



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**DOCTORADO EN
ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL**

TRABAJO FIN DE DOCTORADO

TEORIA APLICADA DE LA TRIBUTACIÓN ÓPTIMA

**AUTOR
DIOGO NICOLAU PÍTSICA**

**DIRECTORA
PROF. DRA. MARIA ÁNGELES GUERVÓS MAÍLLO**

SALAMANCA, ESPAÑA, 2021



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

DIOGO NICOLAU PÍTSICA

TEORIA APLICADA DE LA TRIBUTACIÓN ÓPTIMA

**DOCTORADO EN ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO
SOCIAL**

Trabajo presentado como requisito para obtener el título de **DOCTORADO EN ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL** (España), bajo la dirección y tutoría del Dra. D. **MARIA ÁNGELES GUERVÓS MAÍLLO**, Profesora Titular de Derecho Tributario de la Universidad de Salamanca.

SALAMANCA, ESPAÑA, 2021

Se lo dedico a todos los profesores que luchan por una construcción evolutiva del pensamiento.

Dedico, igualmente, a todos los alumnos por los conocimientos que posibiliten el ejercicio de contenidos introductorios, haciéndome útil en este complejo sistema de enseñanza-aprendizaje.

Vuelvo a dedicar, también, a los que no tuvieron oportunidad de estudiar.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa Sabrina, ejemplo de estudio y sabiduría, magistrada emérita y de escol, amor de mi vida y compañera de doctorado.

A nuestros hijos Vicente e Isabela, verdaderos tesoros, fuente de amor más puro y verdadero, motivación para estudiar.

A mis padres Nicolau y Vera, eternos partidários, mis paradigmas de gente solidaria y dedicada.

A la Profesora Maria Ángeles Guervós Maillo, por sus consideraciones y aportes juridico-semiologicos, mi eterna gratitud.

Al Magnífico Rector Ricardo Rivero Ortega, a la Profesora Nieves Sanz Mulas y al Profesor Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, un homenaje especial por recibirnos y acogernos en Salamanca.

A todos los que, directa o indirectamente, ayudaron en la realización de este trabajo.

RESUMEN

El valor de la ley y el ahorro siempre se ha agregado a los nuevos ingredientes de medición. No es menos importante, para muchos, el análisis económico del derecho, que no es más que otro método de análisis del derecho. A simple vista, se podría decir que los precursores del pensamiento tuvieron una mirada consistente en la aplicación de los instrumentos analíticos y empíricos de la economía en el ordenamiento jurídico. Yendo más allá, el Análisis Económico de la Ley Tributaria, que no es aceptado unánimemente, al combinar eficiencia y capacidad contributiva, vislumbra un sistema tributario óptimo. En esta línea del pensamiento, este trabajo investiga y demuestra la aplicabilidad de la Teoría de la Tributación Óptima bajo una perspectiva práctica futurista y trazada en los axiomas estructurantes de un verdadero teorema. Por lo tanto, en un primer momento, nos fijaremos en la evolución del pensamiento económico y filosófico, luego, en una segunda etapa, en rastrear, clasificar y conceptualizar elementos básicos del Discurso Económico del Derecho. Finalmente, frente al “Teorema de Coase” y la “Grandeza de Pareto”, se demostrará la aplicabilidad en temas muy importantes para la humanidad y que tendrán sus reglas tributarias revisadas en el futuro.

Palabras clave: Filosofía del derecho. Análisis de Derecho Tributario. Teoría de la tributación óptima. Discurso económico del derecho. Derecho tributario.

ABSTRACT

The value of law and economy has always been subject to new measurement ingredients. For many, Law and Economics are nothing more than a method of analyzing law. In a quick retouch, it can be said that the precursors of thought had a consistent look in the application of the analytical and empirical instruments of economics in the legal system. Going further, the economic analysis of tax law, which is not unanimously accepted, by combining efficiency and contributory capacity, envisions an optimal tax system. In this way of thinking, the analysis of this study investigates and demonstrates the applicability of the Theory of Optimal Taxation under a practical futuristic perspective and traced in the structuring axioms of a true theorem. To do so, at first, we look at the evolution of economic and philosophical thinking, then, in a second stage, to trace, classify and conceptualize basic elements of the Economic Discourse of Law. In the end, in face of the “Coase Theorem” and the “Pareto’s Greatness”, it shows the applicability in themes that are very important to humanity, which in the future will have their tax rules revised.

Keywords: Philosophy of law. Analysis of Tax Law. Optimal Taxation Theory. Economic Discourse of Law. Tax law.

RESUMO

O valor do direito e da economia desde sempre vem sendo submetido a novos ingredientes de mensuração. Para muitos, a Análise Econômica do Direito nada mais é do que um outro método de análise do direito. Em rápida pincelada, pode-se afirmar que os precursores do pensamento tiveram olhar consistente na aplicação do instrumental analítico e empírico da economia no sistema jurídico. Indo mais além, a Análise Econômica do Direito Tributário, de aceitação não unânime, ao aliar eficiência e capacidade contributiva, vislumbra um sistema tributário ótimo. Nessa linha de pensar, a análise deste trabalho investiga e demonstra a aplicabilidade da Teoria da Tributação Ótima sob uma perspectiva prática futurística e traçada nos axiomas estruturantes de um verdadeiro teorema. Para tanto, num primeiro momento, voltam-se os olhares à evolução do pensamento econômico e filosófico, para então, num segundo estágio, traçar, classificar e conceituar elementos basilares do Discurso Econômico do Direito. Ao final, frente ao “Teorema de Coase” e o “Ótimo de Pareto” demonstra-se a aplicabilidade em temas importantíssimos à humanidade, que futuramente terão suas normas de imposição tributárias revistas.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Análise do Direito Tributário. Teoria da Tributação Ótima. Discurso Econômico do Direito. Direito Tributário.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ADC	<i>Ação Declaratória de Constitucionalidade</i>
ADO	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</i>
AED	<i>Análise Econômica do Direito</i>
AED (NEI)	<i>AED Neo-institucional</i>
ADPF	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>
CD	<i>Compact Disc</i>
CF/88	<i>Constituição Federal de 1988 – Constitución Federal Brasileña de 1988</i>
CNJ	<i>Conselho Nacional de Justiça – Consejo Nacional del Poder Judicial de Brasil</i>
COFINS	<i>Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social</i>
CPC 2015	<i>Código de Processo Civil de 2015 – Código de Proceso Civil del año de 2015</i>
DVD	<i>Digital Video Disc</i>
EUA	<i>Estados Unidos da América</i>
FAO	<i>Food and Agriculture Organization of the United Nations</i>
GEE	<i>Gases de Efeito Estufa</i>
ICDR	<i>International Centre for Dispute Resolution</i>
ICMS	<i>Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação</i>
IPEA	<i>Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada</i>
IPTU	<i>Imposto Predial e Territorial Urbano</i>
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
ITR	<i>Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural</i>
MAP	<i>Mutual Agreement Procedure</i>
OECD	<i>Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos</i>
OGM	<i>Organismo Geneticamente Modificado</i>
ONU	<i>Naciones Unidas</i>
PIB	<i>Produto Interno Bruto</i>
PIS	<i>Programa de Integração Social</i>
PNUMA	<i>Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente</i>

