

## CAPÍTULO TERCERO

### EL SECRETO FISCAL

La literatura del secreto fiscal en México es escasa y en ocasiones poco clara al identificar la materia y naturaleza de esta reserva.<sup>140</sup> De hecho, existe una dificultad generalizada por justificar su existencia y definir sus límites y alcances, puesto que su conformación no parte de la voluntad del individuo, sino de la obligación tributaria que deriva de mandato legislativo en uso de la potestad normativa de imposición del Estado.<sup>141</sup> En este contexto el contribuyente se ve compelido a entregar datos personales y de relevancia tributaria a la autoridad fiscal. Dicha circunstancia hace evidente la problemática que existe alrededor del secreto fiscal, incluso en su historia legislativa y en las interpretaciones que se han hecho de las normas que lo rigen en México.

<sup>140</sup> En el derecho comparado también se incorpora como límite al acceso a la información el secreto; así las primeras leyes que sancionaron este derecho, por ejemplo en Francia la ley del 17 de julio de 1978, en el artículo 6o., estableció el secreto de las deliberaciones de gobierno, el secreto de la defensa nacional o de la política exterior, el secreto de la vida privada, el secreto en materia comercial e industrial; también se añadió la protección de la moneda y del crédito público, de la seguridad del Estado y de la seguridad pública; además en los procedimientos jurisdiccionales y de las operaciones de policía judicial en materia fiscal y aduanera también estaba limitado el derecho al acceso a la información, (traducción libre), Heymann-Doat, Arlette, *op. cit.*, p. 157.

<sup>141</sup> Cabe recordar que la obligación tributaria dentro de la literatura clásica del derecho tributario, nace del *poder de imposición del Estado*, mismo que será controlado por la ley votada en Cortes. Así la obligación tributaria, se considera como una relación jurídica tributaria. Es una relación que nace y se detalla en ley. Blumenstein, Ernest, *Sistema di Diritto delle imposte*, trad. de Francesco Forte, Milán, Dott Giuffrè, 1954, pp. 1 y ss.

El secreto jurídico en México se forma, ya sea con la figura del secreto profesional penal, o con la reserva y confidencialidad de cierta información en manos de la administración pública. Para los efectos de este libro, el tratamiento que damos al secreto fiscal, es como reserva de la información en ciertos componentes del secreto, y como confidencial en otros elementos que lo componen. En tanto al enfoque, como hemos venido exponiendo, se basa en el control de proporcionalidad o juicio de ponderación o *balancing test* de derechos, ya que como hemos expresado en el capítulo primero, estamos frente a derechos fundamentales de igual importancia. Y es que entran en colisión los derechos de acceso a la información pública; el derecho a la vida privada y la protección de los datos personales; de los intereses y derechos que se generan en torno al deber de informar del contribuyente y el deber de resguardo de la autoridad.

En el presente apartado definimos el concepto de secreto fiscal, su origen y justificación en derecho, así como los intereses que confluyen en éste y los derechos correspondientes a partir de la forma en la que está regulado en México. Esta construcción dogmática del secreto fiscal pretende dar un marco conceptual sobre el cual se puedan más adelante identificar los desafíos en la materia.

## I. PRIMERAS APROXIMACIONES AL SECRETO FISCAL

La figura del secreto o resguardo de información, en parte, está basada en deberes morales. En la idiosincrasia mexicana, existe un sentimiento generalizado entre los funcionarios y servidores públicos mexicanos de que se está ante un tema de “honor”: resguardar información “es un pacto de caballeros”. Sin embargo, en el contexto de la transparencia y el acceso a la información, la reserva y la apertura nunca podrán desligarse de sus causas y daños probables, en tanto que la democracia exige explicaciones basadas en el interés público y las leyes, y no en pactos de palabra.

De acuerdo con el sentido gramatical de la palabra “secreto”, en su primera acepción “se aplica a las cosas cuyo conocimiento se guarda entre un reducido número de personas con cuidado de que no se trascienda a las demás”.<sup>142</sup> En el lenguaje vulgar la palabra “secreto” se refiere a las *cosas* o se le atribuye a los objetos, como en “cofre secreto”, “documentos secretos”, etcétera. En contraste, en derecho, el secreto lo constituye aquello que representa ese objeto, es decir, la construcción mental de la reserva del conocimiento de un objeto. Lo que goza de la protección jurídica del secreto no son las cosas, sino el conocimiento sobre sus características, existencia, posible utilización, naturaleza, etcétera.<sup>143</sup> Aquí nos referimos al secreto sobre la información, datos o conocimiento en general. Las palabras secreto, reserva, arcano (que se guarda en un arca) y sigilo, todas ellos dan la dimensión de lo que debe entenderse por la *confidencialidad* del conocimiento entre unos cuantos individuos.

La definición de “secreto” en derecho ha sido esbozada desde diversas posturas y doctrinas. Resalta su cualidad ambivalente: es una protección a determinado bien jurídico, al tiempo que representa una excepción al interés público, o la afectación al

<sup>142</sup> Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, t. H-Z, Madrid, Gredos, 1997, p. 1121. De acuerdo con el léxico histórico del español en México, secreto en la época de la Colonia Española en México, tenía un uso muy frecuente en el sentido de sigilo y resguardo de cierta información, tal como se puede apreciar en los siguientes ejemplos: “convenía para mejor spidiente y despacho de los negocios, y para más secreto dellos; le mandó que con todo secreto fuesse y se certificase si estava en el dicho hospital; Concuerta con su original que está en la carcel del secreto de este Santo Oficio; Se le encargó el secreto; prometio hablar verdad en lo que supiere y guardar secreto; descubriendole los secretos que él fió de mí, le pedia le enseñase algunas cossas de haser curiosidades y algunos secretos; prometio el secreto; prometio de decir verdad y guardar secreto en todo”. Company, Concepción y Chantal Melis, *Léxico histórico del español de México*, México, UNAM, 2005, p. 791.

<sup>143</sup> Gomez Segade, José Antonio, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 43. Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica, bancario, notarial, servidores públicos, religioso, información privilegiada*, México, Porrúa, 1996, p. 3.

derecho de acceso a la información. Esto abre preguntas valorativas como: ¿cuál es el objeto de la reserva? ¿cuál es el derecho fundamental que se protege con el secreto? ¿quién lo establece y justifica? ¿cuáles son las excepciones en las que puede abrirse?

Algunas posturas se fundan en lo *objetivo*, que sostiene que el secreto se crea independientemente de cualquier manifestación de voluntad. Este tipo de secretos son más bien conocidos como misterios, dado que no implican la intervención de ningún sujeto o institución cuya voluntad lo declare, sino que están ahí de manera natural. Otra postura se basa en el criterio *subjetivo*, el cual sostiene que el secreto adquiere su propiedad de sigilo, por obra o consecuencia de una voluntad jurídicamente competente, tal voluntad pone un límite a la posibilidad de exteriorizar el conocimiento de un hecho, un acto o una cosa.<sup>144</sup> Esto sería, que una fuerza mayor, como un monarca, declara la calidad de secreto sobre lo que así se considere con fundamento en su poderío; o también, que un individuo, en ejercicio de su derecho, manifieste que cierta información que le atañe tiene la calidad de la reserva. En esta doctrina el enfoque individualista sugiere que entre los derechos de la persona, le corresponden “sus secretos”, que se le confían a un profesional bajo responsabilidad establecida en la ley.<sup>145</sup>

Una interpretación integrista sugiere que la voluntad del titular del secreto no es absoluta para impedir que su contenido sea difundido, sino que es relativa y debe concurrir un interés razonablemente ponderable, el cual se desprende de la naturaleza misma del hecho de ocultar.<sup>146</sup> Esto es reforzado por Crespi cuando afirma que una esfera secreta del particular sólo puede ser conocida cuando haya un interés razonable para impedir que otra persona introduzca su mirada en ella.<sup>147</sup> Nosotros coincidi-

<sup>144</sup> Islas y Magallanes, Olga, *Delito de revelación de secretos*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1962, p. 34.

<sup>145</sup> Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 2.

<sup>146</sup> Islas y Magallanes, *op. cit.*, p. 34.

<sup>147</sup> Crespi, Alberto, *op. cit.*, p. 35.

mos con esta doctrina jurídica de configurar y darle origen a un secreto para los efectos de la construcción dogmática del llamado secreto fiscal.

El secreto como tal no se encuentra establecido en ninguna parte de la Constitución mexicana, tampoco bajo su forma de reserva de la información. Sin embargo, existe la costumbre de fundar constitucionalmente ciertas reservas de información en los artículos 6o., 7o., 14 y 16 de la CPEUM, dependiendo del bien jurídico que la información que se resguarda contiene. Estos preceptos establecen los derechos de la personalidad, tales como el honor, la reputación, y como hemos dicho, el derecho a las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio personal.

En el resguardo de información, el Estado juega un papel pasivo velando por los intereses aludidos con apego en la Constitución y las leyes. La inobservancia de esta reserva es sancionada en específico por la Constitución y las leyes: hay normas que protegen la averiguación de delitos, la salud, la moral pública, y en cuanto a la persona, existe la protección a la vida o a la privacidad, como lo ha dicho la SCJN:

En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protec-

ción de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados.<sup>148</sup>

Ahora bien, es en la legislación donde el resguardo se configura más claramente. Como resultado del manejo de información personal de terceros en la prestación de servicios profesionales (doctores, abogados, servidores públicos), las leyes exigen el secreto o resguardo de la información obtenida “como consecuencia de la confidencialidad de la prestación del servicio”.<sup>149</sup> Así, se establecen secretos en la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Banco de México, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley de Información Estadística y Geografía, el Código Fiscal de la Federación, entre otras. Todas ellas garantizan “la confidencialidad” de los datos, años previos al concepto de “confidencialidad” acuñado en la LFTAIPG en el 2002. Específicamente en el derecho tributario, la historia del resguardo de información ha sido amplia.

### *El secreto bancario ante la inspección tributaria: caso español*

Antes de abordar el entramado dogmático y jurídico sobre el secreto fiscal en México, quisiéramos tomar como antecedente en el derecho comparado algunas sentencias españolas, y concretamente la resolución dictada en la década de los ochenta por el Tribunal Constitucional Español sobre el caso *Garrido Falla*, en el que se analizó el alcance del secreto bancario frente a las actuaciones fiscalizadoras de la administración tributaria.<sup>150</sup> En el

<sup>148</sup> Tesis P. LX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 74.

<sup>149</sup> Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 52.

<sup>150</sup> La recepción del derecho español en el mexicano ha sido detonante para el desarrollo científico de la dogmática tanto jurisprudencial como académica. Véase González García, Eusebio, “Concepto y contenido del derecho tributario”, en Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *Manual del derecho*

primer plano, debemos reconocer que dicho Tribunal recondujo al secreto bancario hacia el plano del derecho a la intimidad.

Ahora bien, la sentencia del 26 de noviembre de 1984<sup>151</sup> que pronunció el Tribunal Constitucional Español, negó el amparo solicitado por el ilustre abogado y profesor Fernando Garrido Falla. De acuerdo con Cabra de Luna<sup>152</sup> dicha sentencia gozó de cierta celebridad tanto por la personalidad del recurrente en amparo y porque estaba en trámite la Ley de Represión del Fraude Fiscal y en cierto sentido tuvo un enlace directo con dicha sentencia.<sup>153</sup> Dicha resolución fue recurrida posteriormente por el Abogado del Estado y revocada por la 3a. Sala del Tribunal Supremo mediante

*tributario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 13 y 14. Y también en la sentencia emitida en la Contradicción de Tesis 181/2005-SS resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ríos Granados, Gabriela, *Los principios que rigen a la interpretación tributaria. El caso de la Ley de Hacienda del Estado de Baja California*, Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, nueva edición, 2007.

<sup>151</sup> STC 110/1984 del 26 de noviembre publicada en “Boletín Oficial del Estado”, Gaceta de Madrid, 21 de diciembre de 1984, p. 15.

<sup>152</sup> Cabra de Luna, José Manuel, “Derecho a la intimidad y funciones investigadoras de la inspección financiera y tributaria. Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Garrido-Falla”, *Impuestos*, 1985, vol. 4-6, p. 1078.

<sup>153</sup> El antecedente de dicha sentencia es la resolución del 10 de marzo de 1983 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria en la que acordaba estimar procedente la investigación de las operaciones activas y pasivas que afectasen a determinadas entidades bancarias y de ahorro y de las que figurase como titular don Fernando Garrido Falla. Contra dicho acuerdo se interpuso recurso contencioso Administrativo, en el que la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de nulidad de la resolución impugnada, considerando que las cuentas corrientes bancarias forman parte del ámbito de la intimidad personal y familiar que protege el artículo 18,1 de la Constitución; por lo que la Ley 50/77 del 14 de noviembre, que permitía sin limitación la investigación de las cuentas corrientes, siempre que fuese ordenada por determinadas autoridades administrativas, debía considerarse derogada por la Constitución, sin que sirviera para rehabilitarla la posterior promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

sentencia en la que se afirmaba que “*no cabría incluir la reserva de las cuentas bancarias en el ámbito de protección del derecho constitucional a la intimidad, no pudiendo, por tanto, entenderse que hubiese quedado abrogada la habilitación legal que permitía a la administración la investigación de tales cuentas...*”.

La sentencia señalaba “que por muy amplio que sea el criterio que se tenga respecto de lo que puede constituir esta intimidad, el sustraer siempre y en todo caso a las actuaciones de la administración la actividad económica de las personas física y jurídicas equivaldría a dar a este derecho a la intimidad un carácter absoluto e ilimitado frente a lo que quiere el legislador...”. Asimismo, expresaba:

que la sentencia apelada, al reconocer la imposibilidad de la investigación administrativa de las cuentas corrientes en términos absolutos, está dando al derecho a la intimidad *un carácter ilimitado*, ya que difícilmente existirá otro cauce adecuado para que la administración tributaria pueda comprobar de forma eficaz si las declaraciones de los administrados coinciden con la realidad...

En opinión de Cabra de Luna<sup>154</sup> es en exceso rotunda la afirmación del Supremo, pues indica que sí existen otros cauces para la comprobación de las declaraciones de los contribuyentes, ya que se estima que las cuentas bancarias tienen el carácter de soporte documentario indirecto o de segundo orden, siendo los primeros los libros de contabilidad, de ingresos y gastos, explotación; de obligada llevanza y de donde ha de resultar todo un diario personal económico.

Sin embargo, es el propio Tribunal Supremo el que fija en la sentencia unos límites a la actividad investigadora, al admitir la existencia de partidas contables de distinta naturaleza: aquéllas cuyo conocimiento e investigación puede afectar al derecho a la intimidad y las que no. El Tribunal Supremo fue claro anunciando:

<sup>154</sup> Cabra de Luna, José Manuel, *op. cit.*, p. 1080.

do que la consideración del derecho de la administración a la investigación de las cuentas

no entraña la procedencia de la investigación justificativa de todas y cada una de las partidas contables reflejadas en dichas cuentas corrientes, pues si alguna de esas partidas estuviese afecta al derecho de intimidad personal y familiar reconocido en la Constitución a favor del contribuyente investigado, podrá éste invocar ese derecho e impedir, en su caso, la investigación o partidas de que se trate.

Contra esta sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 1983 se interpuso demanda de amparo. Los argumentos del recurrente consideran que tanto la resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, como la sentencia del Tribunal Supremo, vulneraban el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18,1 de la Constitución Española, así como los de presunción de inocencia y derecho a la igualdad, al permitirse a la administración, “sin habilitación legal suficiente, una intromisión en aspectos de la vida profesional, personal y familiar que se reflejan en las cuentas sometidas a investigación...”.

