

EL SECRETO PROFESIONAL COMO LÍMITE A LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN FISCAL

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento del problema*. III. *La intimidad ante el sistema fiscal*. IV. *El secreto profesional frente a la administración tributaria en México*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que por una cosa u otra, por Internet o el Gran Hermano, por el pleito de una actriz o por las videocámaras, la intimidad está en boga. Ciertamente, nada hay más eficaz para elevar la cotización de una cosa que su escasez o, incluso, la probable inminencia de su fin. Ninguna especie se estima más que la amenazada de extinción; nunca se aprecia más el aire puro que cuando se ha contaminado; jamás ganó mayor prestigio la gastronomía que cuando cunde la comida basura. Con la intimidad sucede otro tanto: jamás se ha valorado con tanta intensidad como ahora; cuando parece más vulnerable y reclamada para la explotación.

No es para menos, hoy día, hablar de intimidad en un mundo repleto de información parece un contrasentido. De manera que el artículo 6o. de la Constitución federal, también parece, se ha vaciado de contenido.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando se alude a las facultades de investigación y control por parte de la administración fiscal en México, existen dos perspectivas: *a) el en-*

* Se especializa en el área temática: derecho de los periodistas, secreto profesional y cláusula de conciencia.

foque de la administración fiscal, la cual pretenderá aplicar los mecanismos jurídicos que eviten una evasión en el pago de las contribuciones, y b) la óptica del contribuyente o de terceros que procurarán la protección y privacidad de los datos personales que de él posee o puede llegar a poseer la administración tributaria, o si se prefiere, la protección jurídica del contribuyente frente al uso de sus datos personales tratados automáticamente por la administración tributaria.

Ahora bien, este trabajo se limitará a analizar someramente la segunda de las perspectivas descritas por ser atingente al tema que nos ocupa, reduciendo el estudio a la posible vulneración del secreto profesional por parte de profesionistas que tienen en su poder información privada del contribuyente y que en virtud de requerimientos de la administración tributaria pudieran darse a conocer.

Empecemos afirmando que si bien la administración tiene la función de control como fin fundamental para la verificación en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ésta se ha visto cualitativamente renovada por la incursión de la informática en el campo tributario.

Anteriormente, el control administrativo del tributo se efectuaba solamente sobre la contabilidad y sobre los documentos públicos y privados; la verificación contable o documentaria en relación con lo declarado por el contribuyente era el mecanismo de control común, es decir, el aspecto formal constituía la prueba idónea y eficiente para la liberación del contribuyente de mayores obligaciones formales, desvirtuando con ello cualquier pretensión fiscal.¹

Esto llevó a la conclusión de que había que variar sustancialmente el método de control fiscal buscando optimizar su eficiencia, apartándose de la verificación formal como único medio de control, y buscando la verificación real, a través de información de terceros distintos del contribuyente, que permitan determinar sus verdaderas obligaciones tributarias, todo ello con la importante utilización de la informática. Sin embargo, el cumplimiento de los deberes a cargo de estos terceros puede afectar seriamente el secreto profesional que éstos deben a los contribuyentes.

Este nuevo enfoque de control se apoya en la existencia de un adecuado y moderno sistema de registro de contribuyentes, de una base de datos alimentada con fuentes de información ajenas al contribuyente, tales

¹ Por supuesto que estos medios de control continúan vigentes, pero su utilización poco a poco tiende a reducirse para dar pie a una revisión informatizada.

como la obtenida de bancos, notarías, compañías de seguros, bolsa de valores, agencias de turismo, empresas de venta de vehículos, profesionales asesores del contribuyente y similares, que permita el cruce de información obtenida con la declarada por los contribuyentes.

Pero al variar el método de control, se tocaron varios hilos particulares y sociales muy sensibles, entre ellos: la intimidad y el secreto profesional. Sobre el primero, consiste en el derecho a poder disponer de los datos de información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejan los bancos de datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas y políticas, y sobre el segundo, el deber de reservar la información que el cliente le ha confiado.

La intimidad no consiste únicamente en la libertad negativa del *right of privacy* (de la legislación anglosajona), de custodiar celosamente una vida reservada, que es condición de privilegio que puede volverse insostenible en la sociedad moderna, sino que consiste también en la libertad de informarse, es decir, de ejercer un control autónomo sobre los datos propios, así como existe el derecho a proteger la propia integridad física y moral.

El derecho a la intimidad es, en efecto, una nueva forma para controlar las informaciones sobre la propia persona, es decir, el derecho del *habeas data*.

En relación con esta última expresión, Pérez Luño señala:

el *habeas data* constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática... El *habeas corpus* y el *habeas data* representan, además, dos garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, mientras el primero se circunscribe a la dimensión física y externa de la libertad; el segundo tiende a proteger prioritariamente aspectos internos de la libertad, como la intimidad.

