

RESEÑAS DE LIBROS

Cristiano Carvalho, *El análisis económico del derecho tributario*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2011.

El Derecho considerado una ciencia social –que a través de su normativa e instituciones jurídicas regula ontológicamente la conducta humana– posee múltiples relaciones con las diversas ciencias, a efecto de lograr el valor supremo al cual está íntimamente vinculado: la justicia.

Una de dichas ciencias con las que guarda vinculación el derecho es efectivamente la economía, la cual estudia la organización de la diversidad de recursos, a fin de satisfacer las necesidades humanas.

Como resultado de la interacción y el desarrollo de las mencionadas ciencias aparece el análisis económico del derecho, que constituye una metodología de análisis que emergió aproximadamente en la década de 1960 en Estados Unidos, cuyo objeto es aplicar la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes, y predecir qué medidas deberían ser promulgadas o adoptadas.

En esta oportunidad es plausible destacar la obra realizada por Cristiano Carvalho: *El análisis económico del derecho tributario*, con la que nos ilustra sobre la notable función que cumple el análisis económico del derecho en el ámbito impositivo y que es motivo de la presente reseña.

Uno de los precursores más importantes del análisis económico del derecho moderno es Ronald Coase¹, quien efectuó una serie de estudios en las décadas de 1930 y 1960 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el análisis económico del derecho y que explica cómo funciona el derecho en relación con los mercados y cuándo la decisión legal puede solucionar un problema y cuándo no.

El análisis económico del derecho es una metodología que posibilita, a partir de conceptos económicos, comprender fenómenos jurídicos, ya sea, desde el enfoque positivo, lo que efectivamente es, o, normativo, lo que podría ser. Es una herramienta útil no solo para los aplicadores de las normas, sino también para las ramas del poder público.

Una de sus premisas y conceptos básicos es la elección racional, que se refiere a la capacidad del ser humano, como ente pensante y racional, de tomar decisiones, las que se traducen en la maximización de su propio interés o de sus utilidades, respondiendo a incentivos entre los cuales se encuentran las normas jurídicas.

A su vez, la decisión tomada ineludiblemente –desde lo más simple, como tomar un vaso de agua, hasta lo más complejo, como la reforma de un sistema jurídico– trae como correlato un efecto: su consecuencia, sin embargo, aun cuando todos los sujetos actúan en pro de su autointerés racional, la interacción, entre tales acciones individuales, termina dando como resultado una tendencia al equilibrio.

Cabe indicar que si bien el punto más polémico del análisis económico del derecho es la dicotomía entre eficiencia y equidad; esto es, discutir si el valor-fin del derecho es la equidad o la eficiencia, es indiscutible que la eficiencia en cuanto a valor-medio resulta fundamental.

Las consecuencias que acarrearán cada elección muchas veces afectan no solo a quien tomó la decisión, sino también a terceros, lo que genera en gran medida externalidades negativas o positivas que no son internalizadas. Así, cuando las fábricas contaminan o los vehículos congestionan se producen externalidades negativas, es decir, costos a terceros. Hay también externalidades positivas en el caso de una heladería que coloca un vigilante, esto generará un beneficio al vecino porque recibe seguridad por la cual no paga. Las externalidades pueden crear ineficiencia porque hay quienes sufren costos que no generan y hay quienes ocasionan costos que no asumen. Estas personas generan más costos de los que deberían y la trasladan, lo que es una conducta ineficiente porque produce una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

En el derecho existe el análisis económico positivo, así como el normativo. El primero significa cómo el derecho “es”, esto es, su validez y vigencia, aquí y ahora; en otras palabras, alude a los efectos de la norma jurídica en el comportamiento y sus respectivos resultados (*lege data*). En tanto, el segundo se refiere a cómo el derecho debería ser, es decir, a las proposiciones de reforma (*lege ferenda*) del jurista y/o economista en el sentido de tornarla más justa o más eficiente, dependiendo del valor que se quiere obtener.

Al aplicarse el análisis económico al derecho tributario, se origina la confusión más frecuente que por error se circunscribe su método

de análisis al de un raciocinio financiero pro fisco: la “interpretación económica del hecho generador”, originada en el sistema tributario alemán del siglo XX y que, a diferencia del primero –que analiza los incentivos creados por las normas–, está orientada a los intereses del Estado, impidiendo el uso de formas jurídicas con un fin de planeamiento tributario.

Cristiano Carvalho alude a la causa y la finalidad de la existencia de los tributos, cual es el “contrato social” realizado entre los individuos que renuncian a parte de su libertad individual, constituyendo una entidad central, dotada de autoridad sobre todos: el Estado y su poder de imposición².