Respecto a la sentencia del Tribunal Supremo, el demandante afirmaba que no eran admisibles sus razonamientos,

pues la protección constitucional se extiende, no sólo a la revelación de datos, sino al conocimiento de los mismos; además, al ser la Constitución fuente de derechos, no es necesario un reconocimiento legal de la intimidad económica; y finalmente, el principio de igualdad de los administrados en el sostenimiento de los gastos públicos no es cobertura suficiente para justificar una vulneración de un derecho constitucional, pues el fin no justifica los medios.

En definitiva el recurrente deducía que la declaración del Tribunal debía versar sobre

si la intimidad económica forma o no parte de la intimidad personal y familiar, y si las facultades exorbitantes que la Ley 50/77 confiere a los servicios inspectores de la Administración Tributaria pueden llegar, aunque sea potencialmente, a invadir la intimidad económica como parte de la intimidad personal. En el caso aquí planteado estamos ante un aspecto típico de invasión de la intimidad personal y familiar, al tratarse las cuentas bancarias cuya investigación se autoriza de cuentas de carácter marcadamente familiar, que, además, refleja también los ingresos profesionales y que puede suponer romper el secreto profesional.

El Ministerio Fiscal diferenciaba claramente dos cuestiones: el secreto bancario y la investigación concreta que la inspección hacendística pueda hacer sobre el origen y aplicación de determinadas partidas. En cuanto a la primera cuestión, afirmaba que:

la investigación tributaria de las operaciones bancarias de un contribuyente no constituye en ningún caso actividad que lesione a la intimidad personal y familiar que se consagra por la Constitución, ya que el secreto bancario no puede ser obstáculo inamovible para la realización del interés general en un aspecto tan esencial como el de la recaudación impositiva.

En las alegaciones del abogado del Estado, precisaba, en primer lugar,

que el derecho a la intimidad personal se refiere a elementos más profundos y de mayor relevancia para el desarrollo de la persona que su aparato o instrumentación de flujo económico, materializado en sus depósitos bancarios. Se significa, asimismo, que frente a la concepción ilimitada del derecho a la intimidad que el recurrente exhibe, hay que oponer el ‘deber constitucional’ recogido en el artículo 31,1 de la Constitución, que impone la obligación de contribuir a los gastos públicos mediante el Sistema Tributario.

En el escrito de alegaciones el recurrente señala que “el secreto bancario queda protegido por la Constitución, ya que la intimi-

dad económica es uno de los elementos integrantes de la intimidad personal, puesto que la apertura de una cuenta corriente es un acto voluntario, que se produce en el bien entendido de que no va a constituir una fuente de información para nadie, incluida la administración pública...”.

El problema surge en el presente caso en relación con la administración y se puede resumir más concretamente así: *¿en qué medida la administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente?* No hay duda de que en principio puede hacerlo. La simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el artículo 31,1 de la norma fundamental, según la cual todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio.

En la afirmativa del Tribunal Constitucional de que no se constituye vulneración al derecho de intimidad, la inspección de cuentas corrientes continúa diciendo,

aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierta por el derecho a la intimidad nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que como *ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que con relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma*, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionales protegidos.

El Tribunal Constitucional observa que se advirtió *el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación*. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional falla en el sentido de denegar el amparo solicitado por don Fernando Garrido Falla, puesto que no existen facultades ilimitadas de la administración y que por lo tanto no se vulnera en ningún caso el derecho a la intimidad, el secreto profesional ni el secreto bancario. De tal manera, que fue contundente el Tribunal Constitucional Español indicando que

es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero como ya se ha advertido, este derecho al igual que los demás, tiene sus límites que en este caso vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas... La injerencia que para exigir el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de arbitraria.

El Tribunal Constitucional Español ha sido congruente con la postura de que los derechos fundamentales tienen límites, y respecto al derecho a la intimidad ha manifestado que este derecho “no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”.<sup>155</sup> Siguiendo con esta tesis también ha declarado el Tribunal Constitucional Español en la STC 76/1990, del 26 de abril, que el deber de contribuir

implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma

<sup>155</sup> Fundamento Jurídico 6o., Sentencia del Tribunal Constitucional Español 143/1994 del 9 de mayo.

fundamental impone, una situación de sujeción y colaboración con la administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales.

Lo que la jurisprudencia constitucional española ha puesto de manifiesto es que el derecho a la intimidad tiene ciertos confines, que son impuestos frente a otros derechos fundamentales, como lo es el deber constitucional de contribuir. Y puestos sobre la balanza, deben armonizarse más que colisionarse. Sánchez López coincide con esta idea, ya que es enfática en indicar “la necesidad de armonizar los derechos del ciudadano-contribuyente y el interés representado por la satisfacción del deber de contribuir se acentúan cuando uno de los bienes jurídicos se corresponde con alguno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra máxima norma”.<sup>156</sup>

Por otro lado, en el ámbito del derecho comparado, hacemos mención a nota de pie de página de algunos casos en donde se expresa el conflicto que existe entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad.<sup>157</sup> Dichos asuntos se han ventilado en la dogmática judicial argentina, los cuales han sido estudiados con prolijidad por Juan Cianciardo.<sup>158</sup> Y con posterioridad los analizaremos en el epígrafe correspondiente.

<sup>156</sup> Sánchez López, María Esther, *Los deberes de información tributaria desde la perspectiva constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 141.

<sup>157</sup> Entre los que cabe indicar el caso *Pérez Arriaga*, el caso *Hernández García*, el caso *The Floria Star vs. B.J.F.*, el caso *Bowers vs. Hardwick*, el caso *Bazterrica*.

<sup>158</sup> Cianciardo Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.

## II. DESARROLLO DEL SECRETO FISCAL EN EL DERECHO MEXICANO

Muchos fiscalistas mexicanos aseguran que el secreto fiscal deriva o se origina a partir del *secreto bancario*, que históricamente ha figurado en el derecho y cuya tradición y literatura son extensas en el mundo. Incluso, la doctrina mexicana tiende a confundir el secreto fiscal con el secreto bancario y financiero, utilizando los términos indistintamente para aludir al sigilo de un conocimiento de tipo económico.<sup>159</sup> Nos ocupamos primero de aclarar esta idea a partir de las definiciones de otros secretos que no son el fiscal, como el profesional y el bancario, pero que se refieren a información económica y responsabilidad del resguardo.

### 1. *Secreto bancario*

Los autores coinciden en que el *secreto bancario* es la institución nacida del derecho mercantil, originada por la preocupación de generar un ambiente de *confianza* en la relación banco-cliente. En este secreto bancario el sigilo se justifica dado que el cliente tiene derecho a exigirlo y la institución bancaria la obligación de respetarlo en aras de configurar un ambiente de confianza entre las partes. Prácticamente, el secreto bancario tiene por objeto, es decir, el conocimiento que resguarda, son los *valores del individuo* o su riqueza material.<sup>160</sup>

Así, este secreto tiene sus bases en la doctrina del derecho privado en tanto que regula la relación entre una institución bancaria

<sup>159</sup> Por ejemplo, Pacheco Pulido cuando habla del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para el Intercambio de Información Tributaria dice: “como se ve, se respeta el ‘secreto’ establecido, bancario y financiero, por cada estado”. Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 159.

<sup>160</sup> Cazorla Prieto, Luis María, *El secreto bancario*, España, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1978; Aubert, Murice *et al.*, *El secreto bancario suizo*, Suiza, Editorial Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; Méjan C., Luis Manuel, *El secreto bancario*, *op. cit.*

y sus clientes. Sin embargo, por la complejidad de las labores que realizan dichas instituciones, y la necesidad de sus servicios en el sector público, el secreto bancario también tienen injerencia en el derecho público.<sup>161</sup>

La primera diferencia que hay que subrayar sobre el secreto fiscal o tributario es que pertenece estrictamente al derecho público y nace de la relación jurídica tributaria entre autoridad-contribuyente. Al referirnos a una autoridad hablamos de una o varias instituciones que colectan, resguardan o difunden información, independientemente del deber individual de los servidores y funcionarios públicos obligados a resguardar un tipo de sigilo en el ejercicio de sus atribuciones.

Dicho lo anterior, la principal coincidencia con el secreto bancario es que ambos, como lo vimos en el caso *Garrido Falla*, se ubican en el plano del derecho a la intimidad. Ambos resguardan información económica y patrimonial de los usuarios de las instituciones financieras (bancario) y de los contribuyentes (fiscal). Sin embargo, el origen del resguardo difiere. Mientras que en el secreto bancario la razón de la reserva es mantener una relación de confianza entre el banco y sus clientes, en el fiscal la reserva es derivada de la obligación de los ciudadanos a contribuir con la hacienda pública. Descartemos ahora el vínculo entre la reserva tributaria y el secreto profesional, que allana su origen en la tradición normativa penal.<sup>162</sup>

## 2. *Secreto profesional*

Para José Rigo Valbona el secreto profesional es “un concepto de relación humana referida a noticias o conocimientos que voluntaria u obligatoriamente se tienen o deben tenerse reservados

<sup>161</sup> Por ejemplo, en los bancos centrales. La Ley del Banco de México en el artículo 58 establece el secreto bancario y fiduciario para los miembros de la Junta de Gobierno, empleados y funcionarios del banco.

<sup>162</sup> Debemos este punto conceptual a la doctora Olga Islas y Magallanes Vera, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

y ocultos”.<sup>163</sup> En esta idea entran los secretos de los médicos o de los abogados, que por iniciativa y voluntad de un individuo, al confiar cierta información al profesional, se crea un interés de custodia por parte del otro individuo. Así, se trata de una relación entre individuos: sujeto – abogado; sujeto – médico; sujeto – servidor público.

El caso del secreto profesional del servidor público consiste en una responsabilidad pública del servidor que implica ejercer su autoridad al máximo de su capacidad donde la justificación final de esta autoridad y de la Constitución que la confiere es el interés público.<sup>164</sup> En esto, aquel personal vinculado con el manejo y recolección de los datos de los contribuyentes dentro de la autoridad hacendaria, le corresponde un *deber de resguardo*. Para Olga Islas y Magallanes, este deber se refiere más al archivo y custodia de documentos que a la accesibilidad pública o confidencialidad de los mismos. En este sentido, las primeras acepciones del secreto fiscal se refirieron al sigilo que un *fiscal* y los *examinadores* (individualmente) debían resguardar en ejercicio de la profesión, como un médico en el campo de la medicina, o un profesional en la abogacía, los notarios, los sacerdotes, secretarios oficiales, comisarios y ministros.

El secreto profesional de los servidores públicos tiene múltiples sentidos que varían a través del tiempo y de los sistemas jurídicos. En el derecho romano y el canónico lo consideraron como una institución, pero mientras en el primero no constituía un delito, en el derecho canónico fue motivo de tipificación junto con los secretos confesionales y médicos. De hecho, en el derecho romano, aunque se cree que no había una ley que lo

<sup>163</sup> Citado por Baeza Albendea, Alberto, Caro Cebrián, Ma. José y Caro Cebrián, Aníbal, “Asistencia al contribuyente, secreto profesional y derecho a la intimidad en el ámbito tributario: nueva aportación”, *Carta Tributaria*, Madrid, núm. 18, 15 de noviembre de 1988, p. 5.

<sup>164</sup> Cassinelli, C. W., *op. cit.*, p. 65.

sancionara,<sup>165</sup> la falta al secreto profesional ameritaba una acción civil para conseguir tan sólo la reparación civil del daño.<sup>166</sup> Parece ser que como sucedió con el sacramento religioso de la confesión, el secreto profesional de los servidores públicos en México tomó una dimensión penal que influye a gran parte de los códigos del orden político público del país.

Para Islas Magallanes, el primer Código Penal del México Independiente donde se estableció el secreto profesional fue el de Veracruz en 1835. Se refirió al secreto de profesionistas y de funcionarios públicos en el artículo 371:

Además de la violación de secretos que comprometen la seguridad del Estado... cualquier funcionario público civil, eclesiástico ó militar que á sabiendas y sin orden legal de superior competente, descubra ó revele un secreto de los que le están confiados por razón de su destino, y que deba guardar según la ley; ó franquee de cualquier modo algún documento que esté á cargo y que deba tener reservado en su poder, perderá empleo o cargo que ejerza, y sufrirá una prisión de uno á diez y ocho meses; sin perjuicio de mayor pena si incurriere en caso de prevaricación. Si se violaré el secreto ó se franqueare el documento reservado por soborno ó cohecho, será infame el funcionario público delincuente, y sufrirá una prisión de seis meses á dos años. Si se violaré el secreto ó se franqueare el documento reservado por negligencia, descuido u otra culpa del funcionario público, sufrirá éste una suspensión de su empleo y sueldo ó cargo por un mes á un año [*sic.*].<sup>167</sup>

En este Código se reconocen tres características importantes del secreto profesional en época seminal: *a*) que existen secretos que pueden “comprometer la seguridad del Estado” y por lo tanto, se asume que el resguardo es justificado por el bien mayor que es la seguridad del Estado; *b*) la reserva puede ser solamente

<sup>165</sup> Rodríguez Piñares, Eduardo, *Estudio sobre el secreto profesional*, Colombia, Temis, Monografías Jurídicas, 1980, p. 16.

<sup>166</sup> Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 5.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 17.

terminada bajo orden de una ley superior, y c) los secretos le son confiados al funcionario “por razón de su destino”, es decir, que el conocimiento que resguarda el secreto está indudablemente vinculado con la función del profesional que la detenta.

El siguiente Código Penal de 1871, que al parecer emuló los códigos españoles de la época,<sup>168</sup> asociaba el secreto profesional con la violación de la correspondencia y de despachos telegráficos y penalizaba las faltas de quienes “sin consentimiento y con perjuicio de la persona o personas a quien pertenezca la posesión legal de un documento, publique o divulgue su contenido”.<sup>169</sup>

El secreto profesional de los servidores públicos y el resguardo de las comunicaciones privadas han ido de la mano en los códigos penales mexicanos. Es hasta el Código de 1929 que los legisladores se adentran a la escuela positivista e insertan el tema de la revelación de secretos en la parte de “Delitos económicos y sociales” estableciendo en su artículo 840:

Comete el delito de revelación de secretos: el que, con perjuicio de alguna persona o institución, revela a otra persona o institución, o publica sin consentimiento de aquellos a quienes pertenece y de todo el que haya de resultar perjudicado por la revelación, todo o parte del secreto que se hubiere confiado o que hubiere llegado a su conocimiento con motivo del ejercicio de su empleo, cargo o profesión.<sup>170</sup>

Resalta en este Código la introducción del *principio del consentimiento*, partiendo del supuesto de que los datos pertenecen a personas o instituciones que confían voluntariamente un secreto al servidor público, y para difundir su contenido se requiere de la

<sup>168</sup> Almaráz, José, “Exposición de motivos del Código Penal”, México, 1931, en Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 18.

<sup>169</sup> Artículo 765 del Código Penal de 1871, en Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 19.

<sup>170</sup> Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 22.

autorización de tales sujetos de la información. Implica también que los secretos se confían al servidor público con motivo de su profesión y que su revelación total o parcial sin el consentimiento del interesado es motivo de sanción.

Este Código sancionaba lo *secretos de Estado* también con una pena severa: “Cuando los secretos revelados se refieren a las actividades económicas, militares o de cualquier otra índole de la nación, el delito será el de traición a la Patria y se sancionará en los términos que previene el artículo 376”.<sup>171</sup> Según este Código mexicano, los secretos que resguardan una información referente a la nación, conocidos también como secretos de Estado, tienen consecuencias para “la Patria”. Hasta aquí es posible observar que se delimita que existen secretos referentes a actividades del Estado y otras referentes a personas e instituciones que igualmente resguardan los servidores públicos, pero cuyos daños y sanciones no son equiparables. No todos los secretos profesionales son secretos de Estado y no todos los actos de revelación de información de parte de servidores públicos conllevan a las mismas consecuencias jurídicas.