En la vida cotidiana de la civilización tecnológica, la violación de la vida privada puede llevarse a cabo de tres formas:

- 1) De manera directa, en el plano físico, recurriendo a los nuevos instrumentos de reconocimiento óptico y acústico.
- 2) De manera también directa, en el plano psicológico, con los diversos métodos de investigación hoy disponibles para obtener de un

individuo las informaciones que no estaría dispuesto a dar por su propia iniciativa o que él suministra sin darse cuenta del significado que tienen para revelar su vida privada.

- 3) En forma indirecta, por medio del control ejercido con la recolección, la comparación (o análisis cruzado), la adición o agregación de los datos, numerosos y minuciosos, que son procesados por medio de las computadoras.

Cada individuo, fichado electrónicamente, queda de tal forma sometido a una vigilancia continua e inadvertida de actos importantes de su vida privada, como en tiempos anteriores hubiera sido imposible hacerlo por la variedad y multiplicidad de datos. La mayor parte de las informaciones que el individuo suministraba sobre sus propios actos estaba destinada a perderse o a agotarse en el acto mismo de la comunicación.

Hoy, sin embargo, la compra de un billete de avión implica el riesgo de divulgación de las fechas y los lugares de traslado, no sólo de una persona sino de todos los compañeros de viaje; y este género de control va extendiéndose ante la necesidad de recurrir a sistemas electrónicos para las reservaciones en los hoteles, para las comunicaciones telefónicas, para las operaciones de crédito bancarias y para cualquier otra clase de relaciones. El registro tributario implica un control que tiende a hacerse cada día más estrecho.

Por esta razón, el derecho a la intimidad ha adquirido, como se ha dicho, un significado nuevo e imprevisto en el momento de su primera formulación. Hoy, el derecho a la intimidad se refiere especialmente a los datos informáticos cuya existencia, extensión y circulación ha establecido una nueva dimensión de la información. Por eso, el derecho de control sobre los datos, que debe ejercerse con respecto a quien administra y maneja esta información, exige ciertas garantías de seguridad y transparencia.

Y dada la dimensión internacional del asunto, pues los datos acumulados en una base de ordenador bien pueden viajar de un lugar del mundo a otro en segundos, se hace menester que la seguridad y transparencia a la que nos referimos, también se presente en las relaciones internacionales, pues se corre el riesgo de que aun suponiendo que en México existiera una adecuada protección a la intimidad de los contribuyentes, el tránsito de estos datos a otro país desprovisto de garantías mínimas, o sea, de

países cuya legislación permite la ocultación o la violación de los datos (paraísos informáticos) haga nugatorio cualquier esfuerzo de protección que se pretendiera.

III. LA INTIMIDAD ANTE EL SISTEMA FISCAL

Siguiendo a Ruiz Jiménez podemos decir que las perspectivas o notas definitorias del ámbito que debe abarcar la intimidad son seis:

- El respeto a la conciencia de cada hombre.
- La tutela del secreto que cada hombre quiere o tenga que guardar.
- El respeto a lo que en su vida hubiera de confidencial, de privado, de hostil a la publicidad y a la propaganda.
- La inviolabilidad de los papeles personales, de la correspondencia o de cualquier imagen materializada de la vida interior.
- La inviolabilidad del hogar en cuanto sede de la vida de la comunidad familiar.
- El respeto a la libre comunicación entre seres humanos como personas.

Ahora bien, el control de los datos o la información que el contribuyente transmite o puede transmitir a la administración tributaria presenta diferentes problemas:

- 1) La administración tributaria puede exigir del contribuyente información que en sí misma resulte violatoria de su derecho a la privacidad frente a los funcionarios tributarios que conocen de la información contenida en su expediente personal.
- 2) También existe la posibilidad de potenciales vulneraciones a la privacidad por carecer, el mismo sistema normativo que obliga a recoger informes privados, de garantías suficientes que resguarden y protejan adecuadamente esa información de posibles violaciones por sujetos no autorizados.
- 3) Existe cierta información privada que el contribuyente debe dar a conocer a un tercero extraño en cumplimiento a un mandato de la autoridad administrativa o por disposición de la propia ley fiscal.
- 4) El propio cónyuge o algún otro familiar puede verse obligado a romper esa privacidad en el cumplimiento de obligaciones fiscales.

- 5) Los funcionarios tributarios están obligados al sigilo y a la reserva de la información que llegan a conocer con motivo de sus funciones públicas; sin embargo, este mecanismo no es suficiente.
- 6) La posibilidad de que la administración tributaria ceda información privada con trascendencia fiscal a otros órganos públicos o a otras administraciones públicas.
- 7) El acceso de los contribuyentes a la información que sobre ellos tenga la propia administración tributaria.
- 8) La información privada de los contribuyentes que tienen en su poder los profesionistas a quienes el contribuyente ha contratado y que podrían verse obligados a proporcionar información privada de él a la administración tributaria en cumplimiento de disposiciones normativas, puede vulnerar seriamente el secreto profesional.