RDH	<i>Relatório do Desenvolvimento Humano</i>
RE	<i>Recurso Extraordinário</i>
REsp	<i>Recurso Especial</i>
SMIC	<i>Salário-Mínimo Interprofissional de Crescimento</i>
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
USAL	<i>Universidad de Salamanca</i>
UE	<i>União Europeia</i>

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN GENERAL	12
2 ASENTAMIENTO ANALÍTICO DE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO Y DE LA LAW AND ECONOMICS	30
2.1. La Alvorada Clásica	30
2.1.1. Movimientos Intelectuales Socioeconómicos	48
2.2. El Utilitarismo: de Jeremy Bentham hasta Stuart Mill y Henry Sigdwick.....	75
2.3. Derecho y Moral y la Influencia de la Metafísica y de la Epistemología a través del Pragmatismo	94
2.4. Una Teoría Positiva del Derecho.....	113
2.4.1. Una cuestión de principio en Robert Alexy y Ronald Dworkin	133
2.5. Positivismo, Pragmatismo, Economía y Derecho	153
2.6. Law and Economics en Richard Posner	172
3 ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	190
3.1. Origen y la Escuela del Pensamiento	190
3.1.1. Presupuestos Teóricos	207
3.1.2. Derecho y Economía	223
3.2. El Discurso Económico del Derecho	233
3.2.1. Análisis Económico Positivo y Normativa de Derecho	252
3.2.2. Análisis Económico del Derecho en la Common Law y en los países de la línea romano-germánica.....	256
3.3. The problem of social cost en Ronal H. Coase.....	274
3.4. Normas Jurídicas de Eficiencia Económica	292
3.4.1. Interpretaciones Judiciales en la Óptica del Análisis Económico del Derecho	295
3.5. Crítica al Análisis Económico del Derecho	350
4 TEORIA APLICADA DE LA TRIBUTACIÓN ÓPTIMA	360
4.1. Formación del Estado Democrático Fiscal.....	360
4.1.1. Soberanía Estatal	390
4.1.2. Teoría sobre el Poder de Tributar y la inexorable Justicia Fiscal	399
4.1.2.1. Teorías de Imposición Tributaria	399
4.1.2.2. Teoría del Absolutismo en la Imposición.....	401
4.1.2.3. Teoría de la Causa Jurídica del Hecho Imponible.....	405

4.1.3. Necesidades de la existencia de la limitación al Poder de Tributar frente a los Límites Éticos	413
4.2. Análisis Económico del Derecho Tributario	433
4.2.1. Ética en las funciones de los Tributos.....	438
4.2.2. Derecho Tributario Comparado a la luz del Eficientísimo	447
4.2.3. Isonomía Tributaria como reflejo en el Análisis Económico del Derecho Tributario..	453
4.2.4. Tributación como coste de Transacción: un camino para la efectivación de la Justicia Fiscal.....	459
4.3. Teoría de la Tributación Óptima	466
4.3.1. Punto en la Curva de Laffer como parámetro de una Justicia Tributaria.....	482
4.3.2. Capacidad Tributaria como requisito ético a la ejecución del Análisis Económico del Derecho Tributario	492
4.3.3. Regressividad Tributaria como fracaso a la Justicia Tributaria	499
4.3.4. Incidencia de la Imposición Óptima Directa e Indirecta.....	506
4.4. Norma de Imposición Óptima y su perspectiva práctica futura para el camino al efectivo respecto a la Ética Tributaria y la Justicia Tributaria	511
4.4.1. Tributación Medioambiental.....	526
4.4.2. Tributación de las Nuevas Tecnologías	540
4.4.3. Tributario Sancionador.....	558
4.4.4. Tributación Alimentario.....	570
4.4.5. Compliance Tributario	590
4.4.6. Arbitraje Tributario	599
5 CONCLUSIÓN	617
REFERENCIAS.....	632

1 INTRODUCCIÓN GENERAL

No se puede negar la existencia de corrientes y escuelas iusnaturalistas y iuspositivistas basadas en la evolución del Estado occidental contemporáneo a partir del recorrido de sus pensadores, que tuvo una impronta inicial ubicada en la antigua Hélade, origen de la primera teoría intelectual del propio Estado. Ante esta situación, es necesario aclarar que el esfuerzo por resumir inicialmente la evolución sociopolítica de las civilizaciones hizo imprescindible centrarla en los autores y actores que pontificaron los períodos históricos con sus doctrinas y pensamientos racionalistas.