En el Código de 1931 el delito se incluye en un capítulo especial sobre revelación de secretos y prácticamente sigue la tendencia del anterior. Los siguientes códigos proyectados en 1949 y 1958 se ajustaron las sanciones a la realidad económica y se transfirió el delito de revelación de secretos al título de “Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y empleados”. El hecho de que se insertara en este título nos habla del énfasis en constituir tales revelaciones como un secreto de Estado (contra la administración pública), restando relevancia en aquel conocimiento cuya revelación pudiera afectar a particulares titulares de la información confidencial.

Estos antecedentes históricos perfilan el concepto moderno del delito de revelación de secretos en el ámbito público cometi-

<sup>171</sup> Artículo 850 del Código Penal de 1929, en Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 24.

do por funcionarios en el derecho positivo mexicano. Finalmente, el Código vigente al 2008 elimina los secretos de Estado, tal y como en otros códigos se establecían, y trata el tema de secretos por parte de servidores públicos en el título noveno, sobre “Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”:

Artículo 210. Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Artículo 211 bis. A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

El secreto profesional también ha sido debidamente regulado en el derecho comparado, por ejemplo, en Francia ha sido sancionada penalmente la revelación de dicho secreto en el artículo 226-13 que a letra indica: “la révélation d’une information á caracteres secret per une personne qui est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d’une fonction ou d’une mission temporaire”.<sup>172</sup> Y a raíz de un importante juicio (*Watelet*) en 1885 la jurisprudencia de la Corte de Casación ha sido absolutamente rigurosa en mantener el criterio de la “confianza necesaria”: el secreto no puede de ninguna manera ser relajado, aquél que lo

<sup>172</sup> Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 198.

conoce debe permanecer como una tumba. Aquel que lo conoce debe atender al principio: “Le délit de violation du secret professionnel est institué, non seulement dans l’intérêt général, pour assurer la confiance qui s’impose dans l’exercice de certaines professions, mais également dans l’intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que deux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état ou dans leur profession”.<sup>173</sup> De acuerdo con Beignier dicha jurisprudencia ha tenido fuertes críticas, y se ha reflexionado si esto produce un monopolio de ciertas profesiones y si realmente permite una evolución. De tal suerte, que el autor francés cita el caso del 9 de junio de 1993 de la Primera Cámara Civil, en donde se invocaba la necesidad de proteger un “interés legítimo” (en un certificado médico en un contexto relativo a un seguro). Este autor también se refiere a reflexionar sobre el secreto de familia, y las paradojas que crea nuestra sociedad “permisiva” y “represiva”, en donde el discurso político presenta la transparencia como una obligación.<sup>174</sup> Para este escritor francés el secreto profesional evoca otros secretos que protegen la vida íntima, como los “secretos de familia”, en donde entra a debate la Ley del 22 de enero de 2002 relativa al acceso de los orígenes de las personas adoptadas y los pupilos del Estado.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>174</sup> *Ibidem*, pp. 198 y 199.

<sup>175</sup> Con los secretos de familia cita el artículo L. 551-2 del Código de Acción Social y de las familias: “Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de importante pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l’accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l’enfant et les circonstances de sa naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité...”. Así este autor indica el conflicto entre la vida privada de la madre y del hijo, del que se pronunció la Corte de Estrasburgo dentro del juicio Odièvre del 13 de febrero de 2003. Beignier, Bernard, op. cit., p. 199.

Ahora bien, el secreto profesional de los servidores públicos ha estado presente en toda la historia del derecho internacional y el mexicano, como un deber de resguardar cierta información que por su función detenta el Estado. ¿Es este el origen del secreto fiscal como lo conocemos en la actualidad? Hay que decir que no. Ciertamente los servidores públicos cuentan con este deber profesional y serían acreedores a una sanción penal y administrativa por revelar archivos, pero esto no es exactamente lo que el CFF y, más adelante, la LFTAIPG protegen.

### 3. *Secreto fiscal*

Como lo hemos expresado en el anterior capítulo, nuestro sistema tributario comenzó a tener cierta ilación normativa a principios del siglo pasado, en primer lugar con la creación del impuesto sobre la renta federal en 1925, después con la Ley de Justicia Fiscal de 1936 que dio origen al otrora Tribunal Fiscal de la Federación, y sucesivamente, la aprobación del primer Código Fiscal de la Federación de 1938.

De tal suerte, que la codificación del sistema tributario se dio a partir del primer Código Fiscal de la Federación de 1938. Posteriormente, se derogó para entrar en vigor un nuevo Código en 1967. Finalmente, en 1981 entró en vigor el actual Código Fiscal de la Federación. Sobre la discusión parlamentaria de los proyectos de los códigos comentados, hemos de indicar que las propuestas de los códigos provenían del Ejecutivo federal, concretamente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.<sup>176</sup> Suma-

<sup>176</sup> Para mayores antecedentes remítase a la Exposición de motivos de la iniciativa del Código Fiscal de la Federación, México, Cámara de Diputados, 1967, p. 49. Es conveniente recordar quiénes fueron los secretarios de Hacienda cuando se propusieron los tres códigos, el presidente Ávila Camacho ratificó como secretario de Hacienda al licenciado Eduardo Suárez. Pérez-Ayala, R., *Política Personal y vacío de poder. El presidencialismo mexicano*, México, PAC y Editores, 1983, p. 43. En la época de Adolfo Ruiz Cortínez, don Antonio Carrillo Flores fue designado secretario de Hacienda. Durante Miguel de la

da a esta circunstancia, recordemos que durante casi setenta años existió el presidencialismo bajo un solo partido, el Revolucionario Institucional, el cual estaba en pleno apogeo,<sup>177</sup> y el Congreso de la Unión se componía en su mayoría por legisladores de dicho partido por lo que no existía discusión legislativa,<sup>178</sup> con lo cual se aprobaban las leyes de forma *fast track*. Para ilustrar esta situación, resulta conveniente citar un ejemplo dado por Pérez-Ayala, “así desde la presidencia durante el sexenio de Luis Echeverría Álva-

Madrid, fue secretario de Hacienda Jesús Silva Herzog. En los sexenios de López Portillo y Miguel de la Madrid (1976 y 1982) los problemas fiscales se habían vuelto un dolor de cabeza para los presidentes, por problemas en el gasto público. Pérez-Ayala, R., *op. cit.*, p. 66.

<sup>177</sup> Distinguidos autores han reconocido que el presidencialismo mexicano durante la vigencia del Partido Revolucionario Institucional en el poder tuvo tintes de dictadura, y que el presidente en su persona era un líder, nepotista, caudillo civil, político y militar. El presidencialismo mexicano era la expresión de poder personal que llegó a tener crisis, sin embargo, se robusteció como institución. Para mayor referencia véase Pérez-Ayala, R., *op. cit.*, pp. 31 y 41. En el mismo sentido, Lorenzo Meyer ha mencionado que el jefe del Poder Ejecutivo en México ha tenido un poder relativo tan grande respecto a las demás instituciones y demás actores políticos, y para ilustrar esta situación este autor relata de forma muy precisa la decisión personalísima tomada por José López Portillo de nacionalizar la banca y la implantación de control de cambios. Meyer Lorenzo, “Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, Madrid, núm. 13, 1992, p. 55. Sobre el mismo aspecto encontramos a Sartori cuando estudia el caso mexicano y se refiere a un sistema de partido hegemónico pragmático. En Sartori Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, 1, Madrid, Alianza Universidad, 1976, p. 281 y ss. Para mayor profusión de este tema se recomienda la amplia bibliografía que analiza Sartori en su obra aquí citada.

<sup>178</sup> En este rumbo se ha llegado a indicar que “desde la época de Adolfo López Mateos (1958-64), el Congreso había admitido en su seno a la oposición con una representación proporcional, que más bien era simbólica”. Pérez-Ayala, R., *op. cit.*, p. 65. Al respecto es recomendable la lectura del cuadro número 28 que se muestra en la obra de Sartori, de lo cual se observa el número mayoritario de escaños que obtuvo el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en la Cámara de Diputados durante el periodo de 1958 a 1973. Así, en 1958 el PRI obtuvo 153 escaños frente al Partido de Acción Nacional (PAN) con 6 escaños, al Partido Popular Socialista (PPS) con 1 y al Partido Auténtico de la Revolución Mexicana (PARM) con 1 escaño. Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 282.

rez, declaraba a ocho columnas: —La hacienda pública se maneja desde Los Pinos—”, queriendo decir con ello que resultaba que la decisión final no correspondía al ocupante sitial hacendario sino al titular de la silla presidencial.<sup>179</sup>

El espíritu de los tres códigos fiscales ha sido reglamentar la relación jurídica tributaria entre el sujeto activo y el pasivo; establecer los derechos y obligaciones de los contribuyentes; sancionar la norma de interpretación en materia tributaria; tipificar las conductas como delitos e infracciones; regular las facultades de comprobación y la facultad económica coactiva. Es decir, es el marco normativo de las relaciones entre los sujetos pasivos de la contribución y las autoridades fiscales.<sup>180</sup>

A partir del primer Código hasta el actual, se ha sancionado como regla general el secreto fiscal dirigido a los ciudadanos, ya que se tomó como referencia el secreto bancario, sin incluir el principio de transparencia y de la rendición de cuentas como contraparte a la obligación de sigilo. De tal suerte, que tradicional-

<sup>179</sup> Pérez-Ayala, R., *op. cit.*, p. 155. Sobre este aspecto Lorenzo Meyer es muy enfático en señalar que el proceso legislativo durante la época del partido hegemónico en el poder, había hecho de la presidencia el motor principal de dicho proceso en México, pues el grueso de las iniciativas de ley tenían su origen directamente en las oficinas presidenciales. Meyer, Lorenzo, “Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, Madrid, núm. 13, 1992, p. 58. Al respecto, Carpizo destaca que en el presidencialismo en América Latina existe la subordinación del Legislativo al Ejecutivo. Y referente a México, el debilitamiento del Legislativo en favor del Ejecutivo se debe entre otras causas, a “que la gran mayoría de los legisladores son miembros del partido predominante y saben que si se oponen al presidente las posibilidades de éxito que tiene son casi nulas y que seguramente están frustrando así su carrera política”. Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo Veintiuno, 1991, pp. 17, 25 y ss.

<sup>180</sup> Para un estudio a profundidad sobre la evolución del sistema tributario mexicano se recomienda: Ríos Granados, Gabriela y Santos Flores, Israel, “Entre parches y remiendos: Breve historia tributaria de México”, en García Ramírez, Sergio (dir.), *Obra Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa).

mente y sin distinguir la información de relevancia tributaria y los datos personales de las personas físicas y morales, éstas han circulado entre las autoridades competentes, pero no así, entre los contribuyentes y el público en general.<sup>181</sup> Veamos, pues, los antecedentes legislativos de este controvertido secreto en el CFF.

El Código Fiscal de 1938 sancionaba en su texto el secreto fiscal de la manera siguiente:

Artículo 233. Son infracciones cuya responsabilidad corresponde a los funcionarios y empleados públicos de la Federación, de los Estados, de los Territorios, del Departamento del Distrito Federal y de los municipios, así como a los encargados de servicios públicos u órganos oficiales de las mismas entidades, las siguientes

...

XX. *Faltar a la obligación de guardar el secreto que les impongan las leyes fiscales en los negocios que deban conocer, revelar los datos declarados por los causantes o aprovecharse de ellos en cualquier forma.*

En esta infracción incurren las personas que, como representantes de los causantes, integren las juntas calificadoras, para cuyo efecto se les asimila a las autoridades...

La regulación del secreto fiscal tiene algunas notas distintivas en el CFF de 1938. En primer lugar, se tipificaba el incumplimiento de guardar el secreto fiscal como infracción tributaria, el cual podría realizarse por los funcionarios y empleados públicos, los encargados de los servicios públicos u órganos oficiales de las mismas entidades, y los representantes de los causantes que integraban las juntas calificadoras. Además, no había ninguna excepción a esta reserva, con lo cual existía un absoluto sigilo en material tributaria.

El segundo CFF, de 1967, reiteraba el secreto fiscal en los siguientes artículos:

<sup>181</sup> En esta parte referimos al recuento histórico esbozado inicialmente en nuestro estudio *Acceso a la información tributaria en México. Estudio exploratorio de la materia*, México, IFAI, octubre de 2007, pp. 58 y ss.

Artículo 40. Son infracciones cuya responsabilidad corresponde a los funcionarios y empleados públicos de la Federación, de los Estados, de los Territorios, del Departamento del Distrito Federal y de los Municipios, así como a los encargados de servicios públicos u órganos oficiales de las mismas Entidades, las siguientes:

XI. *Faltar a la obligación de guardar secreto respecto de los asuntos que conozcan; revelar los datos declarados por los causantes o aprovecharse de ellos.*

Para los efectos de esta infracción, los representantes de los causantes que integren las juntas calificadoras o los organismos fiscales autónomos se asimilan a los empleados o funcionarios públicos;

Artículo 90. *El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los causantes o por terceros con ellos relacionados.* Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquéllos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias.

El artículo 40 reitera que la revelación del secreto fiscal es infracción, sin embargo, se comienzan a perfilar cuatro supuestos de apertura, pues en el artículo 90 sanciona cuáles son los casos de excepción, así remite a las leyes fiscales que establezcan las exclusiones, así como los datos que deban suministrarse a funcionarios de la administración y de la defensa de los intereses fiscales, a autoridades judiciales del orden penal y pensión alimenticia sujeta a juicio.

Siguiendo con el recorrido legislativo, el texto original del CFF de 1981 indicaba:

Artículo 69. El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a *guardar absoluta reserva en lo concerniente a*

*las declaratorias y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados*, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los Tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias, o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este Código.

Sólo por acuerdo expreso del Secretario de Hacienda y Crédito Público se podrán publicar los siguientes datos de los contribuyentes: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas...

Artículo 72. Los funcionarios y empleados públicos que en ejercicio de sus funciones conozcan de hechos u omisiones que entrañen o puedan entrañar infracción a las disposiciones fiscales, lo comunicarán a la autoridad fiscal competente para no incurrir en responsabilidad, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de tales hechos u omisiones.

Tratándose de funcionarios y empleados fiscales, la comunicación a que se refiere el párrafo anterior la harán en los plazos y en la forma establecidos en los procedimientos a que estén sujetas sus actuaciones.

Se libera de la obligación establecida en este artículo a los siguientes funcionarios y empleados públicos:

I. Aquellos que de conformidad con otras leyes tengan obligación de guardar reserva acerca de los datos o información que conozcan con motivo de sus funciones.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 69 cambia de forma íntegra, pues ya no se sanciona como infracción la revelación del secreto fiscal. Sin embargo, en el actual CFF la sanción a la violación del secreto fiscal está en el artículo 114. El texto del artículo 69 establece de forma expresa la absoluta

reserva de los datos obtenidos por suministro o por captación.<sup>182</sup> Sin embargo, se reiteran los cuatro supuestos de dispensa al secreto fiscal, incorporándose dos nuevos supuestos: los hechos que puedan servir para motivar las resoluciones de la SHCP de conformidad con el artículo 63 y el Acuerdo expreso del secretario de Hacienda y Crédito Público en el que se publicaran datos fiscales de los contribuyentes, tales como nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas.

De la revisión a los textos que han regulado el acceso a la información tributaria en materia federal, se observa la impronta de guardar absoluta reserva de los datos del contribuyente y cualquier otro dato suministrado a la autoridad. Reserva que se elimina en los casos de la defensa de los intereses fiscales federales, procesos penales, pensiones alimenticias, o para resoluciones de la SHCP. También la reserva desaparece si el propio secretario de la SHCP decide revelarlos por un acuerdo. De tal manera, que a raja tabla todos los datos contenidos en el secreto fiscal tienen un tratamiento de datos reservados.