Como ya se dijo, es este último inciso el que contiene el tema que nos ocupa. Tenido en cuenta lo anterior, bien cabe preguntarse: ¿cuál es el límite de las potestades fiscalizadoras de la Hacienda Pública frente al derecho-deber del secreto profesional?

IV. EL SECRETO PROFESIONAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN MÉXICO

Para responder a esta pregunta, vamos a comenzar el análisis del secreto profesional, haciendo referencia a cómo el mismo se ha venido restringiendo en nuestra normativa fiscal, en donde ha habido una tendencia legislativa a reducir su ámbito de aplicación.

Debemos comenzar señalando qué se entiende por profesional. En tal sentido, el *Diccionario* de la Real Academia Española señala que es “...la persona que ejerce una profesión”, entendiendo a su vez por profesión “el empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución”. En la doctrina no hay un concepto unívoco de lo que se debe entender por profesional. En tal sentido, Menéndez Moreno nos dice que profesional es “quien de forma independiente se dedica a prestar servicios para los que se requiere una cualificación intelectual o técnica con posibilidad de obtener la pertinente contraprestación”.²

² Menéndez Moreno, A., *El concepto jurídico-tributario de profesional*, Madrid, IEF, 1986.

En cuanto al secreto profesional, Sánchez Serrano nos dice que “...es un deber que afecta a los miembros de ciertas profesiones de no descubrir a terceros los hechos conocidos en el ejercicio de su profesión”, y continúa diciendo que “tal deber es establecido por las normas que regulan el ejercicio de las diversas profesiones”.³

Por su parte, Márquez Piñero afirma que el secreto profesional comporta el arcano o reserva en que socialmente se encuentran determinados hechos o sucesos afectantes de la intimidad privada, o negocial, de los seres humanos o de los entes colectivos, en tanto el orden jurídico impone a aquellas personas (que por razones especiales los han conocido) el deber de respetar el citado estado de arcanidad o la mencionada situación de reserva.⁴

Ahora bien, debe señalarse que el secreto profesional se encuentra muy relacionado con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar de las personas, ya que el secreto profesional persigue, en parte, la protección de la intimidad de las personas. Sin embargo, como señala Ruiz García, “...ciertamente, uno de los fundamentos del secreto profesional radica en la necesidad de proteger la intimidad personal y familiar del cliente; se trata empero de dos instituciones cuyo ámbito de aplicación no ha de coincidir necesariamente, toda vez que el secreto profesional puede referirse a hechos o datos que no forman parte de la intimidad personal o familiar”.⁵

En el mismo sentido, Santamaría Pastor afirma que el secreto profesional es una parte importante del derecho a la intimidad:

...el secreto no es un mero deber público, sino, más precisamente, una obligación específica que se inserta en una relación jurídica concreta con una persona, el cliente, y que, por ello, tiene como correlato necesario un derecho de esa persona a exigir el cumplimiento del deber de secreto; un derecho, por lo demás, de eficacia multidireccional, ejercitable no sólo ante el profesional, sino ante cualquier otra persona o poder público que pretenda su quebrantamiento; y un derecho, además, constitucional, que no es otro que el derecho general a la intimidad.

³ Sánchez Serrano, L., *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, p. 209.

⁴ Marquez Piñero, Rafael, “Secreto profesional”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1992, t. IV, p. 2876.

⁵ Ruiz García, J. R., en *Secreto bancario y hacienda pública*, p. 66.

En relación con este último comentario, debemos afirmar que el secreto profesional no se encuentra reconocido en forma expresa en la Constitución federal, pero sí en forma implícita en su artículo 5o., y en consecuencia, mucho menos podría existir en este nivel una referencia directa al secreto profesional frente al fisco. Pero incluso, tal vez no sería estrictamente necesario que este derecho constara en forma expresa en la Constitución federal, pues como nos dicen Baeza Albendea y otros, “si el secreto profesional opera como límite infranqueable a las potestades inquisitivas de la jurisdicción en el proceso penal, manifestación ésta la más grave y trascendente de la autoridad estatal, con mucho mayor razón debe actuar ante la jurisdicción tributaria”.⁶

No existiendo reconocimiento expreso del secreto profesional en la Constitución, es plenamente entendible que sea la legislación ordinaria estatal, reglamentaria de este precepto constitucional, la que se encargue de desarrollar, aun cuando sea en forma marginal, su contenido. De esa forma vemos, por ejemplo, cómo el artículo 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, establece: “Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confien por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas”.