El modelo occidental también debe ser conocido por el estudio de las principales causas que lo determinaron; así como las organizaciones apolíticas y antisociales que dictan sus propias reglas bajo amenaza y terror, movidas religiosamente a través del supremo sacrificio de sus propias vidas. La cronología histórica de la humanidad registra y revela que, desde su origen clásico, la evolución del Derecho sufre una ruptura aguda con el eclipse sociológico de la Edad Media, cuya oscuridad intelectual motivó la reconstrucción de la historia y la intelectualidad, definiendo la vida y obra de sus filósofos, sus concepciones y sus aportes al estudio de la pacificación social.

De esta forma, cristalizada en el tiempo, las praxis filosóficas clásicas quedan delimitadas, luego enriquecidas por juristas romanos, por obras literarias y, principalmente, por el cristianismo, que constituyó el origen del propio Derecho oriental. Poco después, ante el feudalismo, llegaron las intrépidas cruzadas y las angustiosas inquisiciones eclesiásticas que se basaban en la supuesta necesidad de formar la unidad de la fe cristiana contra los herejes. Como Inglaterra no estuvo presente en estas persecuciones y torturas medievales, tales métodos inhumanos nunca se utilizaron en los territorios insulares de Europa, estableciendo una clara diferencia entre las condiciones legales inglesas y continentales, cuyas consecuencias dicotómicas aún existen en la actualidad. Los registros históricos apuntan a alrededor de 36.000 casos, que contienen 25.000 personas condenadas, con 1.550 condenadas a muerte. El inquisidor más famoso fue el español Tomás de Torquemada, miembro de la Orden Dominicana que perseguía herejes de Francia, Italia, Alemania, España, Hungría y Polonia. La obtención de confesiones, mediante el completo debilitamiento de las fuerzas físicas humanas, constituyó el proceso sumario de la culpa así confesada de la práctica de la herejía.

El predominio del derecho público y los pactos sociales medievalistas se centró en el absolutismo de los nuevos Estados y en ellos la inserción de publicistas, cuyos

pensamientos y obras están casi alineados biográficamente. Sólo así es posible comprender la emergencia del pandectismo romano, resucitado modernamente lejos del absolutista Atlántico y Mediterráneo, en el territorio de la antigua Prusia, en el Mar Báltico, permitiendo exaltar socioeconómicamente un nacimiento figurativo del derecho privado, totalmente desintoxicado. del derecho público, base de la fisiocracia y cuna del liberalismo. En el cuerpo social de una nación circula la riqueza económica y financiera y este fenómeno es similar a la circulación sanguínea dentro del cuerpo humano. Este orden natural no crea ni reduce nada, solo proporciona riego, y el Estado es responsable de respetar la propiedad y la libertad. Esto implica que los hombres dispongan libremente del producto de su trabajo, así como del uso de la propiedad. De la producción surge la circulación, la distribución de bienes y el libre comercio. Los fisiócratas tienen el mérito de ver los hechos sociales como un todo y detectar las leyes económicas a partir de ellos.

A fines del siglo XVIII, una corriente doctrinal agnóstica comenzó a cuestionar severamente la existencia de valores espirituales. Era un materialismo con una visión material endurecida de la naturaleza, mientras que la dialéctica proporcionó la evolución dinámica del pensamiento y la vida, siguiendo los principios estoicos apoyados por Epicuro, Demócrito, Hobbes, Descartes y Marx. Con la instalación de la 1ª Internacional en Londres y la difusión del Manifiesto del Partido Comunista de lucha contra la producción capitalista y la propia burguesía, a través de la institución de una sociedad sin clases con base comunista, se pudo entender la explotación del trabajador por parte del fabricante, cayendo sobre él todas las cárceles de la burguesía. Su lucha contra la burguesía, advirtió Marx, comenzó con la existencia misma. Como sistema de organización, el materialismo concibe la idea de una comunidad concreta de bienes, despojada de la propiedad privada y bajo la fórmula: cada uno según sus capacidades. La 2ª Internacional reunida en París, dirigida por Lenin y Rosa Luxemburg, fue receptora de un fracaso político e ideológico al intentar transformar la guerra imperialista en guerra civil; con la toma del poder mediante la concurrencia de violencia política. La 3ª Internacional fue creada en Moscú, por Stalin, sobre la base del bolchevismo, de acuerdo con las exigencias de una política exterior, en el sentido de instrumentalizar la Revolución Rusa. Posteriormente, los pensamientos de Luckács y Gramsci se destacaron en el materialismo dialéctico, buscando difícilmente reagruparse en su 4ª Internacional Revolucionaria; sin siquiera agruparlo.

Vale la pena señalar que después del renacimiento y el humanismo del siglo XV, tuvo lugar el Descubrimiento de América, que consiste en una enorme franja

continental de tierra de norte a sur del globo, pero previamente completamente desconocida y ni siquiera mencionada en el Biblia misma. También se produce la Reforma, despertando el individualismo laico y el descontento con el comportamiento de la Iglesia, dando lugar al protestantismo. Así surgió en el norte de Europa el luteranismo de Lutero, en Suiza y Francia, el calvinismo de Calvino, en Escocia el presbiterianismo de John Knox y en Inglaterra el anglicanismo. Con la Ilustración llegó la Era de la Razón y, con ella, la Revolución Industrial dando mera realidad a la conformación socioeconómica. El mundo estaba presenciando una verdadera explosión de hechos que cambió radicalmente el curso de la historia. Fue la transformación del sistema de producción familiar y artesanal en establecimientos industriales que comenzaron a utilizar modernos instrumentos tecnológicos y máquinas autopropulsadas. En cada una de las leyes de la física, se construyeron innumerables industrias, produciendo productos específicos e intelectualizados para acceder a otras cien industrias.