El texto de 1981 permanece vigente y ha permanecido intacto entre las diversas reformas que simplemente adicionan más supuestos al artículo. Así, en 1989,<sup>183</sup> a ocho años de su adopción, al artículo 69 se le adicionó una excepción más a la reserva absoluta: en los casos en que exista intercambio recíproco suscrito por el secretario de la SHCP se podrá suministrar la información de los contribuyentes a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que se pacte que la información se usará para efectos fiscales y esos países guardarán el secreto fiscal.

<sup>182</sup> La doctrina ha distinguido estos deberes de informar a la administración tributaria. Así tenemos que el *deber de suministro* es cuando el contribuyente a través de su declaración tributaria le suministra los datos a la administración, en tanto que la *captación de información* se perfecciona cuando la administración tributaria despliega sus facultades de comprobación y colecta información tributaria. Sánchez López, María Esther, *op. cit.*, p. 13.

<sup>183</sup> Adicionado en el *DOF* del 28 de diciembre de 1989.

Esta reforma contempla que en caso de intercambio los datos serán utilizados para fines fiscales y serán debidamente resguardados y presupone que habrá un intercambio recíproco y no unilateral. Sabemos que la motivación detrás de la reforma fue dar “el debido apoyo legal a lo establecido en el primer párrafo del artículo 63” del CFF.<sup>184</sup>

En 1997<sup>185</sup> se adicionó un párrafo más, que trae a colación la Ley del Impuesto sobre la Renta en lo que respecta a las sociedades controladoras de información, que dispone que la identidad de los comparables utilizados para motivar la resolución solamente se revelará a los tribunales ante los que se impugne el acto de autoridad.

En 2000<sup>186</sup> se complementó el párrafo inicial aclarando que la reserva absoluta no comprenderá la información sobre los créditos fiscales *exigibles* que las autoridades fiscales proporcionen a las sociedades de información crediticia con la autorización de la SHCP. Con esta reforma se da por hecho que la SHCP autorizará el suministro de datos sobre créditos fiscales *exigibles* a las sociedades que ésta considere.

En 2004<sup>187</sup> se añaden dos párrafos más al artículo 69. Primero se excusa nuevamente la reserva absoluta tratándose de las investigaciones sobre conductas, previstas en el artículo 400 bis del Código Penal, sobre la adquisición, administración, custodia y transferencia de recursos, derechos o bienes de naturaleza ilícita. Segundo, se excusa la reserva absoluta cuando la información es relativa a la identidad de los terceros independientes en operaciones comparables y la información de los comparables utilizados

<sup>184</sup> *Diario de los debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Distrito Federal, jueves 14 y viernes 15 de diciembre de 1989, Legislatura LIV, año II, núm. 17, periodo ordinario.

<sup>185</sup> Adicionado en el *DOF* del 29 de diciembre de 1997.

<sup>186</sup> Reformado primer párrafo en el *DOF* del 31 de diciembre de 2000.

<sup>187</sup> Reformado primer párrafo en el *DOF* del 31 de diciembre de 2000.

para motivar la resolución. Esta información podrá ser revelada a los tribunales ante los que se impugne el acto de autoridad.

En 2005 hubo un intento importante para abrir el secreto fiscal establecido en el artículo 69 del CFF, bajo el argumento de que “no sea un obstáculo para las autoridades encargadas de la fiscalización de los recursos públicos en México; pues poder tener acceso a la información fiscal de las personas morales y físicas que dan a conocer o declaran ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, permitirá hacer más eficaz y eficiente esta tarea”.<sup>188</sup> A esta iniciativa, la Dictaminadora estuvo en desacuerdo de revelar los datos de los contribuyentes porque: 1) no deben divulgarse ni utilizarse para fines distintos para los que fueron recibidos o requeridos en protección al derecho a la vida privada; 2) el IFAI garantiza la protección de los datos personales; 3) la LFTAIPG establece en el artículo 14 el secreto fiscal, y 4) revelar los datos personales de los contribuyentes al Ministerio Público u otras autoridades judiciales contribuiría a una causa que pudiera ser origen para la comisión de otros ilícitos en perjuicio de los contribuyentes. Sabemos que la intención de la iniciativa de reforma era que la reserva absoluta de los datos no aplicara en el “ejercicio de las facultades de fiscalización de recursos públicos que dentro de su competencia realicen el Congreso de la Unión, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y los congresos de los estados, a través de sus órganos de fiscalización”.<sup>189</sup> Una iniciativa más pretendía extender la excepción de la reserva del secreto fiscal a la autoridad judicial y el Ministerio Público para que “en cualquier caso” puedan solicitar a la SHCP “los datos correspondientes al domicilio fiscal de los contribuyentes”.<sup>190</sup> Ninguna

<sup>188</sup> *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Distrito Federal, martes 13 de diciembre de 2005, Legislatura LIX, año III, núm. 33, periodo ordinario.

<sup>189</sup> *Ibidem*, jueves 31 de marzo de 2005, año II, núm. 19, periodo ordinario.

<sup>190</sup> *Ibidem*, miércoles 18 de febrero de 2004, Legislatura LXI, año I, núm. 10, periodo ordinario.

de estas iniciativas prosperó por los argumentos emitidos por la Dictaminadora.

Finalmente, en 2007, se modificó lo referente a las sociedades de información crediticia, además de adicionarse tres excepciones más a la reserva contenida en el artículo 69. Primero, en lo que respecta a la información que la SHCP proporciona a las sociedades de información crediticia, aunque ésta ya estaba sancionada desde 2000 con la reforma de octubre, se establece que la información tributaria se referirá a los créditos fiscales firmes, no como antes se sancionaba, pues se establecía respecto a los créditos fiscales exigibles, lo que significa que, de acuerdo con criterios jurisprudenciales, el crédito tributario *firme* es aquél “que pudo ser legalmente exigido, esto es, cuando se incumplió con la obligación *fiscal* y ésta ya fue determinada en cantidad líquida en resolución *firme* debidamente notificada al deudor principal o a la institución garante”. Además de este supuesto, se revelará la información que proporcionen terceros para efectos de la notificación de los actos administrativos. Segundo, no se aplicará la reserva absoluta cuando, para los efectos del artículo 26 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, la autoridad requiera intercambiar información con la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de la Secretaría de Salud.

Tercero, no se aplicará la reserva en el supuesto de que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, previa solicitud expresa, requiera información sobre la “participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas contenida en la base de datos y sistemas institucionales del Servicio de Administración Tributaria, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el citado órgano desconcentrado”.

El CFF de 1981 es el código vigente al 2008. Este código ha sufrido diversas reformas en su artículo 69. De acuerdo con

el estudio realizado por Luna Pla y Ríos Granados,<sup>191</sup> se destaca que el texto original en este código comprendía los siguientes elementos:

— El personal oficial que intervenga en los trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros relacionados con ellos, así como los datos obtenidos en el ejercicio de sus facultades de contribución.

— La absoluta reserva se dispensa en los casos en que señalen las leyes fiscales donde deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal, o a los tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias, o los hechos que puedan servir para motivar las resoluciones de la SHCP, según el supuesto del artículo 63 del CFF.

— Sólo por el acuerdo expreso del Secretario de la SHCP se podrán publicar los siguientes datos de los contribuyentes: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas.

De tal manera que este texto obligaba a la reserva absoluta de los datos del contribuyente sobre sus declaraciones y cualquier dato suministrado a la autoridad, reserva que se elimina en los casos de la defensa de los intereses fiscales federales, procesos penales, pensiones alimenticias, o para resoluciones de la SHCP. También la reserva se elimina si el propio secretario de la SHCP decide revelarlos por un acuerdo. Este texto original permanece vigente y ha permanecido intacto entre las diversas reformas que simplemente adicionan más supuestos al artículo.<sup>192</sup>

<sup>191</sup> *Acceso a la información tributaria en México. Estudio exploratorio de la materia, op. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>192</sup> Para el análisis de estas reformas véase nuestro estudio *Acceso a la información tributaria en México. Estudio exploratorio de la materia, op. cit.*, pp. 60 y ss.

### III. ANÁLISIS DEL SECRETO FISCAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

En este apartado emprendemos la tarea de exponer el panorama legislativo de la reserva tributaria. Si en los primeros apartados de este capítulo nos dedicamos a dar un panorama de cómo se distingue el secreto fiscal entre otros secretos en el derecho mexicano, ahora toca revisar las complejidades que las normas existentes introducen en el estudio del secreto fiscal.

En lugar de hacer un análisis integrado de los ordenamientos del derecho fiscal y del derecho de acceso a la información, decidimos tomar a cada cual por separado. Esto nos permite analizar a detalle las lógicas y conceptos detrás de cada norma para después identificar sus diferencias y coincidencias, así como los vacíos que deja para la discusión doctrinal.

#### 1. *Regulación del secreto fiscal en el CFF*

Como hemos mencionado, el artículo 69 del CFF es la plataforma que regula el acceso de los contribuyentes a la información tributaria que detenta la administración fiscal. Arriba se ha revisado ya la historia de este precepto normativo y aquí nos abocaremos a analizar la naturaleza y el alcance del mandato que el CFF dispone en la materia.

El secreto fiscal, establecido en el artículo 69 del CFF, se sitúa dentro del Código en el título tercero, “De las facultades de las autoridades fiscales”, y el inicio del mandato expresa una *obligación de resguardo* sobre: “el personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias”. Esto nos lleva a deducir que el deber de resguardo es parte componente en el ejercicio de las facultades que la ley le confiere a la autoridad fiscal; esto es, uso de facultades y resguardo de la información que maneja el personal oficial van de la mano. Ahora bien, si esta es la base para legislar, existen otros

elementos formales que han de considerarse para analizar el marco jurídico fiscal de la reserva.

El primer elemento que resalta del análisis del artículo 69 del CFF es el *origen del resguardo*. Este elemento lo distingue a todas luces del secreto profesional, ya que este último se origina a partir de voluntades individuales, como lo hemos expresado líneas arriba, y en la materia tributaria, el contribuyente no se acerca al fisco por iniciativa personal, sino por una obligación legal de contribuir y de informar al Estado sobre la actividad contable (artículo 31, facción IV de la CPEUM). Sánchez López en consonancia con nuestra postura señala

que los deberes de información tributaria, impuestos por el ordenamiento a sujetos ajenos a la relación jurídica que nace de la realización del hecho imponible, constituyen una manifestación del llamado deber de colaboración y estando todos estos deberes orientados, de uno u otro modo, a facilitar el procedimiento de aplicación de los tributos, tanto la doctrina y la jurisprudencia española han coincidido mayoritariamente en situar el fundamento de los mismos y, en concreto, del señalado deber de información en el ámbito del artículo 31.1 CE, precepto que consagra a nivel constitucional el deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.<sup>193</sup>

El segundo elemento de análisis, es la *responsabilidad del resguardo* que recae en el individuo que lo viola y las sanciones son individuales. En el régimen del deber de clasificación existe una responsabilidad de reservar que se amplía hasta la institución misma, pues la relación que se establece, motivo por el cual el particular entrega sus datos, es entre éste y la autoridad como institución y no como individuo. Hasta antes de las leyes de transparencia y acceso a la información, y el mandato del artículo 60. constitucional, el deber de confidencialidad era creado por una ley específica que establecía los alcances y límites del deber.

<sup>193</sup> Sánchez López, María Esther, *op. cit.*, p. 20.

Pero con el sistema de transparencia y derecho de acceso la información, este deber genera también derechos para los sujetos de la información, como es la protección de sus datos, el debido tratamiento y el acceso a éstos.

Esto nos lleva a plantear el tercer elemento de análisis que es la *convivencia del secreto fiscal con el derecho constitucional de acceso a la información pública*. Precisamente, lo que concierne a la reserva tributaria como excepción al acceso es lo que nos interesa aquí profundizar. El deber de confidencialidad de las autoridades fiscales no tiene otro fundamento que las bases constitucionales, en particular, en el respeto a los derechos fundamentales como el derecho a la vida privada y la protección de los datos personales. Al ser una excepción al acceso, ello implica que la autoridad debe fundar y motivar la reserva de información frente al particular (artículos 6o. y 16 de la CPEUM).

No obstante, de acuerdo con las entrevistas que realizamos para esta investigación, reconocemos que el secreto fiscal se ha vinculado al texto original del artículo 16 de la CPEUM, previo a la reforma del 2009, que se ocupa de incluir dentro de los derechos fundamentales la protección de la vida privada de las personas. El principio fundamental es que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Para algunos fiscalistas, es esta excepción la que origina la obligación al secreto fiscal para la administración pública en el cumplimiento de sus fines, a partir del derecho de la persona a su vida privada. Es decir, nace del derecho a la intimidad porque la autoridad fiscal goza del mandato para introducirse en la vida privada de los contribuyentes.

Nosotros consideramos que esta postura está errada sustancialmente. El contexto de este artículo y su configuración es el de la persecución de delitos (como los fiscales), en los que medie orden de aprehensión, de cateo o se decrete el arraigo por autoridad judicial, y con énfasis en la persecución del crimen, delitos

y los derechos del debido proceso. Aunque las excepciones a la “molestia” no hacen mención de la función recaudatoria del Estado, tradicionalmente la función del *fiscal y el examinador* es la de entrar en la vida privada, domicilio y documentos de las personas. La Constitución en el mismo artículo faculta expresamente a la autoridad administrativa para “practicar visitas domiciliarias” únicamente para cerciorarse de que se han acatado las disposiciones fiscales.

Dicho lo anterior, así como en los códigos penales antiguos el secreto profesional se encuentra vinculado con la correspondencia; el artículo 16 vincula la protección de la vida privada con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que pueden ser violadas en caso de tener información relacionada con la comisión de un delito a petición de autoridad judicial. Esta intromisión deberá estar fundada y motivada por la autoridad y queda claro que “la autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo” (artículo 16 de la CPEUM).

Un cuarto elemento de análisis del secreto fiscal, en sede teórica partiendo de la regulación legal en el CFF, es la *obligación legal de la reserva* que tienen las autoridades fiscales respecto de los datos personales y patrimoniales de los contribuyentes,<sup>194</sup> y que reciben ya sea por suministro o captación de información en ejercicio de sus funciones.<sup>195</sup> Lo que se traduce en la reserva de los datos proporcionados por los sujetos pasivos.

Sobre este aspecto ya se ha pronunciado el otrora Tribunal Fiscal de la Federación en la sentencia dictada el 12 de febrero

<sup>194</sup> Dentro del haber de una persona moral puede incorporarse el secreto industrial y el comercial, por lo que en el escrutinio de los datos con relevancia tributaria no se revelan estos dos secretos. Los secretos industriales y comerciales en el derecho comparado también estuvieron limitados a los propios interesados, sin embargo, se eliminó dicha prohibición, ejemplo de ello es la Ley del 11 de julio de 1979 en Francia (traducción libre de la autora), Heymann-Doat, Arlette, *op. cit.*, p. 157.