Económicamente, el tributo necesita ser de carácter compulsorio para que así se pueda evitar una de las anomalías provenientes de los bienes públicos, la cual es el problema del oportunista (*free rider*), que se beneficia sin haber pagado por él, como es el caso del individuo que rechaza pagar la seguridad pública a pesar de que se favorece de ella. Sin embargo, según el estereotipo económico, ello es inevitable, ya que es la decisión racional a ser tomada, al considerar que los ciudadanos tratan de maximizar sus beneficios y utilidades, siempre y cuando respondan a incentivos, siendo tal actuar racional y estratégico. Al mencionar lo estratégico, se quiere decir que el individuo actúa en el mismo contexto tomando en cuenta la actuación de otros, lo que es el postulado de la teoría de los juegos.

Al respecto, el autor cita como ejemplo la *contribución de mejora*, que es cobrada cuando existe la valorización de los inmuebles privados como consecuencia de las obras públicas, lo que, en términos de análisis económico, es una forma de internalización de las externalidades positivas, pues unos contribuyentes se benefician más que otros.

La extrafiscalidad es una figura que consiste en la utilización de los tributos como instrumentos para motivar conductas de los contribuyentes de una forma determinada, como consumir un producto en mayor o menor cantidad tomando en cuenta la elasticidad de su demanda.

Considerando que el derecho es un sistema comunicacional, formado por actos del habla, prescriptores de conducta, resulta imprescindible que tales comunicaciones sean bien desarrolladas, a fin de que despierten en sus destinatarios la comprensión de lo que la norma pretende, esto es, de los incentivos que le son dirigidos (sean fiscales

o extrafiscales), es ahí efectivamente donde opera la elección racional del sujeto (contribuyente).

Ahora bien, corresponde precisar que el que asume el costo de los beneficios fiscales –como una exoneración– obviamente no es el Estado que los concede, sino la propia sociedad, por lo que es relevante analizar si el retorno posible de un subsidio resulta mayor que su costo social.

Existe consenso entre los economistas de formación neoclásica en considerar que los tributos, aunque son necesarios, distorsionan el sistema de precios del mercado y eso ocurre al cambiar el comportamiento de los productores y consumidores, alterando así el equilibrio entre la oferta y la demanda, por lo que para que un tributo sea “óptimo” necesita cumplir cinco requisitos: 1) Base amplia de contribuyentes. 2) Reglas simples y objetivas. 3) Incidencia sobre productos y servicios de demanda inelástica. 4) Que sea justo. 5) Bajo costo administrativo.

El Estado necesita de recursos financieros para proveer servicios a sus ciudadanos, buscando a su vez la redistribución de la carga tributaria y de las rentas. Los tributos que son soportados por un gran número de contribuyentes facilitan que la carga per cápita sea relativamente baja, lo que potencialmente genera grandes ingresos para el Estado e incentiva el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

A su vez, las normas tienen que ser claras e inteligibles para sus destinatarios, reduciendo con ello la dificultad en la comprensión y el cumplimiento de la legislación fiscal, lo que acarrea los llamados *costos de conformidad*, que implican a su vez costos de transacción, los cuales son aquellos en los que las partes incurren al efectivizar una negociación.

Los tributos deben incidir sobre los productos y los servicios con demanda inelástica, evitando con ello el efecto sustitución y, por ende, la ineficiencia distributiva.

Asimismo, en la tributación deben imperar la justicia y la igualdad, y no debe olvidarse que mientras más complejo sea el sistema tributario los costos de administración serán mayores, lo que requerirá de grandes recursos que serán pagados finalmente por los contribuyentes.

Corresponde resaltar que si bien la tributación financia las actividades estatales y busca la justicia redistributiva, también lo es que potencialmente distorsiona el sistema de precios del mercado y origina costo social negativo, de allí que deba limitarse a tal punto que

no inviabilice la actividad privada, generadora de la riqueza para la sociedad.

Por otro lado, el autor se refiere a los llamados principios jurídicos, indicando que son enunciados, explícitos o implícitos, que buscan traducir en lenguaje normativo valores morales, políticos y sociales que el legislador constituyente entendió que son el núcleo duro del sistema jurídico. Los principios aluden tanto a los derechos y garantías fundamentales, principalmente los de la naturaleza negativa (libertad de expresión, libertad económica, etcétera), como a los instrumentos de lagunas y antinomias jurídicas. Un detalle importante que considera sobre el particular es que los principios no son aplicados directamente a ninguna situación, adaptándose únicamente a las reglas, que constituyen mandatos que obligan, prohíben o permiten, en tanto que aquellos sirven como fundamento axiológico y justificativo de la aplicación de las reglas.