Con la obstrucción de la entrada del algodón indio en Europa, se comenzó a estimular su producción agrícola. Una hazaña que impulsó la producción a gran escala fue el descubrimiento del transbordador volador. Poco tiempo después vino la máquina de hacer hilo y la forma de almacenamiento en carretes. Finalmente, se descubrió la máquina de tejer movida por fuerza mecánica y este descubrimiento fue fundamental para el gran avance verificado en la industria textil. Junto a estos molinos, el hierro y el acero se convirtieron en las principales materias primas de alta gama, utilizadas como un importante medio de transporte.

Las incipientes redes de trenes urbanos, con una longitud aproximada de 30 kilómetros y construidas en diez años, aumentaron a 32 mil kilómetros en apenas 20 años. El descubrimiento del vapor reemplazó la fatigante tracción animal para el transporte ferroviario de vagones. La navegación, por tanto, fue impulsada por el uso de carbón. Todas estas innovaciones produjeron cambios profundos en el comportamiento social. El principal fue el surgimiento del proletariado y la burguesía como resultado de la fuerte migración de la población rural a los centros urbanos, que creció a un ritmo acelerado. Como resultado, el transporte de la población masiva también comenzó a utilizar los ferrocarriles construidos para flujo terrestre, superficial o subterráneo. Como ya se mencionó, el uso sistemático del motor para reemplazar la tracción animal fue masivo. En las industrias, el parque mecánico comenzó a moverse por las aguas de los ríos y también por el vapor.

Estas transformaciones económicas y sociales no fueron consecuencia del desarrollo preindustrial. Más que eso, significaron la constitución de un nuevo estándar en el pensamiento social, político, económico, legal e incluso espiritual. Los economistas marxistas llegaron a concebir tal complejidad como una interacción de nuevos factores cuya combinación produjo un efecto social completamente diferente.

Ortográficamente, el Análisis Económico del Derecho, creado por la construcción jurisprudencial europea, es una expresión léxica que materializa una reflexión analítica, aunque etimológicamente la expresión “económico” (del griego antiguo “*ikonomics*”) reflejaba la administración o gestión de activos. En inglés, se denominó “*análisis económico del derecho*” o “*derecho y economía*”.

Antes de que Aristóteles se aventurara en “Política” o Platón en “República” y “Leyes” en la Grecia clásica, Xenofonte se preocupa por la producción agrícola rudimentaria, dejando los estudios registrados en su Economía, como se ve, inclinándose hacia las obras de gestión agrícola. Más tarde, Aristóteles pasó a preocuparse por la división de la propiedad, surgiendo de ella las clases sociales y, más tarde aún, las revoluciones que buscaban la conquista del poder político. Vale la pena recordar, en esta línea de pensamiento, sobre la productividad y el consumo de riqueza, cuando Maquiavelo comenzó a enseñar que al menos el príncipe debía usarlo para maniobrar las clases entre sí. Aquí se puede decir que la política de la Baja Edad Media dio más importancia a la agricultura que al comercio de manufacturas. Con el advenimiento de la doctrina mercantilista, la agricultura fue reemplazada en su fuente de riqueza, con la industria ahora manteniendo la hegemonía. En efecto, sólo con Carlos V, rey de España, en 1516, se instauraron las represalias contra el exagerado monopolio comercial de Venecia; requiriendo la instalación de la Compañía de las Indias Orientales. En los asentamientos germánicos, el mercantilismo llegó a ser conocido con el nombre de cameralismo, extremadamente doméstico, sin mucha preocupación por las relaciones exteriores. Por el contrario, los países europeos ribereños del mar, como España, Francia, Inglaterra y Holanda, se han convertido en excelentes comerciantes internacionales, preocupados por el volumen de sus balanzas comerciales y capacidades económicas productivas.

Fue solo en el siglo XVIII, con los fisiócratas, que la escuela económica se constituyó como una disciplina autónoma de la sociología, que incluía a Proudhon y Karl Marx, artesanos del análisis económico del derecho social, junto con los católicos sociales (y no-católicos). Católicos). A diferencia de la moral social, la sociología

económica ha sentado las bases para salarios remunerativos por una jornada laboral justa. Era necesario, por tanto, que se moralizaran las necesidades para que las riquezas, siempre en un aumento evolutivo, pudieran volverse modernas, objetivo también del comunismo. Hoy en día, libros, periódicos, teléfonos móviles, dispositivos electrónicos y vehículos de motor son ejemplos actuales del progresivo crecimiento de las necesidades humanas o, por qué no decirlo, de la riqueza productiva del estado.

Mientras tanto, la relación del derecho en la economía tiene un impacto relevante, como legisladores, que pueden ser entendidos en el rol de su propio cuerpo legislativo, como es costumbre en los países de *civil law*, así como en los jueces, en los locales que el sistema legal de *common law* está vigente, gana importancia, ya que a través del análisis económico es posible identificar los impactos que su toma de decisiones provocará en el entorno económico. Mackaay y Rousseau terminan jugando con esto en su libro *Análisis Económico del Derecho*, señalando que los legisladores tienen límites en varias normas, especialmente en las fundamentales estampadas en las constituciones de los países, pero lo que se observa en el contexto fáctico es que creen que lo tienen todo.

Con este poder legislativo, los dos autores promueven un ejemplo que demuestra la intención del legislador, en comparación con el resultado alcanzado, a través de un análisis económico. El ejemplo es sobre el salario mínimo garantizado en Francia, que se llama Salario Mínimo Interprofesional para el Crecimiento (SMIC). Como explican los autores, este salario mínimo se origina en la observación de que muchos trabajadores no ganaban un salario que correspondiera a lo necesario para llevar una vida considerada digna.

La solución encontrada por el gobierno francés fue estipular el SMIC a través de una ley en la que se pudiera ayudar a los más pobres y acceder a una vida mejor.

La importancia de esta medida para el Análisis Económico del Derecho radica en el resultado de la acción del gobierno. Para los empleadores que tenían empleados que recibieron menos del mínimo fijo, terminaron despidiendo a los empleados contratados por debajo del límite establecido por el gobierno o contrataron un número menor de nuevos empleados para la función, en comparación con el pronóstico antes de la promulgación de la Ley, afectando incluso a sectores que garantizaban el sustento de algunos trabajadores.