<sup>195</sup> En el mismo sentido encontramos a Ortiz Liñán, José, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

de 1985 dentro del juicio de nulidad número 534/84, en el que indica:

El artículo 69 del Código Fiscal de la Federación vigente, consagra *el principio de reserva absoluta respecto tanto de los datos suministrados por los contribuyentes* como de los obtenidos con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación de la autoridad, estableciendo una obligación de no hacer a cargo del personal oficial que interviene en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarios. Sin embargo, el mismo precepto señala que dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales, en razón de lo cual si en un juicio de nulidad se ofrecen como prueba documentos relacionados con la situación fiscal de personas distintas al actor de dicho juicio, no opera el principio de referencia, esto de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 230 del propio ordenamiento tributario que prevé que en el juicio de nulidad serán admisibles toda clase de pruebas.<sup>196</sup>

El Tribunal Fiscal de la Federación también se ha pronunciado en el sentido de indicar que el secreto fiscal resguarda al secreto bancario, es decir, si dentro de la competencia de la autoridad hacendaria solicita información que está resguardada bajo el secreto bancario, dicha información también estará protegida por la absoluta reserva del funcionario de hacienda. Así se puede observar del texto siguiente:

No se afectan las defensas del particular, ni se transgrede el secreto bancario, cuyo propósito es permitir la libre competencia, por el hecho de que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores *haya rendido la información solicitada por autoridad fiscal federal, respecto de las operaciones bancarias del particular*, ya que tal petición se encuentra respaldada en lo dispuesto por el artículo 42 fracción II del Código Fiscal de la Federación, a fin de cerciorarse del cumplimiento a las disposiciones tributarias,

<sup>196</sup> Tesis II-TASS-2254, Segunda Época, Pleno, R.T.F.F., año IV, núms. 16 y 17, t. II, enero-mayo de 1981, p. 453.

información que le es dada a conocer al propio contribuyente, con el objeto de salvaguardar su garantía de seguridad jurídica y darle oportunidad de que haga valer sus defensas. Asimismo, *tal información está resguardada en el secreto fiscal, constituido por la reserva que los auditores están obligados a guardar, sobre los datos e información que conozcan con motivo de las diligencias que practiquen*; de lo que se concluye que el cabal respeto del primero trasciende en la atención, acatamiento y protección del segundo.<sup>197</sup>

El cuarto y último elemento de estudio, corresponde a la apertura “*ope legis*” del secreto fiscal a ciertos sectores del ámbito de la administración pública y algunos actores del sector privado, como lo son las sociedades de información crediticia. Esta apertura por mandato de ley se ha hecho de forma gradual, como lo hemos visto en el apartado correspondiente a la historia legislativa del secreto fiscal en México, y en el que por el momento no ahondaremos, sino en el último capítulo sobre los desafíos de la transparencia.

## 2. *Regulación del secreto fiscal en la LFTAIPG*

El secreto fiscal también lo encontramos regulado en la LFTAIPG y se clasifica como “información reservada”, en virtud de que dicha información pueda dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país, o bien, causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 fracciones

<sup>197</sup> Tesis IV-TA-2aS-36, Cuarta Época, Segunda Sección, R.T.F.F., año II, núm. 11, junio de 1999, p. 183.

II y IV. Adicionalmente, el artículo 14, fracción II, considera reservada entre otros secretos el fiscal tutelando el interés jurídico, la que por disposición expresa de otra ley se considera como confidencial o reservada.

El mismo artículo 14 de la LFTAIPG establece la reserva de la información temporal y no una reserva indefinida, cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información de las fracciones III y IV, pero no especifica lo que sucedería en el caso de la fracción II, donde cabe el *secreto fiscal*. Sin embargo, el artículo 15 aclara que la información reservada bajo los artículos 13 y 14 podrá permanecer como tal hasta por un periodo de 12 años, y podrá ser desclasificada cuando las causas que dieron origen a su clasificación se extingan, o cuando el periodo de reserva haya transcurrido “sin perjuicio a lo que al respecto establezcan otras leyes”. El periodo de reserva de la información se podrá extender excepcionalmente si las causas que dieron origen a la clasificación persisten.<sup>198</sup>

Por otro lado, de lo dispuesto en nuestra legislación se ha demostrado que la información tributaria es materia de reserva, sin embargo, no queda claro si esta información es también considerada confidencial de acuerdo con lo sancionado por el artículo 18 de la LFTAIPG, que establece que son los particulares los que entregan la información a la autoridad con el carácter de confidencial, y son ellos los que podrían autorizar bajo consentimiento su revelación.<sup>199</sup>

En suma, el CFF y sus reformas no distinguen entre los datos personales y la información pública como lo hace la LFTAIPG. Por su parte, la LFTAIPG ubica al secreto fiscal dentro de la información reservada (información pública) y no dentro de la confidencial (datos personales). Incluso, en los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública

<sup>198</sup> Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, *op. cit.*

<sup>199</sup> *Idem.*

Federal destaca el trigésimo segundo, fracción IX en el que clasifica la información confidencial que contenga datos de persona física *identificada o identificable relativos al patrimonio*.<sup>200</sup> En esta misma tesitura encontramos el trigésimo sexto, que establece que los particulares podrán entregar a las dependencias y entidades con carácter de confidencial, aquella información ubicada en la fracción I del artículo 18 de la Ley de Transparencia:

I. La relativa al patrimonio de una persona moral; la que comprenda hechos y actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo relativos a una persona, que pudiera ser útil para un competidor por ejemplo, la relativa a detalles sobre el manejo del negocio del titular, sobre su proceso de toma de decisiones o información que pudiera afectar sus negociaciones, acuerdos de los órganos de administración, políticas de dividendos y sus modificaciones o actas de asamblea...

De manera que siguiendo la lógica de las normas derivadas de la LFTAIPG, el contenido del secreto fiscal sería materia resguardada por el artículo 18 y no por los artículos 13 y 14, que protegen un bien jurídico de interés público y no privado. Sobre la pertinencia de este planteamiento de reforma jurídica nos pronunciamos en el último capítulo de este libro, donde exponemos argumentos para sostener que no toda la información que protege el secreto fiscal debe ser considerada como confidencial, puesto que la información confidencial alude a personas físicas exclusivamente, mientras que la reserva fiscal contiene datos también de personas morales.

Mientras tanto, cabe mencionar más inconsistencias entre el régimen de transparencia y el fiscal. El CFF considera únicamente la reserva absoluta y no la parcial, como lo hace la LFTAIPG. El CFF establece los supuestos donde se revelará la información, pero con cierto margen de arbitrariedad a cargo de las autorida-

<sup>200</sup> Publicados en el *DOF* el 18 de agosto de 2003.

des fiscales. Coloca la decisión de revelar los datos reservados en una sola autoridad, el secretario de la SHCP, a diferencia de la LFTAIPG que lo hace por medio de un Comité de Información. El mismo CFF no exige expresamente que se motive la reserva. La excepción a la reserva absoluta es en beneficio a las autoridades fiscalizadoras, las sociedades de información crediticia y las autoridades judiciales, se excluyen excepciones al contribuyente para que lleve a cabo su labor fiscalizadora o de rendición de cuentas.

Dicho en otras palabras, ante los ojos de los organismos de inspección y recaudación tributaria (y las sociedades de información crediticia) no hay reserva de los datos de los contribuyentes, esta reserva es relativa cuando se trata de intercambio de información entre autoridades, debido a que en la mayoría de los casos se supedita al interés público por encima del derecho de acceso a la información sin ponderación o motivación jurídica alguna.<sup>201</sup>

Además de esta circunstancia, no debemos soslayar que en la apertura relativa o, si se quiere, la transmisión de datos entre autoridades de gobierno, se pasa por alto un valor fundamental del régimen del derecho de acceso a la información y de la protección de los datos personales, que es el consentimiento del sujeto de la información. Los lineamientos emitidos por el IFAI, publicados en el *DOF*, sobre protección de datos personales establecen los principios rectores de la protección de los datos personales. Cabe destacar el duodécimo que indica textualmente: “Toda transmisión de datos personales deberá contar con el consentimiento del Titular de los datos, mismos que deberá otorgarse en forma libre, expresa e informada, salvo lo dispuesto en el

<sup>201</sup> Véanse las conclusiones generales de nuestro trabajo, Ríos Granados, Gabriela y Luna Pla, Issa y financiado por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y el Centro Internacional de Transparencia y Acceso a la Información intitulado *Acceso a la información tributaria en México. Estudio exploratorio de la materia, op. cit.*

Lineamiento Vigésimo segundo”. Como veremos más adelante, este consentimiento, aunado al elemento de la finalidad de los datos personales, son principios omisos en el sistema fiscal y la tendencia en la práctica es a no reconocerlos.

Por último, diríase pues, que la protección de este secreto fiscal, del cual se pueden obtener datos con relevancia tributaria, es realmente relativa y que no está congruentemente regulada. Sin embargo, también reconocemos que es el comienzo *de una efectiva protección en materia económica para el particular*, además esta protección adquirirá nuevos derroteros con el uso de las nuevas tecnologías aplicadas al sistema tributario.<sup>202</sup>

#### IV. CONFORMACIÓN DEL SECRETO FISCAL

En este apartado proponemos una dogmática para la reserva fiscal que encuentre un equilibrio entre lo que la teoría apunta y lo que las leyes establecen, considerando que ambas (teoría y práctica) no se han tocado en ningún punto hasta el momento por lo menos en el caso mexicano. Esto es, en el apartado anterior ya profundizamos en la estructura formal y legal del sigilo tributario dentro del sistema jurídico mexicano; en este apartado tratamos, más que la construcción jurídica, de la forma dogmática que este secreto guarda en el contexto de la garantía del derecho de acceso a la información pública, la protección de la vida privada y los datos personales. Esto implica un cuidado especial en mantener la diferencia teórica entre el “ser” y el “deber ser” de esta figura jurídica.

La doctrina argentina —que en la región de América del Sur, parece ser la única que ha estudiado el tema en la doctrina— ha reconocido que este secreto es el deber de la administración fiscal

<sup>202</sup> Al respecto es sugerente la lectura de Méjan C., Luis Manuel, “La contratación por medios electrónicos de operaciones del sistema financiero mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 21, septiembre-diciembre 1996, pp. 30-60.

y la autoridad jurisdiccional de resguardar toda la información que recoja y conozca en el ejercicio de sus facultades, incluidas las de verificación.<sup>203</sup> Pero a decir de la práctica, aplicación y la legislación que el resguardo de información de interés tributario tiene, existen elementos que con seguridad varían para el caso mexicano. Y es que definir la figura en cuestión implica la complejidad de ser un tema con múltiples aristas en su conformación, por lo que una síntesis generalizada resulta siempre una empresa desventurada.

Como dijimos, la literatura dogmática sobre este secreto aporta pocos elementos para conocer a fondo, las características y justificaciones que crean la institución del secreto fiscal. Falta responder a preguntas como ¿de quién debe ser la voluntad para crear el secreto fiscal? ¿qué tipo de secretos existen en derecho y en cuál encaja el fiscal? ¿a quiénes obliga el secreto y qué implicaciones tiene este magisterio? ¿qué características hacen del secreto fiscal único respecto de otros secretos jurídicos, como el de Estado, el bancario y el mercantil?

### 1. *Tipo de secreto*

En la doctrina del secreto profesional de los servidores públicos se identifican dos posturas: la que plantea la existencia del secreto como un *secreto natural*, es decir, los conocimientos que por su naturaleza deben ser intransmisibles y que quedan para el conocimiento de algunos cuantos solamente. En contraste, el criterio formalista que sólo concibe la existencia de un deber de secreto cuando la ley lo crea y lo expresa, esto es, un *secreto por ley*. Este nivel de secreto es muy diferente a la información que es la considerada como *privilegiada*, que principalmente versa

<sup>203</sup> Dentro de las escasas definiciones doctrinales, resalta el trabajo de Halperin, David Andrés, “El secreto fiscal en los procesos de integración”, *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Argentina, año 75, núm. 2, marzo-abril 2000, pp. 18-24.

sobre la materia financiera donde ciertos usuarios tienen más facilidad de acceso a datos de empresas y particulares, creando privilegios frente a quienes carecen de esa información.<sup>204</sup>

El secreto fiscal es un secreto *legal*, como ya lo hemos reiterado en varias ocasiones en este capítulo. Y es entendido como una obligación de sigilo sobre información que expresamente es confidencial considerada así por una ley que lo establece como tal, en la tutela de un bien jurídico.<sup>205</sup> La pregunta que surge es ¿cuál es el bien jurídico que se tutela?

Para Gómez Segade, cuando construye la definición del secreto industrial, el secreto en derecho es de dos tipos: absoluto y relativo. Aludiendo a Treadwell, destaca que los secretos absolutos son “irrelevantes para el ordenamiento jurídico, dado que en relación con ellos no cabe hablar de violación en sentido técnico”.<sup>206</sup> Los secretos absolutos son aquellos que nadie conoce y que nadie puede llegar a conocerlos, como los misterios. El tipo de secretos relativos son los que designan un saber o conocimiento que se encuentra en poder de una o varias personas y que otras ignoran. De hecho, entre los secretos relativos existen, según la categorización de Gómez Segade, los “accidentales” y los “voluntarios”, donde los primeros son resguardados por un desinterés fortuito. Al derecho le interesan los secretos *relativos voluntarios*, que designan un saber que debe permanecer oculto a ciertas personas porque los concededores del mismo ponen conscientemente razones y obstáculos para impedir su divulgación.<sup>207</sup> El derecho protege estos secretos porque su titular u otro que conoce de la información en sigilo, tienen cierto interés en mantenerlo secreto.

<sup>204</sup> Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 129.

<sup>205</sup> La denominación de *secreto legal* es tomada de Pierini, Alicia y Lorenaces, Valentín, *op. cit.*, p. 169. En la literatura española encontramos a Ortiz Liñán, José, *op. cit.*, p. 70.

<sup>206</sup> Gómez Segade, José Antonio, *op. cit.*, p. 44.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 45.

Ahora bien, para conocer la procedencia del interés del resguardo, es necesario identificar cuál es el contenido del secreto fiscal, es decir, según su configuración jurídica, qué tipo de conocimiento resguarda este secreto. En principio, es claro que los datos que resguarda son aquellos suministrados por los contribuyentes, que son personas físicas y morales, o los que recaba la autoridad en el ejercicio de sus facultades de comprobación. Al final, son datos de personas relativos a su vida privada, sus valores, su patrimonio, etcétera.

En términos prácticos, dentro de la arcana fiscal existen datos, tales como nombre, razón social, domicilio particular, declaraciones, gastos médicos, pensión alimenticia, herencias, claves de registro, representante legal, entre otros, de personas físicas y morales. Además de estos datos, se encuentran datos contables que se reflejan en la declaración de contribuciones, tales como la base imponible, deducciones, base liquidable; además de datos formales, domicilio fiscal, el RFC y la CURP.

Ahora bien, según Arroyo Soto la pregunta sobre la voluntad que crea el secreto profesional debe responderse en términos de “voluntad” e “interés”. A la voluntad le corresponde un bien jurídicamente protegido que es la “libertad”. Y al interés le corresponden los bienes tutelados de la “vida privada, el patrimonio, el honor, etcétera”.<sup>208</sup> Puesto que el bien tutelado por el secreto fiscal son los derechos de la personalidad, incluidos la vida privada, el patrimonio, el honor de las personas, siguiendo a Arroyo Soto, la voluntad de crear el secreto fiscal es del titular de los datos (el contribuyente) que en pleno ejercicio de su libertad y en cumplimiento de su deber de informar al Estado, impone el carácter confidencial al otorgárselo a la autoridad fiscal. ¿Pero qué pasa cuando la autoridad fiscal, en el ejercicio de sus funciones de recaudación, recoge o investiga datos sobre contribuyentes?

<sup>208</sup> Arroyo Soto, Augusto, *El secreto profesional del abogado y del notario*, México, UNAM, 1980, p. 28.

¿Sigue siendo la voluntad del sujeto de la información? En este supuesto, existe un interés de la autoridad por garantizar el derecho fundamental de las personas a la vida privada y una obligación constitucional y legal de proteger sus datos personales, el cual, deriva de la finalidad para la que resguarda los datos. Sobre esta *finalidad* profundizaremos un poco más adelante.