La excepción al secreto profesional puede venir marcada en otras leyes ordinarias, según se cita en la última parte de este artículo, de manera que si alguna ley tributaria estableciese esa salvedad, a ella habría de remitirse; pero el problema surge cuando ese derecho-deber del secreto profesional coincide con derechos de mayor envergadura y con pleno reconocimiento constitucional, como pueden ser el derecho a la intimidad (fundamentalmente, artículo 16) y el derecho del Estado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones fiscales (artículo 31, fracción IV).

Es entonces cuando debemos preguntarnos: ¿cuándo un requerimiento de información por parte de la inspección vulnera o no el secreto profesional?

Por desgracia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha ofrecido alguna respuesta (no por otra razón sino porque nunca se le ha plan-

⁶ Baeza Albendea, A. et al., “Asistencia al contribuyente, secreto profesional y derecho a la intimidad en el ámbito tributario: nueva aportación (II)”, *Revista CaT (Monografías)*, núm. 82, 1988, p. 6.

teado un asunto de esta naturaleza). En otras latitudes, como en España, el Tribunal Constitucional no ha profundizado mucho en ello, pues únicamente en dos sentencias ha esbozado algún intento de este derecho. En la sentencia 110/1984 sólo se concretó a decir que esta violación se daba cuando una actuación inspectora penetra en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre profesional y cliente.

Posteriormente, en la sentencia del 2 de julio de 1991, con motivo de la revisión a un médico que se había negado a proporcionar la lista de sus clientes por respeto al secreto profesional, estableció:

...aunque la enfermedad engendre cierto sentimiento de humillación, es algo tan inevitable como comúnmente aceptado, por lo que no se comprende de que si esta indeseada contingencia llega a producirse constituya un desdoro que el nombre de una persona figure en la lista de clientes de un médico o de una clínica o institución sanatorial, ni el hecho de que esta circunstancia pueda ser conocida por la administración tributaria, siempre que sólo se le facilite la identificación indispensable y no la historia clínica, el tipo de exploraciones, el diagnóstico, el tratamiento o las intervenciones que puedan orientar sobre la naturaleza del padecimiento o desarreglo que haya motivado la actuación profesional.

Sin embargo, es indudable que la consecuencia última de este tipo de intromisiones, se reputen constitucionales o no, es erosionar el vínculo de confianza entre profesional o cliente.

Como bien lo anota Baeza Albendea: “No hay relación de confianza posible si el cliente no sabe si el profesional podrá revelar su nombre, o no; si puede revelar en términos genéricos que la relación profesional ha consistido en la preparación de un contrato en general, o que el contenido de ésta ha sido la venta de un inmueble, o a quién, o por qué precio”.

Por otro lado, hay casos en los que por su naturaleza más reservada, como los testamentos y los reconocimientos de hijos, en que el secreto del protocolo para un notario se acentúa, incluso para el propio notario, la administración fiscal debe darse por satisfecha con saber el número de actos otorgados, pero sin que pueda pretender que se le facilite la naturaleza específica de cada acto reservado ni quién fue la persona que lo otorgó en definitiva.

Un dato importante para determinar la violación o no del secreto profesional es que el profesional debe ser independiente y no mantener una relación laboral con la persona con la que mantiene correspondencia.

¿Cuándo se considera un dato o una materia objeto de secreto? Será objeto de secreto todo aquello que no podría conocerse sin la expresa voluntad del poseedor de la información que le atañe.

Debemos constatar que los deberes de información tributaria sobre terceros parece no encontrar límite por el denominado secreto profesional. Ello obedeciendo tal vez a una tendencia en el derecho comparado, así como también de lo que se desprende de la legislación y jurisprudencia extranjera,⁷ de las que nuestro país suele abreviar continuamente, que se encaminan hacia la paulatina eliminación del secreto profesional⁸ en aras de las facultades de investigación y control de la administración fiscal.

Ahora bien, en México el marco jurídico en esta disciplina viene señalado por el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, en sus fracciones II y VII, que nos indica los distintos profesionales sobre los que recae el deber de información fiscal para con la administración tributaria. Se introduce en tales fracciones la obligación que tienen los *terceros* (en los que por supuesto se incluyen las profesiones libres), los funcionarios y empleados públicos y los fedatarios de facilitar a la administración tributaria los informes y datos que posean con motivo de sus funciones o de toda clase de datos con trascendencia tributaria. Estos distintos profesionales vienen a estar constituidos por:

- 1) Los denominados profesionistas libres.
- 2) Los funcionarios y empleados públicos.
- 3) Los fedatarios públicos.

El tipo de información que cualquiera de estos profesionistas debe proporcionar a la administración fiscal tiene diferentes contenidos, que pueden ser:

- a) Datos, informes o documentos adicionales que se consideren necesarios para aclarar la información asentada en las declaraciones de

⁷ Véase, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de noviembre de 1972. En dicha sentencia se avanza en el camino de establecer límites al alcance del secreto profesional frente a las actuaciones investigadoras del fisco, en el sentido de que dicho secreto en general no es óbice para el deber de colaboración.