Por tanto, se observa que a pesar de apuntar a garantizar lo mínimo para una vida digna, para algunos trabajadores los efectos fueron contrarios a las expectativas.

De hecho, los maestros Mackaay y Rousseau explican en profundidad otros efectos:

Diante da hipótese de ter mais empregados não demissíveis, e que recebem salário “muito” elevado, a empresa “marginal” corre o risco de cessar suas atividades, ou automatizá-las, contratando empregados mais qualificados e em menor número. No longo prazo, haverá menos postos de trabalho, provavelmente mais bem remunerado e para pessoas mais bem qualificadas.

Quais são as pessoas afetadas? Sobretudo jovens que ingressam no mercado de trabalho sem terem, ainda, experiência, e, em certos casos, mulheres que retornam às atividades depois de longa ausência, período em que cuidavam da família (filhos pequenos). O salário-mínimo, nesses grupos, cria desemprego e, eventualmente, os estimula a procurar trabalho não sujeito à restrição no mercado “cinza” ou “negro”.¹

A partir de ahora, es importante aclarar que los hechos narrados por los dos autores solo demuestran la estratificación social de que las mujeres son las que deben cuidar a sus hijos pequeños. Si bien en los primeros meses existe una necesidad fisiológica del bebé en relación a la madre, ya que ya no necesita la leche materna, con el transcurso de este período, la crianza debe ser compartida entre padre y madre, lo que no justifica la “larga ausencia”.

A pesar de nuestras críticas, conocemos la realidad de la estructura social desigual entre hombres y mujeres y sabemos que en la mayoría de las familias es la mujer quien acaba cuidando a los hijos, lo que, según esos dos autores, se traduce en la exclusión de la sociedad. mujeres formales del mercado laboral, junto con las más jóvenes sin experiencia.

Por tanto, en cierta medida, la adopción del SMIC acabó creando un nicho para profesionales concretos, dificultando la renovación tanto de profesionales como de ideas, además de reducir el número de trabajadores, lo que, en consecuencia, dificulta la distribución de la renta. En cambio, quienes se quedan en el mercado laboral acaban recibiendo más, según la intención inicial del SMIC.

Demostrando sus declaraciones en números, Mackaay y Rousseau afirman que:

¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2.

Para Québec, estudo dos anos 1990 concluiu que a alta de 10% no salário-mínimo levou ao aumento do desemprego, da ordem de 1,3%, entre jovens e mulheres. Numerosos estudos nos Estados Unidos de América e em outros lugares chegaram a resultados comparáveis. Observa-se, por exemplo, que no início dos anos 1950 o desemprego entre jovens, tanto negros quanto brancos, era da ordem de 10%, em comparação com 4% para o conjunto de trabalhadores. A diferença não surpreende, considerando-se que o primeiro grupo entra no mercado de trabalho sem experiência. O salário-mínimo aumentou rapidamente ao longo dos anos 1950 e, regularmente, depois. Atualmente, a taxa de desemprego é de 15% a 20% entre jovens brancos e de 35% a 45% entre jovens negros.

Um salário-mínimo muito elevado impede que esses jovens adquiram experiência ou formação prática na empresa mediante aceitação temporária de salário mais baixo, na expectativa de, em seguida, receberem salário melhor. Não é necessário insistir a respeito do efeito desmotivador do desemprego prolongado e das tensões que pode gerar. Isso é especialmente evidente ao longo dos últimos decênios nos séculos XX na comunidade negra dos Estados Unidos da América. Alguns “desistiram” de vez. Claro que esse não era o efeito que se desejaria.²

Llegan al mismo entendimiento expuesto anteriormente en este trabajo, que los grupos que se benefician de los resultados de las medidas gubernamentales son los de trabajadores “organizados”, por regla general, y mayoritariamente sindicalizados, ya que se genera un nicho profesional. con la reducción de vacantes, beneficiándose de la competencia con trabajadores menos calificados.

Mackaay y Rousseau concluyen que:

Subsequentemente, a questão do salário-mínimo se manifesta no mercado de trabalho, que se transforma em “mercado político”. Se alguns grupos ganham, e outros perdem, em razão de uma medida legislativa, trata-se de saber que tem acesso aos políticos. Não há dúvidas de que, sob esse aspecto, os sindicatos superam os desempregados não organizados, os quais sofrem o contragolpe do aumento do salário-mínimo.³

La exposición sobre el caso de los salarios mínimos pretende demostrar cómo las conductas legislativas impactan, en el contexto fáctico, las relaciones económicas y de mercado, así como que las intenciones primarias en la toma de decisiones deben considerar los resultados reflejos, de manera que, a través de un juicio de sopesando “pérdidas y ganancias”, que es la mejor medida a tomar, aun así, se puede

² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2-3.

³ *Ibid*, p. 3.

optar por la conducta que tiene más pérdidas que ganancias, en la medida en que las cuestiones éticas se diferencian de las económicas. En todo caso, es a través del Análisis Económico del Derecho que se pueden obtener o prospectar los resultados, de modo que se pueda evaluar la toma de decisiones.

Al trabajar con el *Análisis Económico Normativo*, podemos operarlo de dos maneras, la primera en lo que respecta al análisis de la propia ley, sus interpretaciones y sus impactos, siguiendo la lógica consecuencialista y pragmática; mientras que la segunda forma intenta señalar lo que *debería ser* la ley a través del análisis económico de la ley, en contraposición a lo que realmente *es*. En esta introducción cubriremos ambas formas, solo para aclarar un contexto general.

Sobre la primera forma de implementar el Análisis Económico Normativo, creemos que a menudo se encuentra junto a la hermenéutica, porque la interpretación de las partes incidirá en la relación jurídica que las involucra y, en consecuencia, en el orden económico, en mayor o menor medida.