Marquemos ahora la diferencia entre los tipos de secretos y el secreto fiscal. Los *secretos de Estado* resguardan una información del Estado que atañe al Estado y que refiere sólo a éste, a sus miembros y las acciones de los mismos. Los secretos de Estado son legítimos en Estados democráticos como instrumentos que tutelan el interés público fundamentado constitucionalmente, como la seguridad nacional o pública. La excepcionalidad del acceso a la información queda restringida a aquellos supuestos en que la divulgación de actos o documentos someta a un peligro actual y verdadero de la propia existencia del Estado de su ordenamiento. Pero este secreto se emplea a menudo en diversos gobiernos para sacar del debate público los abusos de poder o transgresiones que precisan ser encubiertas. En estos casos, para Fernández Delgado, “el secreto no instrumenta al amparo de ese interés de rango superior al que hemos hecho referencia, sino la protección de un interés particular para ocultación de hechos ilícitos” y lograr su total impunidad.<sup>209</sup> De ahí la importancia de definir y entender la institucionalidad de los secretos en todo orden jurídico.

Para Luque Rázuri, los secretos de Estado se fundan en razones de interés público y tienen diversas características que nos interesa aquí resaltar. Primero, que el secreto siempre es *relativo* en la medida en que es un grupo reducido de individuos que pueden conocer cierta información. Se trata de un límite de la demo-

<sup>209</sup> Fernández Delgado, Carlos, “El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 99, Novena Época, enero-marzo, 1998, pp. 103-132. También en Rodríguez Piñares, Eduardo, *op. cit.*, p. 18.

cracia necesario y razonable, constituyendo la excepción y no la norma y con garantías que no permitan el abuso de la misma. El carácter relativo también alude a que el secreto puede ser temporal, en tanto que al paso del tiempo el bien jurídico protegido ya no se verá afectado con la revelación de la información. Segunda, el carácter del secreto puede afectar parcial o totalmente ciertos documentos, considerando que en el mismo documento conviven datos que tienen un interés de ser reservados y otros en que el interés público persiste. Tercero, que cuando se trata de secretos de Estado, el interés público debe ser sustentado. Cuarto, que el secreto no debe servir para “amparar la comisión de actos delictivos”, y para Luque Rázuri, en el momento en que esto ocurriese la exigencia de mantener el secreto debe desaparecer, aunque es en estos casos en que los Estados buscan el refugio en la discreción en aras de proteger intereses particulares argumentando “razones de Estado”.<sup>210</sup>

El secreto fiscal no es un secreto de Estado, por lo menos no en México y no de la manera que está establecido en las leyes tributarias. Principalmente, porque protege información de los contribuyentes cuya pertenencia no es del Estado, aunque los datos provienen de una obligación impuesta a los ciudadanos mexicanos. Sin embargo, observamos que el sigilo tributario resguarda el derecho de la personalidad de los contribuyentes y también un fin máximo que es del interés público. En la doctrina de los secretos de Estado, el depositario del secreto tiene el deber de guardarlo y debe la verdad a quien tiene el derecho de exigírsela, como una autoridad judicial.<sup>211</sup> Trasladado esto al secreto fiscal, el Estado tiene el deber de guardarlo y le debe la verdad a quienes tienen el derecho sobre los mismos datos por cuestión de un interés público.

<sup>210</sup> Luque Rázuri, Martín, *El derecho de acceso a la información pública documental y la regulación de la información secreta*, Perú, ARA Editores, 2002, p. 161.

<sup>211</sup> Rodríguez Piñares, Eduardo, *op. cit.*, p. 11.

En la doctrina española el fundamento del secreto fiscal se encuentra en la protección de los intereses del sujeto sobre el que se proyecta la trascendencia de los datos, ya sean personas físicas o morales. Mediante el mismo, la persona recibe la seguridad de que las informaciones que sobre él o ella se han facilitado, en ocasiones, limitan sus derechos individuales, y que sólo será utilizada para lo que fue solicitada, o a fines que —tras el correspondiente juicio de ponderación— son dignos de protección como el deber de contribuir frente a la hacienda pública, y en cualquier caso, a los previstos en ley.<sup>212</sup>

Ahora bien, existen secretos oficiales o públicos en los que la administración pública tiene un “interés público” en resguardarlos, como por ejemplo, por motivos de seguridad económica o de seguridad nacional del país. También existen los secretos privados, que responden a un interés jurídicamente apreciable de un particular, como lo es escribir una carta, o la gestión de una empresa.<sup>213</sup> Los secretos industrial o empresarial y el bancario se sitúan dentro de los secretos privados. Así, el secreto bancario protege la relación entre institución bancaria y el cliente; el industrial protege un conocimiento o una patente resguardada; el secreto fiduciario la relación entre fideicomitante y el fideicomisario, y el secreto fiscal se sitúa dentro de los secretos oficiales que protegen la relación entre la autoridad fiscal y los contribuyentes.

Como hemos venido diciendo, el interés del sujeto de la información que resguarda el secreto fiscal no es un derecho absoluto, y como hemos anotado previamente, tampoco el interés público es absoluto. Pueden existir circunstancias en las que por razones de interés público el acceso o divulgación de la información pierda el sigilo fiscal. Piénsese por ejemplo en el caso donde,

<sup>212</sup> Ortiz Liñán, José, *op. cit.*, p. 71. Ortiz Liñán pone de manifiesto siguiendo el criterio de Ruiz García, que el secreto fiscal es una pieza esencial de las relaciones entre la administración y el obligado. En cita de Ruiz García, *Secreto bancario y hacienda pública*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1988.

<sup>213</sup> Gómez Segade, José Antonio, *op. cit.*, p. 46.

mediante una prueba de interés público, se resuelva que el interés por conocer el estatus fiscal y de liquidación de impuestos de cierto candidato a gobernar es mayor que el de resguardar su vida privada, por considerarse figura pública.

Por lo que se ha visto, la obligación de los mexicanos de contribuir origina y define el secreto fiscal e impone un deber de resguardar la información en manos del Estado, derivado de un interés privado no absoluto (el del contribuyente sujeto de la información en cumplimiento de una obligación constitucional), en un contexto donde puede primar un interés público por revelar parte de los datos bajo una ponderación de derechos válida. Ahora bien, analicemos a detalle los órganos de gobierno o no gubernamentales que están obligados al resguardo fiscal, según la legislación mexicana vigente.

## *2. Sujetos obligados y finalidad de la información*

En la mayoría de los sistemas jurídicos, el resguardo recae en las autoridades estatales (fiscales y judiciales) de un país, y esta obligación se traspassa a otro gobierno estatal cuando la información es intercambiada entre países; en otros, el secreto es deber también de entidades bancarias y hasta del conocimiento público (p. ej. Noruega y Finlandia). Partiendo de la norma general, en este estudio asumimos que el secreto fiscal obliga a la administración fiscal, en principio, aunque claramente el concepto es más amplio. Es la autoridad quien recibe los datos de los contribuyentes, que en ejercicio de su deber de contribuir, los entregan a ésta para fines recaudatorios. Este es el flujo y la causa más básica de la información con relevancia tributaria, dentro de las redes de intercambio de información que en la práctica se llegan a suscitar.

Siguiendo esta postura, consideramos que el secreto fiscal se origina con los datos que el contribuyente entrega a la autoridad, esto es, no se refiere a “toda” la información que maneja la autoridad fiscal, como lo sugiere la doctrina argentina. En cambio, el

caso mexicano solamente versa, por las razones que explicamos adelante, en los datos que el contribuyente entrega a la autoridad ya sea por captación o por suministro. ¿Quién es responsable de su resguardo? En concreto, el personal oficial o servidores públicos que participan en la administración y desempeño de las facultades de recaudación de la autoridad hacendaria, los órganos autónomos, los terceros habilitados por la hacienda y las sociedades de información crediticia.

Dicho lo anterior, valga preguntarse ¿a qué están obligados, para qué pueden utilizarlos y cómo deben resguardarlos? Para responder a esta pregunta consideramos fundamental construir un esquema con información básica sobre las autoridades sujetos obligados del secreto fiscal, la información a la que tienen acceso y la finalidad para la que pueden utilizarla. Todo esto según la legislación y doctrina mexicana vigente.

<i>Sujeto obligado</i>	<i>Información a la que tiene acceso</i>	<i>Finalidad</i>
<u>Autoridades fiscales:</u> - SHCP - SAT (CFF, artículo 69)	- Expedientes y documentos de los contribuyentes.	- Facultades de comprobación del cumplimiento de la obligación fiscal. - Determinación de crédito fiscal. - Investigaciones penales del producto de una actividad ilícita. - Recaudación de impuestos y accesorios exigibles por Estados extranjeros.
- Tribunales penales (CFF, artículo 69)	- Expedientes y documentos de los contribuyentes.	- Información relativa a la identidad de los terceros independientes en operaciones comparables y la información de los comparables utilizados para motivar la resolución.

<i>Sujeto obligado</i>	<i>Información a la que tiene acceso</i>	<i>Finalidad</i>
- Terceros habilitados (CFF, artículo 69)	- Notificaciones de los actos administrativos.	- Notificaciones de los actos administrativos. - Recaudación de contribuciones.
- Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (CFF, artículo 69)	- La que se requiera intercambiar.	- Comprobar adeudos fiscales para el otorgamiento de membretes.
- IFE (CFF, artículo 69; CO-PIPE, artículo 79, inciso 3)	- La que solicite el órgano técnico de fiscalización del IFE.	- Desempeño de las facultades de la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos.
- TRIFE (CFF, artículo 69)	- La que requieran las salas del TRIFE.	- Resolver asuntos contenciosos relacionados con la fiscalización de las finanzas de partidos políticos.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (CFF, artículo 69)	- La que se refiere a la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.	- Los términos que establezca el SAT.
<u>Organismos fiscales autónomos:</u>  - IMSS a) Federación o entidades federativas, Secretaría de la Función Pública. b) Instituciones de Seguridad Social. c) Administradores de Fondo para el Retiro. d) Empresas procesadoras del Sistema de Ahorro para el Retiro. (Ley del Seguro Social, artículos 5o., 5a, 22,	- Documentos, datos e informes que trabajadores, patrones y demás personas entreguen al IMSS. - Información sobre la recaudación, administración y liquidación de aportaciones de seguridad social. - Créditos fiscales. - Documento de identificación patronal. - Registro de patrones e inscripción de trabajadores, aportaciones patronales, sus intereses y descuentos omitidos,	- Recaudar, administrar, determinar y liquidar contribuciones. - Determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones. - Hacer efectivas las fianzas para garantizar las obligaciones fiscales. a) Para el cumplimiento de los objetivos de la Federación y las entidades. b) En ejercicio de sus atribuciones.

<i>Sujeto obligado</i>	<i>Información a la que tiene acceso</i>	<i>Finalidad</i>
39a, 40e, 237d, 251, 252, 270 y 271)  INFONAVIT (Ley del Instituto Nacional del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores, artículos 30, 31 y 34)	- Aportaciones y accesorios, créditos fiscales.	c y d) Las disposiciones que emita la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.  - Determinar, en caso de incumplimiento, el importe de las aportaciones patronales y de los descuentos omitidos, así como calcular su actualización y recargos que se generen, señalar las bases para su liquidación, fijarlos en cantidad líquida y requerir su pago. - Cobro y ejecución de las aportaciones patronales y a los descuentos omitidos.
- Otros países con acuerdo firmado por el secretario de SHCP (CFF, artículo 69)	- La que se pacte recíprocamente.	- Fines fiscales.

FUENTE: Realización de las autoras con información de diversas leyes, tratados y jurisprudencia aplicable para México.

Las autoridades judiciales cumplen un papel importante en la impartición de la justicia, donde la información tributaria puede tener relevancia en los procesos penales, de pensiones alimenticias y administrativos. Hasta aquí se puede decir que tendrían el deber de resguardo tanto la autoridad hacendaria como los tribunales al tener acceso a los expedientes o documentos de los contribuyentes.

El IMSS es considerado un organismo fiscal autónomo y cumple una función recaudatoria de contribuciones de seguridad social importante, por lo que trabajadores, patrones y otras per-

sonas proporcionan datos personales al Instituto. Incluso, en esta función fiscal, el IMSS tiene poderes para realizar visitas domiciliarias a particulares, lo que permite que entre en la vida privada de las personas (Ley del Seguro Social y su Reglamento).<sup>214</sup>

Ahora bien, la finalidad en la utilización de los datos personales, tal y como lo hemos visto aquí, se refiere a la utilización que de ellos podría hacer el sujeto obligado. En este respecto, como se encuentra configurado este secreto en México, la finalidad no es una condición formal del régimen de datos en el marco jurídico fiscal. Excepcionalmente la finalidad aplica en dos casos: *i*) por magisterio se establece que aquellos datos solicitados por el IFE o el TRIFE podrán utilizarse para “los fines que dieron origen a la solicitud de información” (artículo 69 del CFF), y *ii*) cuando se pacte por acuerdo de intercambio recíproco de información con países extranjeros, en cuyo caso se podrá usar sólo “para fines fiscales”.

Pero la regla en el manejo de datos tributarios es la falta de formalidad en el desarrollo del principio de finalidad, y el legislador dejó clara esta ignorancia cuando otorgó poderes discrecionales al secretario de Hacienda y Crédito Público para publicar datos por grupos de contribuyentes, tales como: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas. Este poder pudo por lo menos estar condicionado al cumplimiento del fin recaudatorio de la hacienda pública, pero en realidad, al dejar este vacío legal, los datos pueden incluso llegar a servir a propósitos empresariales o para mercados para favorecer a ciertos actores con respecto de otros. Así que, no existe límite alguno para la Secretaría proveniente de la misma voluntad que creó el sigilo de los datos: los contribuyentes.

En este contexto están como sujetos obligados al secreto fiscal las Sociedades de Información Crediticia, que tienen acceso

<sup>214</sup> Rodríguez Mejía, Gregorio, “El fisco”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 106, enero-abril 2003, pp. 95-114.

a los datos sobre créditos fiscales firmes que colecta y administra la autoridad fiscal (artículo 6o. del CFF). Estas sociedades no gubernamentales están facultadas para recopilar, manejar, entregar o enviar información relativa al historial crediticio tanto de personas físicas como de personas morales (artículo 5o. de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia). Su relación es con lo que la ley denomina como “usuarios”, que son las entidades financieras, empresas comerciales y Sofomes. Cualquiera podría suponer que la información crediticia intercambiada por estas sociedades y sus usuarios impone, por voluntad del sujeto de la información, un deber de resguardo de su información. Empero, precisamente la Ley aclara que “no se considerará que existe violación al secreto financiero” el intercambio de esta información (artículo 5o. de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia). Así que si en el secreto bancario y el tributario —que aquí estudiamos— la reserva de la información se crea desde el propietario de los datos, por lo que al legislador mexicano concierne, en el secreto financiero el manejo de los datos de personas físicas y morales no constituye materia del derecho a la vida privada y la protección de los datos personales. Por esta cualidad de las sociedades crediticias que no son autoridad, reciben datos de relevancia fiscal del Estado, y observan sus propias normas del derecho privado para el manejo de datos establecidas en la ley que las rige, amerita ilustrar en un esquema aparte el principio de finalidad de recolección de datos por parte de la autoridad fiscal, pero que es usada para otros fines por parte de las sociedades.

<i>Sujeto obligado</i>	<i>Información a la que tiene acceso</i>	<i>Finalidad SHCP, SAT</i>	<i>Uso que le dan sociedades de crédito</i>
<p>- Sociedades de Información Crediticia (CFF, artículo 69 y Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, artículos 2o. y 5o.)</p>	<p>- Créditos fiscales firmes de contribuyentes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Facultades de comprobación del cumplimiento de la obligación fiscal.</li> <li>- Determinación de crédito fiscal.</li> <li>- Investigaciones penales del producto de una actividad ilícita.</li> <li>- Recaudación de impuestos y accesorios exigibles por Estados extranjeros.</li> </ul>	<p>- Manejar, entregar o enviar información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales a sus usuarios.</p>

Fuente: Realización de las autoras con información de diversas leyes, tratados y jurisprudencia aplicable para México.