⁸ Entre otros, véase Pueyo Masó, J. A., “El derecho de la inspección a examinar la contabilidad de los contribuyentes”, *Revista Crónica Tributaria*, núm. 41, 1982, p. 119, nota 15.

pago provisional o definitivo, del ejercicio y complementarias, así como en los avisos de compensación correspondientes (artículo 41-A).

- b) A fin de comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales, y en su caso determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estarán facultadas para, entre otras, requerir a los terceros relacionados con los contribuyentes para que exhiban la contabilidad, así como que proporcionen los datos, otros documentos o informes que se les requieran, y recabar de los funcionarios, empleados públicos y fedatarios, los informes y datos que posean con motivo de sus funciones (artículo 42-A, fracciones II y VII).
- c) Solicitar de los terceros, datos, informes o documentos para planear y programar actos de fiscalización.

Ahora bien, en relación con cada una de las actividades sujetas al secreto profesional que ya citamos, podemos afirmar:

1) Los profesionistas libres. Dentro de éstos se incluyen todos aquellos que le prestan algún servicio profesional al contribuyente, como por ejemplo, abogados, contadores públicos, médicos, corredores de bolsa, asesores financieros, etcétera.

Nos dice Moncada Gil⁹ que en un Estado de derecho como el que rige en estos momentos, se deben establecer reglas para la convivencia civilizada de sus ciudadanos, el respeto a los demás y a su ámbito privado, lo que viene a constituir una parte fundamental para el desarrollo social. En este sentido, la exoneración de los profesionales de comunicar información no patrimonial a la administración tributaria, que atente contra el honor o la intimidad de las personas, conlleva a esa convivencia civilizada.

Sostenemos que los datos o informes que el fisco pudiera solicitar a los profesionistas relacionados con el contribuyente deberían circunscribirse, como ya se adelantó, sólo a los datos privados no patrimoniales de

⁹ Moncada Gil, Luis Humberto, *Los deberes de información tributaria sobre terceros*, tesis de grado, Universitat de Barcelona, Departament d'Economía Política, Hisenda Pública i Dret Financer i Tributari, 2002.

éste, lo que no deja de reducir sustancialmente el secreto profesional. No obstante, el que los datos privados no patrimoniales queden fuera de los deberes de información a la administración tributaria no es sino consecuencia de que la función de investigación y comprobación se debe ejercitar única y exclusivamente al servicio de la aplicación de los tributos, y no con fines ajenos a la misma.¹⁰

En este sentido, resulta muy ilustrativo para el caso mexicano la experiencia extranjera. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en su sentencia 110/1.984, del 26 de noviembre¹¹ (Aranzadi RTC 1.984/ 110), al hacer referencia al secreto profesional, en su fundamento jurídico 10, señala que “...la exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas corrientes no viola el secreto profesional... Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él...”. Viene dicha sentencia a precisar que en los requerimientos de obtención de información, dirigidas a las entidades bancarias o crediticias, los datos solicitados no violentan el secreto profesional de manera alguna.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 30 de octubre de 1996 (Aranzadi, RJ 1.996/8.608), fundamento jurídico 5, considera que no existe violación del derecho a la intimidad, así como del secreto profesional, cuando la administración tributaria lleva a cabo los respectivos requerimientos, ya que “el puro asiento o anotación en una cuenta corriente bancaria indica simplemente un cargo o abono, que responden a una salida o a una entrada de fondos”.

Es claro que los honorarios profesionales ingresados en una cuenta corriente producirán un abono en la misma, por ello la Inspección Fiscal está facultada para conocer la existencia de dicho abono, la identidad del cliente, y genéricamente el concepto o servicio profesional prestado, como por ejemplo: un asesoramiento, un dictamen, una demanda en un juicio; hasta ahí se respeta, según la doctrina jurisprudencial —sentencias del Tribunal Constitucional del 26 de noviembre de 1984 (Aranzadi, RTC

¹⁰ Clavijo Hernández, F., *Informe sobre el proyecto de ley de represión del fraude fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984, pp. 65 y 66.

¹¹ La sentencia 110/84 resolvió el asunto Garrido Falla, pues fue este ilustre jurista el recurrente. Impugnó la nulidad de una resolución de la Dirección General de la Inspección Financiera y Tributaria que autorizaba la investigación de las operaciones activas y pasivas en determinadas entidades bancarias y de crédito que este profesionista había realizado.

110/1.984) y del Tribunal Supremo del 29 julio 1983 (Aranzadi, R. J. 1.983/4.005), entre otras—, el derecho a la intimidad y el secreto profesional; en cambio, lo que no puede indagar ni conocer la Inspección de Hacienda es la cuestión jurídica sobre la que se pide el asesoramiento, o el dictamen, o las pretensiones inherentes a la demanda en juicio, es decir, se puede investigar la causa inmediata económica del abono en la cuenta bancaria, pero no la causa remota; similar interpretación y comentario cabe hacer respecto de los cargos o pagos.

