo de 2011 a las 21:37.

- LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Bloque de Constitucionalidad*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica 2010.

- MUÑOZ LORETE, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Universidad Carlos III de Madrid-España, Editorial Ecoiuris.

- LÓPEZ HERRERA EDGARDO, *Introducción a la Responsabilidad Civil*, <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>, p. 1, acceso el 29-03-11, a las 23:31.

- LOPEZ MORALES, Jairo, Nuevo Código de Procedimiento Penal en PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos. *El non bis in idem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez,.

- Ley de Federación de abogados, <http://www.colabpi.pro.ec/>, página revisada el 20 de enero de 2011 a las 19:00.

- *Non bin in idem*, http://es.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem, página revisada con fecha 6 de abril de 2011, a las 22:00.

- PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Telmis S.A. Bogotá Colombia, 2004, p. 25; 30.

- PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SANCHEZ POSSO, Juan Carlos, *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá-Colombia, Grupo Editorial Ibáñez,.

- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Deontología Jurídica Ética del Abogado*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, Avenida República Argentina 15, México 1998.

- ROSENKRANZ Ofelia, CAIVANO, Roque J. y MAYER Gisela F. *Ética Profesional de los Abogados*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1995.

- Reglamento del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, artículo 30-47, <http://www.colabpi.pro.ec/>, acceso el 22 de marzo de 2011, a las 12:07.

- Secreto profesional Gestión de la información confidencial en <http://www.scribd.com/doc/29769809/Secreto-profesional>, p. 95, acceso el 25 de febrero de 2011, a las 23:13.

- Sentencia Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 11 de enero de 2007, número de recurso 1908/2006, http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_010.pdf. acceso el 04/04/2011, 23:00.

- SOTOMAYOR GARZA, Jesús G. *El secreto profesional*. México. Editorial Porrúa, 2007.

- State Bar of Michigan. Comments on Professional & Judicial Ethics, Informal Opinion RI-335. 2005, [http://www. Michbar.org/opinions/ethicsopinions.cfm](http://www.Michbar.org/opinions/ethicsopinions.cfm). en *Secreto profesional Gestión de la información confidencial*, [http://www.scribd.com/doc/29769809 /Secreto-profesional](http://www.scribd.com/doc/29769809/Secreto-profesional), acceso el 25 de febrero de 2011, 23:44.

- TORRES FRESNEDA, Juan Manuel, Magistrado ponente. Sentencia de única instancia del 16 de octubre de 1992. Corte Suprema de Justicia en ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Iustel, año 2008.

- ZEBALLOS CARDOSO, José en AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado: ejercicio y función social de la abogacía*. Ediciones Cátedra Jurídica, 2007.

- Diss., ZUMARRAGA RAMIREZ, Sylvia. *El secreto profesional*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Tesis/D340.069/Z85S.

Abstract

El secreto profesional se refiere al deber y el derecho del abogado de guardar reserva respecto de toda la información que el cliente o terceras personas le confieren en virtud de su ejercicio profesional, ya que el abogado a parte de este deber, tiene el derecho de hacer efectiva esta obligación ante cualquier autoridad pública o privada que pretenda vulnerarlo.

Actualmente, en el Ecuador, no se regula de forma apropiada el juzgamiento de los abogados que vulneran un secreto profesional, pues aún no se ha expedido el Código de

Conducta en el ejercicio profesional para los abogados, norma que regula el marco general del problema antes indicado, por este motivo, no se ha determinado cuál es proceso de juzgamiento de conductas que vulneren el secreto profesional cometidas tanto por abogados afiliados al Colegio de Abogados de Pichincha y por abogados que no se han afiliado en el Colegio de Abogados de Pichincha, debido a que no tienen obligación de afiliarse a ningún colegio de abogados. No obstante en el Artículo 201 del Código Penal se tipifica la divulgación de un secreto profesional, es decir en nuestra normativa actual se plantea una forma de juzgar a los abogados que vulneren el secreto profesional, por lo tanto en nuestro Sistema Jurídico puede coexistir la posibilidad de juzgar dos o más veces a un abogado por violación del secreto profesional, sin embargo este hecho ocasionalmente podría afectar al principio Non Bis In Idem.

En la presente disertación voy a emplear el método deductivo, pues una vez aceptadas algunas proposiciones extraídas de la experiencia; aceptadas algunas verdades dictadas por el recto juicio, por la intuición se procede a deducir otras verdades que toman el nombre de axiomas y a partir de estas definiciones se deducen después las propiedades que en ellas se contienen.

Adicionalmente voy a emplear el método histórico, ya que es necesario conocer los aspectos más generales del secreto profesional y el desarrollo que ha tenido este fenómeno jurídico en el Estado Ecuatoriano a partir de las reformas legales.

Considero que en el Ecuador, los profesionales del derecho no han tomado conciencia respecto de la importancia de respetar este principio, pues debido a que la obligación de guardar el secreto profesional, se mantiene en el fuero interno de las personas, éste no se ha

hecho exigible y en varias ocasiones se ha vulnerado. Adicionalmente a falta de normativa clara y precisa respecto del tema, considero que con el contenido de la presente disertación, va a generar pautas acerca de la forma del juzgamiento deontológico a los abogados que vulneren el secreto profesional, y considero que estoy aportando con respuestas a muchas inquietudes que los abogados, estudiantes de jurisprudencia y sociedad en general nos hemos planteado en varias ocasiones respecto de la obligatoriedad de guardar secreto profesional y de la forma en que este principio está regulado en nuestra legislación y en legislaciones extranjeras.