En el campo de la tributación no es posible emplear dos valores en simultáneo, por ejemplo si, por un lado, existe la no obligación de pagar el tributo (por decisión que declara la inconstitucionalidad) y, por otro, la obligación de pagarlo (que afirma la constitucionalidad), no es probable aplicar una solución intermedia, salvo que la ley lo autorice expresamente, siendo la transacción tributaria una forma de llegar a una solución extrema; y ahí es precisamente en que el análisis económico del derecho participa, al someter a juicio una elección meramente racional.

En el contexto jurídico, cada elección del destinatario o del aplicador del derecho también puede acarrear *trade off* y consecuentes costos de oportunidad. Si el contribuyente decide pagar sus tributos o no pagarlos, tal elección se podrá dar por principios morales, así como por una valoración “costo *vs.* beneficio”, mediante el análisis de los “precios” que la sanción correspondiente le acarreará; igualmente al aplicar una regla al caso concreto a partir de principios que estén en conflicto, un juez tendrá que optar por uno de ellos y esa elección generará costo de oportunidad.

Al decidir sobre qué principio debe preponderar, el juez debe tener en cuenta las externalidades implicadas en el caso, ya que los afectados por su decisión no solo son los sujetos de derecho sino también terceros, por lo que las consecuencias de esta deben ser valoradas, siendo la teoría de la elección racional una herramienta para ello.

Aunque el núcleo duro del sistema tributario sea el “tributo”, es decir, las reglas tributarias en sentido estricto, solo estas no bastan. Para que el contribuyente pueda cumplir sus obligaciones con el fisco, también tiene que cumplir sus “deberes instrumentales y formales” como la presentación de declaraciones, así como los registros en los libros fiscales de la empresa y la emisión de comprobantes de pago. Por ello, no solo los tributos son los que generan costos para el contribuyente hasta alcanzar su capacidad contributiva, pues si bien dichos deberes significan obligaciones de hacer y de dar, los mismos son innumerables, por lo que resulta imperativo verificar si los costos para su cumplimiento vulneran el principio de no confiscatoriedad.

Según Ronald Coase: si los costos de transacción fueran nulos y las partes pudieran realizar transacciones en el sentido de compensaciones mutuas, podrán solucionar las externalidades generadas con eficiencia económica.

En el ámbito del derecho tributario, los costos de conformidad, así como las constantes sanciones políticas impuestas por el Estado, tienen el efecto de aumentar los costos de transacción, lo que afecta la iniciativa privada.

La teoría de los juegos es una probabilidad de la decisión de múltiples jugadores en la cual las elecciones de cada jugador afectan las ventajas del otro, y los jugadores consideran eso al escoger y actuar. En otras palabras, estudia la elección de la conducta óptima cuando los costes y los beneficios de cada opción no están fijados de antemano, sino que dependen de las elecciones de otros individuos. Un ejemplo muy conocido de la aplicación de esta teoría a la vida real es el “Dilema del prisionero”, el cual posee muchas implicaciones para comprender la naturaleza de la cooperación humana al analizarse los incentivos de dos presos encarcelados (cómplices) por un delito menor, para delatar al otro a la Policía y acceder así a beneficios penitenciarios, teniendo siempre en cuenta la decisión que el otro podría tomar.

En el ámbito fiscal, las aplicaciones son de las más diversas, desde la elusión hasta la evasión. En el caso de la elusión y la evasión fiscales, el contribuyente espera disfrutar de bienes públicos y de bienes privados. Los bienes públicos son brindados por el Estado a cambio del pago de tributos, y, por otro lado, los bienes privados son disfrutados por medio de los rendimientos líquidos del contribuyente, esto es, después de la tributación.

En la lógica del “Dilema del prisionero”, el autointerés racional incentiva al contribuyente a buscar, de forma lícita (elusión) o ilícita (evasión), evitar al máximo la incidencia fiscal sobre su riqueza. El resultado óptimo, según Cristiano Carvalho, se daría si todos los contribuyentes cumplieren sus obligaciones tributarias, pues: 1) Más bienes públicos serían producidos (seguridad, salud, educación, etcétera). 2) La observancia general posibilitaría la disminución de la tributación per cápita, pues habría poca deserción y la recaudación aumentaría sin que hubiese la necesidad por lo menos de aumentar tributos (teóricamente sería posible la disminución de la carga tributaria).

Finalmente, el autor menciona que una reforma que simplificase radicalmente la estructura tributaria eliminaría los beneficios fiscales y desestimularía la elusión y la evasión fiscales, por lo que se obtendría así un mejor resultado para todos, contribuyentes y Estado.

NOTAS

- 1 Además de Gary Becker, Richard Posner, Guido Calabresi, entre otros.
- 2 Ello debido a que a veces la búsqueda del interés propio del individuo, en vez de promover el interés de la sociedad como un todo, puede dañar a la sociedad: fallas de mercado, como es el caso de los bienes públicos.

Carlos Moreano Valdivia