Sin embargo, existen criterios como el manifestado por Baeza Albendea, Caro Cebrián M. J. y Caro Cebrián, A., al comentar el contenido del fundamento jurídico 10 de la sentencia 110/1.985, del 26 de noviembre, donde se muestran contrarios a que tales exigencias no vulneran el secreto profesional. Al respecto señalan, refiriéndose a lo manifestado por el Tribunal, que “tales afirmaciones pueden ser ciertas en algunos casos... pero nunca con carácter general... la revelación del nombre del cliente... puede constituir un atentado gravísimo a la intimidad, en ciertos casos, con consecuencias irreparables para el honor de una persona”. Agrega más adelante que “lo que la sentencia olvida es que, en ocasiones, la mera revelación de un nombre supone, por las especiales características del profesional especializado, una descripción completa de la realidad profesional, sin necesidad de más detalles”, acotando, por último, que “el secreto debe cubrir la totalidad del contenido de la relación profesional, con la sola salvedad de la cantidad percibida en concepto de honorarios, sin precisar el nombre de su pagador”.¹²

El Tribunal Constitucional español traza una regla o principio general que puede formularse así: “La administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente porque existe un sistema tributario y una actividad inspectora y comprobadora que vela por su eficacia y, en última instancia, porque lo exige el adecuado cumplimiento del artículo 31.1 de la norma fundamental, con el resultado de evitar una distribución injusta de la carga fiscal”.

¹² Baeza Albendea, A. et al., *op. cit.*, nota 6, p. 7. Sobre este punto puede verse Palao Taboada, C., “Algunas consideraciones sobre el secreto profesional...”, *op. cit.*, pp. 105 y ss.; Santamaría Pastor, J. A., “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *REDC*, núm. 15, 1985, pp. 159 y ss.; Nogueroles Peiro, N., “La actividad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Civitas REDA*, núm. 52, 1986, pp. 559 y ss.; Cabra de Luna, J. M., “Derecho a la intimidad y funciones investigadoras...”, *op. cit.*, pp. 957 y ss.

La sentencia se detiene en examinar si los datos que se piden tienen relevancia o no para la intimidad, llegando a la conclusión de que los extractos de las cuentas son sólo la causa genérica de los movimientos; sin descender a la motivación concreta de cada partida, carecen de esa relevancia.

A esta afirmación pueden formularse dos comentarios. El primero es que no es lo mismo la radiografía vital que lo que puede suponer el análisis de una cuenta corriente para un ejecutivo o profesional, que acuden al banco hasta en vehículo y que a través de sus cuentas pagan el colegio de los niños, las cuotas de los clubes o asociaciones a las que pertenecen, el arrendamiento de casas o locales, la energía eléctrica que consumen o el regalo a una amiga... etcétera, que para el pequeño empresario agrícola, que, todo lo más, usa el banco como lugar dónde guardar lo ahorrado, si es que ahorra.

Desde esta perspectiva —como lo anota Cabra de Luna— la posibilidad de análisis de las cuentas bancarias que la sentencia comentada paladianamente admite... es especialmente perjudicial para determinada clase social, pues suelen ser los ciudadanos de la burguesía los que usan las *cuentas corrientes hasta el punto que del estudio de las mismas puede resultar en efecto una biografía en números*. Creemos que no se puede admitir como verdad incontrovertible el que todos usan la cuenta bancaria de tal forma que el estudio de la misma sirva a la inspección para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos; en algunos casos así será, en otros el estudio de sus cuentas no dirá nada y en otros la simple contemplación de los datos puede afectar a su más honda intimidad.

Un claro ejemplo de esto nos lo pone Santamaría Pastor: “La revelación simplemente de los nombres de los clientes de un médico o clínica dedicados exclusivamente al tratamiento del SIDA, deducidos de la investigación de los ingresos bancarios de estos últimos, supone, de modo indiscutible, una agresión intolerable a la intimidad de aquéllos”.

En ese mismo sentido, resultará interesante dar respuesta a los siguientes cuestionamientos: conforme a los artículos 1o., párrafo 3; 6o., 20-A, fracción II, y 24 de la Constitución federal, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias; de alguna forma, ¿no será obtener una declaración por vía indirecta el querer saber de un

contribuyente cuál es el destino de una determinada suma que donó a un partido político, confesión religiosa u obras pías? Si de la documentación bancaria sólo resultase el hecho de la extracción, ¿puede el contribuyente negarse a especificar la causa o destino del importe de la misma, amparándose en el invocado precepto constitucional?, ¿hasta dónde puede considerarse no colaboración u obstrucción y hasta dónde constitucional el derecho al silencio?