En el artículo *Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts*, de Kirchner y Koch, esta relación está bastante aclarada. Explican que el sistema de aplicación de la AED por criterios de análisis objetivo se basa en un positivismo científico, basado en la escasez de recursos, el teorema del interés propio, el supuesto de comportamiento racional y el individualismo metodológico.

Así, Kirchner y Koch afirman que la escasez significa que para necesidades humanas ilimitadas hay servicios limitados disponibles, que se utilizan para satisfacer estas necesidades, dejando aquellos que no pueden ser satisfechos por la escasez. El individualismo metodológico presupone que a través de la elección individual, las necesidades serán satisfechas por el individuo, en el que cada uno seguirá su propio interés y elegirá qué necesidad será priorizada mediante una elección racional de costo y beneficio más favorable.

Desde esta perspectiva, los organismos de intervención estatal, ya sea por organismo regulador, por normas legales o por el poder judicial, deben guiarse cuando se guíen por las bases del Análisis Económico del Derecho. Para los autores Kirchner y Koch, la posibilidad de acción no es solo una facultad de las instituciones, sino un deber, cuando el libre mercado no puede lidiar con objetivos económicos. Así, estos Autores concluyen que “*oberstes Ziel der normativen öAR ist dabei die effiziente*

Ressourcenallokation”⁴, optimizando la asignación de recursos cuando el uso económico es más útil, consistente en maximizar la asignación. Así, concluyen que la pregunta que surge del Análisis Económico Normativo tiene como objetivo comprender los efectos de la norma jurídica vigente. De hecho, los autores resumen las ideas básicas del Análisis económico del derecho de la siguiente manera:

Als Maßstab für die Effizienz der Ressourcenverwertung benutzt die öAR das Pareto-Kriterium. Es besagt, daß ein gesamtwirtschaftlicher Zustand dann optimal ist, wenn die Position eines Individuums nicht mehr durch einen Tausch von Ressourcen verbessert werden kann, ohne daß zugleich die Position eines anderen Individuums verschlechtert wird. Das Coase- Theorem enthält die These, daß die innerhalb einer Volkswirtschaft bestehende Rechtsordnung überhaupt erst dann eine ökonomisch relevante Rolle spielt, wenn Transaktionskosten anfallen. Da eine transaktionskostenfreie Welt nicht existiert, folgt daraus die Anforderung an das Recht, diese Kosten soweit wie möglich herabzusetzen. Unter den Begriff der Property Rights fallen alle (juristischen) Handlungs-, Eigentums- und Verfügungsrechte. Sie werden in ihrer Eigenschaft als potentielle Tauschobjekte erfaßt und gewinnen damit in ökonomischer Hinsicht gleichsam die Qualität von Produktionsfaktoren. Im engen Zusammenhang damit steht das Konzept der externen Effekte, die bei der Nutzung von Property Rights auftreten können. Ein externer Effekt liegt vor, wenn der Erfolg der Ausübung eines Handlungsrechts (oder der Nutzung eines Eigentums rechts usw.) nicht oder zumindest nicht ausschließlich beim Handelnden selbst, sondern bei einem anderen Akteur - also extern - eintritt, ‘ ohne daß zwischen beiden Akteuren darüber eine Einigung vorliegt. Externe Effekte können sowohl positiv als auch negativ ausfallen. Ziel ist es, die auf die Akteure wirkenden Anreize so zu gestalten, daß die positiven externen Effekte der Nutzung eines Property Rights beim Nutzer als Gewinne und die negativen externen Effekte als Verluste internalisiert werden, um auf diese Weise den Gesamtnutzen zu maximieren (dazu statt vieler Krüsselberg 1983, 63ff.).⁵

Con base en estos elementos, se puede utilizar el análisis normativo, encontrando los resultados con los estándares estipulados.

También cabe destacar la relación entre la interpretación de la norma y sus impactos. Esto se debe a que existen reglas que no están sujetas a análisis intermedios de interpretación, por lo tanto, a través de la lectura normativa ya es posible comprender la

⁴ KIRCHNER, Christian; KOCH, Stefan. *Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts*. Opladen: O Westdeutscher Verlag, 1989. p. 117.

⁵ *Ibid*, p. 118-119.

forma de actuar impuesta en la regla y qué sanción es aplicable al caso de manera simple y directa.

De lo contrario, hay situaciones en las que este tipo de aplicación no es sencilla, con una apertura legal hermenéutica para que quien analiza pueda tomar una decisión. Las diferentes interpretaciones normativas, en estos casos, promoverán un orden jurídico diferente y tendrán un impacto diferente en el orden de los factores.

Así, se describen cuatro modos de interpretación normativa: **(i)** gramatical, en el que se busca el significado literal de las palabras **(ii)** sistemático, que busca comprender la norma dentro de un plexo normativo que involucra **(iii)** histórico, basado en y **(iv)** orientación teleológica, que busca comprender el objetivo normativo. Tales métodos interpretativos, según Kirchner y Koch, anteriormente nombrados, importan diferentes análisis y consideran diferentes contextos, que divergen entre sí.

Enfatizan que existen situaciones en las que la aplicación de los cuatro criterios descritos da como resultado interpretaciones válidas de derecho, lo que impide llegar a una decisión final. En tales casos, a menudo se recurre al resultado práctico de estas decisiones. Es en este sentido que, para esos dos autores, se debe utilizar el método económico de análisis de la norma.

La viabilidad de aplicar el Análisis Económico del Derecho, bajo este aspecto, es su propuesta. Un primer paso es el parcial, basado en la lógica y técnica del proceso de interpretación, delimitando las distintas variantes de resultados. Una vez identificadas, se excluyen aquellas interpretaciones que no estén respaldadas por las reglas de aplicación, manteniéndose las demás.