La información financiera no debe tener el mismo tratamiento que la información fiscal. Como se muestra en el esquema, el uso o finalidad de los datos con relevancia tributaria, como lo son los créditos fiscales, es equiparada por el legislador a la información crediticia, sin considerar que el fisco la obtuvo para fines de recaudación y bajo el supuesto de que el cumplimiento de las funciones del fisco implica la protección de los intereses económicos de los contribuyentes.<sup>215</sup> Dejando de lado este papel, es evidente que el legislador no consideró la relevancia y finalidad de los datos tributarios, rompiendo con el deber de protección de una autoridad que pasa los datos a un tercero privado para usos distintos para los que los contribuyentes los entregaron.

Las sociedades crediticias no son los únicos privados que manejan datos tributarios. La autoridad fiscal puede autorizar a terceros habilitados para llevar a cabo las notificaciones de los actos administrativos (artículo 69 del CFF). Para las sociedades y otros autorizados, el principio de finalidad de la información debe ser un tema prioritario, precisamente porque ellos reciben datos de la hacienda que ya fueron compilados para fines recaudatorios y no podrían ser utilizados para algo más.

En todo caso, el legislador por lo menos debió haber hecho uso de buenos argumentos en el debate parlamentario para romper con este principio de la finalidad de la obtención de los datos de los contribuyentes, para que en el supuesto de alguna controversia judicial, el juzgador tenga en todo tiempo la posibilidad de analizar la motivación del acto legislativo, y en carácter de intérprete de la ley, pueda hacer un control de proporcionalidad.

En suma, los servidores públicos, como sujetos obligados al secreto fiscal, se enfrentan cotidianamente a un gran dilema “de un lado la administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pida, pero de otro, la administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso

<sup>215</sup> *Idem.*

necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente”.<sup>216</sup> Empero, a decir del régimen del secreto fiscal mexicano, los sujetos obligados al sigilo no son claros y el esquema obliga a actuar bajo márgenes excesivos de discrecionalidad. En algunos casos, el deber de resguardo recae en los servidores públicos, pero otras, debería caer en privados, que son absueltos de este deber. Lo anterior, como resultado de que a juicio de la autoridad fiscal se puede cambiar por completo tanto la obligación y sus responsabilidades, como la finalidad de los datos tributarios, y aún más, el principio de legalidad y seguridad jurídica de los contribuyentes con respecto al manejo y uso de sus datos personales.

### *3. Información que resguarda el secreto fiscal*

Es necesario comenzar por considerar que el contenido del secreto fiscal son los datos personales de los contribuyentes (personas físicas y morales), tales como nombre, razón social, domicilio particular, gastos médicos, pensión alimenticia, herencias, compra venta de casas, coches, entre otros. Pero además de estos datos, se encuentran datos contables que se reflejan en la declaración de contribuciones, tales como la base imponible, deducciones, base liquidable, además del domicilio fiscal y el Registro Federal de Contribuyentes.

En este apartado se analizan principalmente dos problemas: primero, que para el marco jurídico mexicano de la protección de datos personales, sólo se consideran como tales los de las personas físicas y no las morales. Esto plantea un inicial desafío para definir el tipo de información que resguarda el secreto fiscal; segundo, que como régimen de datos personales vigente, no existen subcategorías respecto a la vida privada de las personas, esto es, toda la

<sup>216</sup> Sainz Moreno, Fernando, *Estudios en homenaje a Jesús González Pérez*, Editorial Madrid, 1994, p. 2864, citado en Luque Rázuri, Martín, *op. cit.*, p. 159.

información de una persona, ya sea su religión o su información económica, son igualmente consideradas como confidenciales.

Ante esto, empecemos por decir que el contenido de la reserva fiscal versa sobre información que pertenece a las personas y que éstas entregan al Estado en cumplimiento de una obligación constitucional (artículo 31, fracción IV, de la CPEUM). En nuestro sistema tributario opera el principio de la autodeterminación, lo que significa que el contribuyente se autodetermina y presenta a la autoridad hacendaria, entre otra información, el entero del impuesto por pagar. Por último, conviene recordar que en todo caso la finalidad con la que fueron recabados los datos patrimoniales del contribuyente reflejados en las contribuciones, es recaudatoria. Es decir, llegan en manos de las autoridades fiscales con un único propósito constitucional, “el deber de contribuir a los gastos públicos”.

Por mandato de la LFTAIPG, esta información se incorpora a bases de datos que deben ser legítimas y públicas. Esta información contable es una parte del patrimonio de cada contribuyente que se pone a disposición del Estado para contribuir al gasto público. Es decir, lo que se pone a disposición de las autoridades fiscales es la capacidad contributiva subjetiva de los sujetos pasivos,<sup>217</sup> no así la capacidad económica de éstos.<sup>218</sup>

<sup>217</sup> Dentro de la escuela española la capacidad contributiva, Pedro Herrera explica es: “la riqueza disponible del contribuyente. Tal riqueza no se identifica con el concepto técnico de renta recogido en la legislación positiva, pero constituye su presupuesto teórico y constitucional. Parafraseando a Tipke, puede afirmarse que todos los impuestos recaen sobre la riqueza disponible del contribuyente: la que ha obtenido recientemente o la que ha acumulado en el pasado. El derecho tributario debe determinar con una o varias medidas (bases imponibles) qué porción de dicha riqueza debe detraerse en concepto de impuesto para el sostenimiento de las cargas públicas”. Herrera Molina, Pedro, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento a la luz del derecho alemán*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 198. Por su parte en la doctrina alemana Klaus Tipke ha indicado: “Todos deben pagar impuestos con arreglo al importe de su renta, en la medida en que ésta exceda del mínimo existencial y no deba utilizarse para atender obligaciones particulares de carácter ineludible”. Tipke, Klaus, *op. cit.*, p. 35.

<sup>218</sup> La capacidad económica explica de una forma magistral Tipke: “Es cierto que el ciudadano tiene capacidad económica por el importe total de su renta,

Esta obligación de contribuir está desde luego acompañada de derechos y garantías en favor del contribuyente en relación con las autoridades fiscales. En México, estos derechos se establecen en la Ley Federal de los Derechos de los Contribuyentes e incluyen el derecho a ser tratado con respeto; a conocer el estado de los procesos y trámites de los que sea parte; a que las actuaciones de la autoridad resulten lo menos onerosas para el contribuyente; el derecho a formular alegatos y ser escuchado en los trámites administrativos; el derecho a ser informado sobre sus deberes y obligaciones, entre otros (artículo 2o. de la LFDC).

Nos interesa resaltar aquí el derecho al carácter reservado de sus datos, informes o antecedentes, que de ellos o terceros relacionados conozcan los servidores públicos de la administración tributaria (artículo 2o., fracción VII de la LFDC). Este derecho del contribuyente debe, en virtud de la reciente constitucionalización del derecho de acceso a la información, convivir con la garantía individual y social que este último representa. Pues el derecho a la información (reconocido en la LFDC) se ha ampliado. Ha dejado de considerar a la persona como sujeto pasivo, convirtiéndose en una prerrogativa instrumental para la rendición de cuentas, en la que los ciudadanos son activos y cuentan con las vías jurídicas para conocer de los actos del Estado, incluidos los del fisco.

Por otra parte, dentro de la literatura, el bien jurídico de los secretos jurídicos es quizá una de las partes más difíciles de delimitar y la literatura no es unívoca, dado que el sigilo puede tener diferentes aplicaciones en contextos disímiles. En este caso, nosotros identificamos dos tipos de resguardo de la información: *i*) la

pero la renta no está disponible para el pago de los impuestos en la medida que es necesaria para la propia existencia y para la atención de deberes particulares ineludibles. Desde esta perspectiva, no hay capacidad económica impositiva. Puesto que el principio de capacidad contributiva pretende gravar de modo permanente la renta indicativa de capacidad económica sin agotarla (ni siquiera lentamente), la renta sólo puede detraerse con fines fiscales en la medida que esto no conduzca —a corto o largo plazo— al agotamiento de la renta como fuente impositiva. Tipke, Klaus, *op. cit.*, p. 35.

*confidencialidad* que protege los datos personales que permitan identificar a una persona (nombre y domicilio), y *ii*) la *reserva* que contiene los datos contables o de relevancia tributaria de los sujetos. Esta diferencia estriba en que los dos tipos de secretos obedecen a dos tipos de intereses y bienes jurídicos diferentes.

Tanto el artículo 69 del CFF como el artículo 14, fracción II de la LFTAIPG prevén la existencia del secreto fiscal, pero ninguno —separa los datos por su relevancia tributaria o categorías. El CFF y sabemos que la LFTAIPG sólo hace referencia a lo ya establecido en el CFF— incluye genéricamente a las declaraciones y “datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación”. Así pues, tomemos algunos posibles elementos que quedan fuera del bien jurídicamente protegido comparando al secreto fiscal con otros secretos jurídicos.

Para tener más referencias nos preguntamos ¿cómo se conforma el objeto del secreto industrial? El *secreto industrial* constituye un bien jurídico inmaterial con valor patrimonial y apto de ser objeto de negocios en sí mismo y su objeto es proteger las *invenciones patentables*.<sup>219</sup> Esto no significa que proteja la seguridad en que los negocios se desarrollan, sino todo aquel conocimiento sobre el bien jurídico que de revelarse pueda afectar patrimonialmente a las personas que detentan el conocimiento protegido.

El *secreto bancario*, en coincidencia con el secreto fiscal, en sustancia protege los datos económicos y patrimoniales de las personas físicas y morales. La Ley de Instituciones de Crédito que entró en vigor el 19 de julio de 1990, establece en su título sexto la regulación del secreto bancario en el artículo 117:

La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noti-

<sup>219</sup> Véase por ejemplo, Gómez Segade, José Antonio, *op. cit.*

cias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

El secreto bancario entonces protege las relaciones entre las instituciones financieras y sus clientes, donde el interés jurídico son los valores de las personas y el ambiente de confianza entre las partes. Pero, además de este interés jurídico, también la LFTAIPG lo considera como *información reservada* (artículo 14, párrafo II, de la LFTAIPG). Dicho cuerpo normativo postula otro interés, como puede ser el que pueda comprometer la seguridad nacional, pública o defensa nacional; dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona; causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia (artículo 13, fracciones I, III, IV y V de la LFTAIPG). Todos estos intereses hipotéticamente pueden llegar a ser dañados con la violación del secreto bancario y por lo tanto, son causa de reserva de la información.

Ahora bien, atendiendo al *secreto profesional*, recordemos que en el derecho penal se establece el supuesto de la “revelación del secreto” y se considera que el bien jurídico tutelado es la *libertad personal* del ciudadano para garantizar que recurra a la asistencia profesional, ya sea de un servidor público o de un privado, con la suficiente *confianza* para que su información personal sea resguardada.<sup>220</sup> Para Arroyo Soto, el secreto profesional protege la intimidad y la libertad del individuo a fin de que “no sufran más restricciones que la inevitablemente requerida por las rela-

<sup>220</sup> Islas y Magallanes, Olga, *op. cit.*, p. 39. Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 2.

ciones humanas dentro de la vida social”.<sup>221</sup> Sin embargo, para este autor el límite que marca las fronteras del secreto profesional incluyen otros elementos que pueden afectar los derechos de la personalidad. Esta tutela de la intimidad de las personas tiene un ámbito más amplio que la mera revelación de los secretos, se extiende hacia: *a)* la obtención indebida de conocimientos, y *b)* la comunicación indebida de los mismos.<sup>222</sup> Lo que significa que no basta proteger con el sigilo la información que el ciudadano proporciona al profesional, sino que también se requiere proteger el manejo y administración de esa información una vez que cae en manos de la autoridad. Si acertamos en una interpretación del autor, esta tutela sobre aquello que gira en torno a la intimidad de la persona, no forma parte del secreto profesional, pero también debe protegerse. Así que hay un interés jurídico (la vida privada de las personas) y una protección jurídica (los datos personales) en la relación individual entre particulares y profesionales.

Se ha dicho que el secreto fiscal se conforma de valores anti-téticos: por una parte, la consideración de la seguridad jurídica y el respeto a la privacidad de las negociaciones y la vida privada a través de los datos suministrada por los contribuyentes y la responsabilidad de que no sea divulgada a terceros. Por otra, la necesidad de erradicar el fraude a la ley y las situaciones de inequidad, que “inducen a sostener que el deber de reserva no puede amparar situaciones ilícitas o inmorales”.<sup>223</sup> Es claro que, por lo menos en el caso mexicano, estos valores no originan en los mismos derechos y en el bien o interés jurídico, por lo tanto, la protección jurídica en la práctica real suscita facultades diferentes.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> Arroyo Soto, Augusto, *op. cit.*, p. 22.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>223</sup> Martín, José M. y Rodríguez Use, Guillermo F., *Derecho tributario procesal*, Depalma, 1986, citado por Halperin, David Andrés, “El secreto fiscal en los procesos de integración”, *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Argentina, año 75, núm. 2, marzo-abril, 2000, pp. 18-24.

<sup>224</sup> Para establecer el interés jurídico y su protección jurídica nos basamos en el análisis de las teorías del derecho subjetivo presentado por Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2000.

Vayamos por partes. Primero: el interés jurídico en la vida privada de las personas, y sobre éste existe consenso en la literatura latinoamericana:

El secreto impositivo tiene su componente esencial, en que no todas las contingencias conocidas por el organismo recaudador están destinadas a la colectividad. De ahí que, sus miembros exijan el deber del sigilo ‘frente a la colectividad sobre contingencias que deben mantenerse secretas’. Esto es lo que nos lleva a pensar que el secreto fiscal, debe entenderse como un derecho a la intimidad, o lo que es lo mismo, el derecho de la persona a ser protegido en su vida privada, como parte del derecho constitucional de la libertad... La tutela jurisdiccional de esta legítima, que suele entrar en colisión con otros derechos, implica la protección del hombre en el *forum internum* (el mundo interior del individuo y las acciones que no se exteriorizan) y las acciones y actos personales que trascienden al exterior y que pueden ser conocidas por terceros, mientras no afecten otras garantías, el orden social y la moral pública.<sup>225</sup>

¿Qué implica entonces que el secreto fiscal tenga por objeto los derechos de la personalidad? Los derechos de la personalidad en muchas leyes donde se contemplan los derechos jurídicos están protegidos por la *confidencialidad*. Profundizando más, la doctrina considera que la persona por “razón constitucional debe estar protegida en sus atributos”, esto incluye la protección de todos los derechos que se derivan de su esencia y naturaleza humana, desde su nombre, su domicilio, hasta su patrimonio.<sup>226</sup> Concretamente, la información que la autoridad fiscal posee del contribuyente se considera información confidencial, excepto, como hemos advertido ya, la referente a su contabilidad y que es de relevancia tributaria, que nosotros consideramos como *reservada*.

<sup>225</sup> Wolfsohn, Ariel y Schuster, Carla, “El secreto fiscal: un derecho a la intimidad”, *Periódico Económico Tributario*, núm. 103, citado en Halperin, David Andrés, “El secreto fiscal en los procesos de integración”, *op. cit.*, pp. 18-24.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 4.

Ahora bien, el derecho a la vida privada le pertenece intrínsecamente a cada persona e incluye el reconocimiento del respeto a su autodeterminación o la disposición exclusiva de su persona, sus actos, comunicaciones, documentos y datos en general.<sup>227</sup> Estos datos que describen la vida de una persona en la legislación contemporánea se denominan datos personales, definidos en la LFTAIPG como datos *confidenciales*. Lo anterior, con la aclaración debida de que se trata, por lo menos en el caso mexicano, exclusivamente de personas físicas.