El otro comentario que cabe formular respecto a la sentencia es en relación con la insistencia que se concede a las partidas pasivas para enjuiciar como correcta o no la conducta fiscal del contribuyente. Se entiende que éste debe presentar a la administración todas aquellas partidas, llamémoslas positivas, que incrementan su renta, patrimonio o capacidad de gasto, porque ellas pueden integrar la base imponible y tienen una importancia decidida sobre la cantidad a pagar a Hacienda en concepto de tributo. Pero el destino de las cantidades, no su obtención, no tiene mayor relevancia desde el punto de vista de la recaudación.

En cualquier caso, como explica Arsuaga Navasquez, el silencio acerca de determinadas partidas negativas (gastos), en todo caso, puede suponer para el contribuyente la pérdida de un determinado beneficio fiscal, al que puede renunciar si quiere, si con ello protege su intimidad. Un ejemplo lo cita Alonso González: “pensemos en la no inclusión, no precisamente infrecuente, en las declaraciones de renta, de un hijo subnormal con el efecto directo de no aminorar la cuota tributaria de pago”.

Un caso aparte, dentro de este grupo de profesionistas, es el relativo a los abogados y contadores públicos que suelen prestar servicios de asesoramiento o defensa. En nuestra opinión, el secreto debiera limitarse a los datos confidenciales obtenidos en razón de tal actividad.

En este sentido, podemos acotar que el derecho que tienen los profesionales a no revelar datos en razón del ejercicio de su actividad quedaría limitado:

- a) Por una parte, a los datos privados no patrimoniales cuya revelación atente contra el honor o a la intimidad personal y familiar de las personas.
- b) Por la otra, comprendería igualmente a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Como en el Código Fiscal de la Federación no se hace ningún señalamiento referido al secreto profesional, por tanto, como dice Palao Taboada, “la exclusión de los profesionales del deber de colaboración ha dejado de ser la regla para convertirse en la excepción. En otras palabras, dicha exclusión ya no alcanza a todo el ámbito de las relaciones entre profesional y cliente, en principio cubierto por el secreto profesional, si no tan sólo a determinados datos”.¹³

Resulta interesante analizar cómo el Tribunal Supremo de España, en sentencia del 3 de febrero de 2001 (Aranzadi, RJ 2.001/252), fundamento jurídico 6, reconoce que

Ciertamente, el artículo 111.5 de la LGT impone a la administración un doble límite que ha de observar cuando exige el deber de colaboración de los profesionales, exigiendo el respeto a los datos privados no patrimoniales que conozcan por su actividad y afecten al honor y a la intimidad de sus clientes... y el de los datos confidenciales en ejercicio de las funciones de asesoramiento y defensa, aclarando que nunca podrán ampararse en el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia citada 110/1.984, del 26 de noviembre, fundamento jurídico 9, refiriéndose al secreto profesional de los abogados, dice que

El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su artículo 24.2 dice que la ley regulará los casos en que, por razón del parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y *a fortiori*, tampoco existe el deber de declarar a la administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa.

En relación con esta sentencia del Tribunal Constitucional, Santamaría Pastor afirma que “sin duda, cuando la sentencia dice que el secreto

¹³ Palao Taboada, C., “Algunas consideraciones sobre el secreto profesional...”, *op. cit.*, p. 107.

profesional no es un derecho, sino un deber, no está pretendiendo negarle la condición de derecho... sino que es también, y ante todo, un deber". Continúa diciendo que "la oposición jurisdiccional a la revelación del contenido de una relación profesional es un derecho que corresponde tanto al profesional mismo (artículo 24.2 CE), cuanto al cliente, en orden a la defensa de su intimidad (artículo 18.1 CE)".¹⁴

Regresando al sistema jurídico mexicano, debe recordarse que el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación permite a las autoridades fiscales comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales.

Y esta memoria la apuntamos para señalar que la información que en definitiva pueden solicitar los órganos de inspección sería toda aquélla, en cuanto sirva o tenga eficacia para ese fin de manera general, pues la norma no se refiere a la comprobación e investigación de una determinada relación tributaria, sino que busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, en tanto en cuanto conduzca a la aplicación de los tributos.

Sin embargo, algo muy importante que ha de tomarse en cuenta es que la administración habrá de ajustar el requerimiento de información al principio de proporcionalidad¹⁵ que se proyecta sobre toda la actuación administrativa, limitando los extremos solicitados al fin expresado de comprobar que se ha cumplido con las disposiciones fiscales, lo que ha sido puesto de manifiesto por el Poder Judicial de la Federación en varias ocasiones al afirmar que están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas sobre las personas o domicilio, en la exigencia del deber de información y colaboración tributaria, con lo cual, la exigencia, por tanto, debe estar atemperada por lo que sea necesario para la gestión e inspección tributaria; pero que bien puede extenderse hacia el derecho general a la privacidad o intimidad, ya no sólo referido al domicilio.