Con efecto, pasa a la segunda etapa, en la que se filtran las interpretaciones consistentes y se someten a una comparación entre ellas, explicando que el procedimiento se realiza con *“verschiedene Kriterien für die Auslegung ins Spiel und gelangt auf der Grundlage der vom Norminterpreten verwendeten Alltagstheorie zur Entscheidung”*.⁶

Es en la tercera etapa donde surge el Análisis Económico Normativo. Consiste en aglutinar las variantes consistentes a través de los costes económicos que supondrá cada una, destacando que:

Dieser dritte Schritt steht hierarchisch allerdings auf derselben Stufe wie der vorangegangene zweite Schritt, so daß grundsätzlich auch

⁶ KIRCHNER, Christian; KOCH, Stefan. **Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts**. Opladen: O Westdeutscher Verlag, 1989. p. 122.

*diejenigen konsistenten Varianten in die Analyse einzubeziehen sind, die den alltagstheoretischen common-sense-Test beim Entscheider nicht bestanden haben.*⁷

La decisión debe buscar la que logre la definición de óptimo económico, es decir, la que sea más eficiente.

Si no es posible, con este paso, identificar cuál es la mejor decisión, en términos económicos, se puede pasar a un cuarto paso, consistente en distribuir las interpretaciones en base a costos totales, comportamientos y condiciones económicas relevantes, distribuyendo la asignación entre los actores. Así, se debe comparar el statu quo ante con lo que se encuentra con la aplicación de la medida y se deben sopesar los resultados obtenidos. Cabe señalar que en esta evaluación es necesario identificar metodológicamente qué significados de los determinantes extraeconómicos deben incluirse en el análisis, explicando cuáles tendrán mayor relevancia en la ponderación, estos factores constan de una quinta etapa, según el doctrina de Kirchner y Koch.

Dado lo anterior, es posible señalar cuál es la primera forma de entender el significado del *Análisis Económico Normativa*, ya que utiliza criterios positivos y consecuencialistas de la norma en el mundo real, impactando la economía que rodea a cada tema.

Como se explicó anteriormente, esta no es la única forma de entender el significado del *Análisis Económico Normativa*, en la medida en que también puede ir más allá de las cuestiones relativas al contexto fáctico, es decir, de *estar* logrando lo que *debería ser*.

Guerreiro explica en su estudio *Una discusión democrática sobre la autonomía jurídica: El Análisis Económico del Derecho en el Estado Constitucional*, el *Análisis Económico Normativa* va más allá de la lógica consecuencialista y descriptiva de la relación entre derecho y economía, pues busca reformar el derecho con el conocimiento económico para lograr un propósito propuesto, en este caso, la adecuación a los supuestos que maximizan la riqueza, el bienestar o la utilidad agregada. Es por estas características que se nos permite afirmar que el *Análisis Económico Normativo* no solo se presta al ser, es decir, a describir cómo es realmente la relación, sino que, a partir de lo

⁷ KIRCHNER, Christian; KOCH, Stefan. *Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts*. Opladen: O Westdeutscher Verlag, 1989. p. 122

que se encuentra en el propio contexto fáctico, la transforma. en lo que me gustaría que fuera, es decir, en lo que debería ser.

A partir de los elementos presentes en la teoría del Análisis Económico del Derecho, como la eficiencia y la escasez de servicios, es posible intentar modificar los sistemas jurídico, político y social, de manera similar a lo que pensaba Jeremy Bentham, quien entendía el derecho como un instrumento reformador de la conducta social. En un sentido similar a esto, Guerreiro entiende que el propósito elegido está cubierto por una porción de subjetividad por parte del agente que tiene el poder de decidir por el objetivo deseado, ya sea sobre bases políticas, filosóficas o morales. Esta toma de decisiones, debe estar guiada por una búsqueda eficiente, cuando entonces, vinculando la subjetividad con los conceptos económicos, será posible lograr los objetivos establecidos en la realidad socioeconómica.

Insta aclarar la diferencia entre eficiencia productiva y distributiva. Eficiencia productiva, advierte Guerreiro, que es consistente en el uso de los medios de producción para bienes y servicios. Está determinada por la tecnología utilizada en la producción o el servicio, impactando los costos de producción. A su vez, la eficiencia asignativa consiste en maximizar el valor y aprovechar qué bien o servicio se encuentra en propiedad de quien le da mayor valor y mejor aprovechamiento, lo que ocurre de manera natural, siempre que se garantice la condición jurídica de la propiedad a la propiedad. propietario hay un mercado libre para realizar transacciones.

Citando a Christian Fernandes Gomes da Rosa, Guerreiro explica que el derecho, hay que recordarlo, es de fundamental importancia en la configuración de los mercados de trabajo y de capitales, ya que pueden influir en toda una realidad productiva, en la que el derecho puede hacer que el mercado asuma la mayor eficiencia. posible, así como cualquier otro ámbito de la sociedad y el derecho, de modo que incluya aquellos bienes y servicios cuyas ofertas y demandas se ven oscurecidas por relaciones de naturaleza aparentemente no económica.

Como se observa, especialmente con respecto al *Law and Economics* en el estudio de Richard Posner y Coase, con su teorema, el equilibrio ideal de la asignación eficiente de recursos se da de forma natural en las relaciones de mercado. Este contraste es importante para comprender cómo la ley podría maximizar la asignación de recursos y especialmente la riqueza.