El alcance de los datos personales implica la obligación del servidor público de conservar la exactitud y veracidad de los datos, proveer la seguridad técnica de su tratamiento y almacenamiento, así como notificar a las autoridades de control o supervisión de datos personales. Los sujetos de la información tienen por lo tanto, el derecho de ser informados acerca del propósito de recolección de sus datos y del tratamiento que se les dará, del procedimiento para acceder a ellos, y del procedimiento para corregir, modificar o borrar los datos concernientes a su persona. Esta protección se extiende hacia las tecnologías de comunicación (Internet) y la informática (bases de datos).

Sin embargo, el derecho a la vida privada no es absoluto. En términos de Pacheco Pulido, dicho derecho “sólo puede ser afectado, siempre que se ajusten las autoridades a los mandatos y procedimientos legales, y si fundan y motivan sus resoluciones”.<sup>228</sup> Así mismo, el derecho a la protección de datos personales tampoco es absoluto, en la experiencia comparada se considera excepción al resguardo de los datos personales el acceso de otras personas a datos que no le conciernen; en este caso, el acceso se encuentra restringido y está sujeto a la autorización previa del sujeto de la información. Esta es la conformación de la información *confidencial* según se ha entendido en nuestra LFTAIPG.

<sup>227</sup> Denominado en algunas legislaciones como “derecho a la intimidad”; en Pierini, Alicia y Lorences, Valentín, *op. cit.*, p. 33.

<sup>228</sup> Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, p. 11.

En suma, los datos confidenciales son la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito personal para desarrollar su vida<sup>229</sup> y determinar libremente la intromisión de externos. La protección de un interés se funda en el derecho subjetivo, es decir, en la posibilidad del titular de ese interés de hacerlo valer frente a los demás —incluso frente al Estado— y de exigir su reparación cuando sea perjudicado.<sup>230</sup>

En no pocas ocasiones, la reserva fiscal sirve como amparo de conductas ilícitas y abusos de poder de las facultades discrecionales de la autoridad fiscal. Así, ha quedado claro que este secreto no podrá ser aludido en toda la información de la administración fiscal y de los actos que constituyen su gestión, sino exclusivamente en los datos del contribuyente. Entre este grupo de datos, sostenemos que en el resguardo, manejo e intercambio pueden ser objeto de inequidades y fraudes en el sistema fiscal y de abuso de poder.

La información de relevancia tributaria o contable deviene de una obligación de tributar. Esta obligación viene acompañada de ciertos derechos, como el de ser informados y orientados por la autoridad fiscal. Sin embargo, tanto en la LFTAIPG, el CFF y la LFDC, se excluye expresamente la reserva a aquellos datos relativos a la obligación de tributar. De incluir esta diferencia, la reserva protegería los derechos del contribuyente al buen manejo y buena administración de sus tributos; a combatir el abuso de poder y de facultades discrecionales a través de la transparencia y el acceso a la información. En este caso, el bien jurídico protegido no sería necesariamente la vida privada de las personas, porque esto excluiría de facto los datos de los contribuyentes constituidos como personas morales. Asimismo, como lo advierte la LFTAIPG, el resguardo puede fundarse en causas que puedan

<sup>229</sup> Molina Quiroga, Eduardo, “Preservación del derecho a la intimidad”, *Dañños. Globalización, Estado-Economía*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

<sup>230</sup> Arroyo Soto, Augusto, *op. cit.*, p. 28.

dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; perjudicar la recaudación de las contribuciones; poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona (artículo 13, fracciones III, IV y V de la LFTAIPG).

Entre los pocos autores que han tratado la proyección de la garantía del Hábeas Data en el derecho tributario está el argentino Rubén O. Asorey.<sup>231</sup> Su tratamiento considera que todos los datos personales derivados de la obligación legal de facilitar la información al fisco merecen el mismo tratamiento (sean contables, económicos o no), por lo que su postura apunta a que el registro público de contribuyentes puede examinarse solamente por el que tiene interés. En contraste, en México el derecho de acceso a la información es de naturaleza social, constitucional y se desarrolla en legislación especializada, y la protección de los datos personales es considerada un límite a este derecho social. Aunque coincidimos con Asorey en que la protección de los datos personales es una garantía idónea para el reconocimiento de los derechos tributarios, diferimos en que otros intereses jurídicos —más allá del sujeto de la información— entran en juego al momento de hacer o no público tal registro.

Es claro que la vida privada no es el único bien jurídico del secreto fiscal. Otras posturas afirman que el secreto fiscal también ofrece una garantía a la propiedad industrial e intelectual.<sup>232</sup> Esto es, en ciertos procesos que lleva a cabo la autoridad fiscal, como los de integración, parte de los datos que la administración pública resguarda contienen conocimientos o patentes cuya difusión podría dañar patrimonialmente a la persona. En estos casos, el secreto fiscal extiende su protección a dichos datos, en el enten-

<sup>231</sup> Hábeas Data es la forma que en Latinoamérica toma la garantía para la protección de los datos personales, su acceso y corrección. Un análisis del caso argentino y el secreto fiscal en Asorey, O. Rubén, *Protección constitucional de los contribuyentes*, España, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Marcial Pons, 2000.

<sup>232</sup> Halperin, David Andrés, *op. cit.*, pp. 18-24.

dido de que son parte de las obligaciones de contribución de la persona. Así que aquí hay una razón más para separar los datos que entrega el contribuyente a la autoridad, y no darle el mismo tratamiento al nombre y domicilio; la base imponible y las donaciones; o las patentes.

Resulta obvio que los datos personales son *confidenciales*, sobre este punto no es necesario abundar en querer dar a conocer dichos datos; sin embargo, los datos *reservados* que interesan son los contables y formales, es decir, la base imponible, las deducciones permitidas por la ley, los beneficios fiscales y la base liquidable, en específico de los impuestos, datos que son otorgados por el contribuyente por disposición legal, datos que son necesarios para la gestión y recaudación de las contribuciones, datos que derivan del deber de informar al Estado sobre las contribuciones; a esto nos hemos referido como información de relevancia tributaria.

El remanente de la información debe ser pública, ya que, por mandato de ley, la información que los causantes entregan al fisco no puede entenderse como carácter privado o confidencial, porque es precisamente la ley tributaria jurídica la que determina qué información debe proporcionar el causante. Empero, nosotros somos de la postura que los datos personales y los datos contables pueden en todo caso aparecer desagregados en el acto publicitario. Esto es exactamente lo que hace el TFF al hacer públicas sus sentencias, donde omite el nombre y domicilio del interesado, pero publica otros datos de relevancia tributaria, como el RFC, montos de contribuciones o beneficios fiscales. Sobre la desagregación de la información y las posibles vías para hacer pública la información protegida por el secreto fiscal se dedica un apartado específico en el último capítulo de este libro.

#### 4. Sanciones y daño

Es precisamente en este apartado donde se hacen más evidentes las diferencias entre los secretos de Estado, el profesional, el

bancario y la reserva fiscal. Es evidente que el tratamiento jurídico es diferente, y que en el caso del fiscal, se trata más que de un secreto, de una reserva por ley. Revisemos algunas de las consecuencias jurídicas en los diversos secretos jurídicos para analizar después a la reserva fiscal.

Desde el punto de vista de la sanción, una amplia explicación sobre la configuración del secreto profesional la ofrece Rigo Villabona: la razón por la cual se sanciona la violación del secreto profesional no es la misma razón por la cual el servidor público está obligado a guardar el sigilo. La violación al secreto se fundamenta en “la necesidad de asegurar al ciudadano la confianza en los ejercientes de ciertas profesiones”, entre ellas las del propio servidor público. En cambio, la razón de exigir al funcionario público la reserva de los secretos conocidos en el ejercicio de su función “obedece a la de asegurar el éxito de la misma función desempeñada, lo que en definitiva quiere decir asegurar el cumplimiento de los fines del Estado”.<sup>233</sup> Así, un abogado es sancionado si revela el secreto de su cliente, porque la ley penal protege los intereses del cliente en su relación con el profesional. Y en consecuencia, el abogado resguarda el secreto para poder cumplir con la función que le fue encomendada por el cliente en un ambiente de confianza.

Para Irureta Goyena la violación del secreto profesional requiere de elementos objetivos como: *a*) que se trate de una persona que ejerza una profesión habilitada (abogado, médico, servidor público); *b*) que la revelación se refiera a hechos conocidos por él, en ejercicio de la profesión; *c*) que la revelación sea susceptible de dañar a la persona a quien los hechos se refieren, y *d*) que la revelación se efectúe sin causa justificada.<sup>234</sup> Puesto

<sup>233</sup> Villabona, Rigo, “El secreto profesional como objeto de protección penal”, Barcelona, Hispano Europea, 1961, p. 157, en Islas y Magallanes, Olga, *Delito de revelación de secretos*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>234</sup> Irureta Goyena, José, “El secreto profesional”, *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año XLV, núm. 3, marzo de 1947, pp. 61-63.

que en este tipo de secreto jurídico la voluntad que crea el sigilo es del dueño, titular o perjudicado, faltando su consentimiento se puede constituir el delito. Esto significa que sin la voluntad de reserva del titular, el deber de mantenerlo no puede existir y no sería jurídicamente exigible. El delito se constituye ante la falta de voluntad del titular, o en el momento en que sus bienes son perjudicados (vida privada, patrimonio, honor).<sup>235</sup>

Para Islas y Magallanes, no existe una tipificación penal para la violación de la reserva fiscal, de la misma forma que la existe para el secreto profesional dentro del Código Penal. Ello no significa que la violación a la reserva de información tributaria carezca de sanciones penales y administrativas por la vía, principalmente, pero no exclusivamente, de dos ordenamientos: el CFF y la LFTAIPG.

En la reserva fiscal, establecida en el artículo 69 del CFF, corresponde al servidor público la sanción de uno a seis años de prisión, por la revelación en contravención a lo dispuesto por el artículo 69 de este Código de “la información que las instituciones que componen el sistema financiero hayan proporcionado a las autoridades fiscales” (artículo 114-B del CFF). No obstante lo anterior, el mismo Código establece infracciones en la materia. Figuran infracciones a funcionarios o empleados públicos las de (artículo 87 del CFF):

IV. Divulgar, hacer uso personal o indebido de la información confidencial proporcionada por terceros independientes que afecte su posición competitiva a que se refieren los artículos 46, fracción IV y 48, fracción VII de este Código.

V. Revelar a terceros, en contravención a lo dispuesto por el artículo 69 de este Código, la información que las instituciones que componen el sistema financiero hayan proporcionado a las autoridades fiscales.

<sup>235</sup> Arroyo Soto, Augusto, *op. cit.*, p. 27.

Para éstas, se sancionará con una multa de \$93,560.00 a \$124,740.00 a quien cometa las infracciones a las disposiciones fiscales a que se refiere el artículo 87 (artículo 88 del CFF).

Ahora bien, en cuanto al orden administrativo, la construcción moral del secreto profesional de los servidores públicos se refleja, por ejemplo, en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que señala: “Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión”. En particular, se sanciona la conducta de: “Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, carga o comisión, las facultades que le sean atribuidas o *la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos*” (artículo 47, fracción III de la LFRSP). Siendo consecuentes con este espíritu, la LFTAIPG acuñó una serie de causas adicionales de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, donde son consideradas como violaciones graves la infracción prevista en la fracción VII o la reincidencia en las conductas previstas en las fracciones I a VI (artículo 63 de la LFTAIPG):

I. Usar, sustraer, destruir, ocultar, inutilizar, divulgar o alterar, total o parcialmente y de manera indebida información que se encuentre bajo su custodia, a la cual tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión;

II. Actuar con negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta Ley;

III. Denegar intencionalmente información no clasificada como reservada o no considerada confidencial conforme a esta Ley;

IV. Clasificar como reservada, con dolo, información que no cumple con las características señaladas en esta Ley. La sanción sólo procederá cuando exista una resolución previa respecto del criterio de clasificación de ese tipo de información del Comité, el Instituto, o las instancias equivalentes previstas en el artículo 61;

V. Entregar información considerada como reservada o confidencial conforme a lo dispuesto por esta Ley;

VI. Entregar intencionalmente de manera incompleta información requerida en una solicitud de acceso, y

VII. No proporcionar la información cuya entrega haya sido ordenada por los órganos a que se refiere la fracción IV anterior o el Poder Judicial de la Federación.

Adicional a las sanciones penales y administrativas que corresponderían a la violación del secreto fiscal, tanto en el CFF como en la LFTAIPG, subyacen también las penas civiles derivadas del acto violatorio de la vida privada de las personas que se protege en nuestra Constitución y que podría ser motivo de daño en la revelación de datos personales.

En el régimen de protección y garantía del *secreto bancario*, el daño es una disminución involuntaria del patrimonio y puede presentarse bajo una forma de una pérdida efectiva o pérdida de ganancia. El daño en la revelación del secreto bancario debe ser cierto y no solamente eventual.<sup>236</sup>

Siguiendo la línea de análisis de Arroyo Soto, en el *secreto profesional*, la ley exige la lesión a los bienes para que la revelación se considere delictuosa, implica que se reconoce en el titular de la información el interés de que sus bienes no sean dañados. Se trata de un tipo de delito que protege contra el daño a los bienes con la función de tutelarlos en beneficio de la persona a quien correspondan, cuyo interés se reconoce.<sup>237</sup> La ausencia del consentimiento del perjudicado manifiesta la voluntad de mantenimiento del secreto establecida como opuesta a la revelación del mismo, que aunque la ley la expresa en sentido negativo, en el fondo constituye esa voluntad de no divulgación. El reconocimiento de esta voluntad del individuo en la ley, entraña la pro-

<sup>236</sup> Aubert, Murice *et al.*, *El secreto bancario suizo*, Suiza, Editorial Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 33.

<sup>237</sup> Arroyo Soto, Augusto, *op. cit.*, p. 25.

tección jurídica de la libertad, que a su vez es una protección de la vida privada.<sup>238</sup>

El equilibrio entre el derecho a los datos personales y los derechos sociales representa un desafío para la jurisprudencia; en nuestro caso, lo que se encuentra en la balanza es el derecho a la vida privada y el derecho a la información del interés general cuando se trata de hacer públicos los datos personales de cierto individuo.

En cuanto a la defensa de la publicación de datos personales sin consentimiento del individuo, en ausencia de una legislación especial que desarrolle las garantías y las sanciones jurídicas a detalle, consideramos que se aplicaría el régimen del daño moral. El CC en su artículo 1916 contempla que el daño moral consiste en “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. Este tipo de daño se repara mediante una indemnización en dinero. Las formas de resarcimiento de este daño varían según el medio utilizado para el agravio, que van desde una indemnización económica, hasta el derecho de rectificación establecido en la Ley de Imprenta. Sin embargo el artículo 1916 bis del CC establece que “no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República”.

La defensa del derecho a la vida privada en México cuenta con la vía del amparo, aunque por sus características de tramitación y requisitos resulta un proceso lento en comparación con la rapidez que la tecnología de la información habilita al responsable de los datos a cometer irregularidades. Por ello la necesidad de una reglamentación de la figura en extenso.

<sup>238</sup> *Idem.*

Por último, en cuanto a la violación de la reserva fiscal en el caso de información de personas morales, se reconoce que la vía jurisdiccional es la querrela, puesto que no se constituyen violaciones a derechos fundamentales individuales consagrados en la Constitución. Es claro que la apertura de información fiscal de las empresas directamente aludidas podría afectar negativamente su competitividad empresarial.