¹⁴ Santamaría Pastor, J. A., "Sobre derecho a la intimidad...", *op. cit.*, nota 12, pp. 173 y 174.

¹⁵ Para Alonso González, este principio de la proporcionalidad o interdicción de los efectos excesivos por parte de la administración tributaria se ha de entender que la misma ha de "...adoptar solamente las medidas necesarias y que los fines perseguidos se consigan en las condiciones más favorables y con los menores sacrificios posibles para los sujetos pasivos" (*La reforma de la Ley General Tributaria*, p. 273).

Esa misma idea subyace en el artículo 20, fracción II, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que establece como obligación de las entidades públicas respecto a los datos personales de los ciudadanos, tratarlos sólo cuando éstos sean adecuados, pertinentes y *no excesivos* en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido.

A pesar de estas afirmaciones, es claro que en México es urgente una legislación que permita establecer el contenido del secreto profesional y sus límites externos frente a terceros, particularmente de cara a los requerimientos de las autoridades administrativas.

Podemos concluir diciendo que existe una relación directa entre el secreto profesional y el derecho a la intimidad, con lo cual, el profesional tendría no sólo el derecho sino también el deber de guardar secreto profesional; deber que se encuentra directamente relacionado con su cliente, en la medida en que éste le exige el cumplimiento del mismo como garantía de su propio derecho a la intimidad.

No obstante, al lado de la garantía señalada en la disposición anterior, se ha de tener en cuenta lo dispuesto por el Código Fiscal y la Ley del Impuesto sobre la Renta, que autorizan el conocimiento por parte de la administración tributaria de los nombres de los clientes y proveedores, lo que ha sido reconocido plenamente por la jurisprudencia.

2) El Código Fiscal de la Federación¹⁶ aplica el mismo régimen a los funcionarios públicos y a los fedatarios (notarios, corredores, registradores de la propiedad y todos aquellos que, ejerciendo funciones públicas, no perciban directamente haberes del Estado); por tanto, ninguno de ellos, en el cumplimiento de los deberes de información tributaria, pueden alegar el secreto profesional. En consecuencia, están obligados a suministrar información con trascendencia tributaria de los hechos que conozcan, no siendo viable la oposición del secreto profesional para negarse a cumplir con este deber de informar.

De esta manera, sería inútil buscar en la fracción VII del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación o en alguna otra parte del mismo, expresión alguna que permita hablar del secreto profesional como límite del deber de comunicar datos de tales funcionarios y fedatarios. Éstos son sometidos, por el contrario, al mismo régimen y límite en cuanto al

¹⁶ Artículo 42, fracción VII.

cumplimiento de tal deber que cualquier funcionario, y se les declara obligados a colaborar para suministrar toda clase de información con trascendencia tributaria de que dispongan, sin distinción alguna.

V. CONCLUSIONES

- 1) La intimidad parece haber cedido una parte importante de su contenido ante las potestades administrativas cuando se alude al secreto profesional.
- 2) Existe un escaso aprecio y respeto al secreto profesional en la legislación fiscal.
- 3) El derecho-deber del secreto profesional ha sido poco invocado en la jurisprudencia mexicana.
- 4) Hoy, el derecho a la intimidad se refiere especialmente a los datos informáticos, cuya existencia, extensión y circulación ha establecido una nueva dimensión de la información. Por eso, el derecho de control sobre los datos, que debe ejercerse con respecto a quien administra y maneja esta información, exige ciertas garantías de seguridad y transparencia.
- 5) El secreto profesional no tiene reconocimiento expreso en la Constitución federal, pero sí en forma implícita en el artículo 5o. y en la legislación ordinaria.
- 6) El secreto profesional, aunque no se reconoce en forma expresa en el Código Fiscal de la Federación, debe asumirse como límite de las facultades investigadoras y de control por parte de la administración fiscal cuando rebasan la exigencia de información meramente patrimonial del contribuyente y se insertan en datos relativos a sus circunstancias personales, familiares o profesionales.
- 7) El Código Fiscal de la Federación establece como obligación de los profesionistas el proporcionar datos o informes a la administración fiscal relativos al contribuyente con el propósito de determinar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; pero esto no es obstáculo para asumir que esta exigencia no es absoluta y debe ceder frente al secreto profesional cuando la información solicitada va más allá de los datos patrimoniales del contribuyente.

- 8) No se debe renunciar, en principio, a delimitar el ámbito de la intimidad, ni tampoco a dejar de proteger por las vías jurídicas tales parcelas.
- 9) Urge legislar en materia de secreto profesional en México, no sólo para la protección de la información en relación con requerimientos de la administración fiscal, sino frente a cualquier otra autoridad o particular a quienes se les haya confiado.