Guerreiro explica esta oposición de la siguiente manera:

O papel do direito é fundamental para compensar as distorções da realidade face ao modelo ideal de mercado, o que diminui o custo real das transações e permite que os bens fiquem com quem mais os valorize. Os principais conceitos jurídicos aqui utilizados são a definição jurídica de propriedade (para transacionar é imprescindível saber o que é de quem), e a garantia da máxima circulação da informação. O aparato público deve garantir as transações na medida em que a sociedade está disposta a pagar por essa coerção considerando os custos de obtenção de informação, julgamento e sanção.⁸

En cuanto a los derechos de propiedad, Posner señala que (con su definición y protección) existe un incentivo para explotar los recursos de manera eficiente, explicando que:

Si cada parcela de tierra es propiedad de alguien – si hay siempre alguien que puede excluir a todos los demás del acceso a cualquier área dada –, los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otros mejoramientos. La tierra es sólo un ejemplo. El principio se aplica a todos los recursos valiosos.⁹

Para dilucidar su afirmación, Posner utiliza como ejemplo: hay varios ganaderos que poseen un pastizal en común, lo que importa, por el derecho de propiedad que ni puede negar el derecho del otro a usar el pastizal, ni cobrarse entre sí por el uso de la propiedad. El lugar es utilizado por todos para el pastoreo de vacas. Este aspecto legal (y fáctico) importa en costo para todas las partes, especialmente cuando alguna de ellas tiene la intención de agregar vacas al pasto. El problema para Posner es que “*en virtud de que ninguno de los agricultores paga por usar el pasto, ninguno tomará en cuenta este costo al decidir cuántas vacas adicionales pastarán, de modo que pastará más vacas de lo que sería eficiente*”.¹⁰

Este autor estadounidense cree que existe una solución a esta situación, ya que el problema terminaría:

Se una persona fuera propietaria del pasto y cobrara a cada agricultor por su uso e conclui que el cobro a cada agricultor que éste impone a los otros agricultores a pastar vacas adicionales, porque ese costo

⁸ DA ROSA *apud* GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a Análise Econômica do Direito no Estado Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [s.l.], n. 2, p. 122-151, 2010. p. 140.

⁹ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 69.

¹⁰ *Ibid*, p. 69.

*reduce el valor del pasto para los demás agricultores y, por lo tanto, el precio que está dispuestos a pagar al propietario por el derecho de pastar.*¹¹

Pero, a pesar de considerar la importancia de los derechos de propiedad en la asignación de recursos, calificándolos de necesarios, Posner cree que la creación de la propiedad individual por sí sola no es suficiente para el uso eficiente de los recursos, ya que también debería ser transferible. Con otro ejemplo, explica que es posible que un terrateniente sea un agricultor pobre, pero que la tierra sea extremadamente productiva en posesión de un tercero. Así, *“la eficiencia requiere un mecanismo por el que pueda trabajarla más productivamente. Un derecho de propiedad transferible es tal mecanismo”*.¹²

Como reconoce Posner, tal análisis no considera un elemento importante para el Análisis Económico de la Propiedad: los costos de un sistema de derechos de propiedad, tanto lo obvio como lo sutil. Este elemento impacta en maximizar la utilidad de los derechos de propiedad. En otro ejemplo categórico explica su posición:

*Un ejemplo ilustrará un costo sutil de la exclusividad. Supongamos que nuestro agricultor estima que puede criar un cerdo con un valor de mercado de 100 dólares a un costo de sólo 50 dólares por concepto de mano de obra y materiales, para una ganancia de 50 dólares, y que ningún otro uso de la tierra le daría un valor neto mayor: em el siguiente uso mejor, su ingreso derivado de la tierra sería sólo de 20 dólares. El agricultor deseará criar el cerdo. Pero supongamos ahora que su derecho de propiedad está restringido em dos sentidos. No tiene derecho a imedir que la máquina de un ferrcarril adyacente emita accidentalmente chispas que podrían incendiar la pocilga del cerdo, matando a éste prematuramente; y un tribunal podría decidir que crianza de un cerdo em términos desventajosos [...] antes de tempo. Em vista de estas contingencias, el agricultor debe reevaluar el rendimiento de su tierra. Debe descontar los 100 dólares para reflejar la probabilidad de que el rendimiento sea mucho menor, quizá cero. Supongamos que, después de este descuento, el ingreso esperado de la crianza del cierto [...] es de sólo 60 dólares. El agricultor no criará al cerdo. La ganancia esperada de crianza del cerdo es ahora sólo de 10 dólares (los costos del agricultor ascienden a 50 dólares). Dijimos que el mejor uso siguiente daría una ganancia de 20 dólares. El agricultor daría ese uso a la tierra, aunque sea menos valioso (20 dólares contra 50 dólares), de modo que bajaría el valor de la tierra.*¹³

¹¹ POSNER. Richard. *Para além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 69-70.

¹² Ibid, p. 70.

¹³ Ibid, p. 71.

De esta forma, Posner delimita que la existencia del instituto jurídico de la propiedad individual -entendida como aquella en la que el propietario es dueño del todo, aunque haya más de un propietario- y que sea transferible es importante para maximizar su eficiencia, pero que deberán ser considerados los costos que conlleve el ejercicio de este derecho.

Delimitada la importancia de definir el instituto de la propiedad y la economía que implica su delimitación, Guerreiro, aun así, apoyándose en el Análisis Económico Normativo, aclara cómo debe producirse la intervención estatal, en los siguientes términos:

Contudo, a intervenção estatal se limita a garantir o ambiente mais equilibrado possível, nas razões particulares, cada indivíduo é o melhor conhecedor do seu interesse. Na falta de incentivos suficientes para que algum particular se interesse pelo bem, o Estado toma sua tutela para si e garante que as normas em relação a ele sejam cumpridas, tornando-o bem público.¹⁴

Con este pensamiento, las enseñanzas económicas se orientan hacia los gobiernos de cada localidad para promover incentivos para que alcance la máxima utilidad en las relaciones sociales. También es posible observar que el pensamiento económico implica la aplicación del Análisis Económico del Derecho y cómo *debe ser*, basado en la libertad económica, con los intereses individuales convergiendo hacia la maximización de los recursos y su mejor aprovechamiento, como ya entendía Adam Smith.

Dicho esto, este intento de incentivar a los gobiernos a actuar de una determinada manera, o de otra, mira más allá de los estudios positivistas de los temas a través del sesgo económico, pero, más allá, busca reformas y modificaciones de la estructura estatal, especialmente la jurídica, cuando está bajo el análisis del Análisis Económico del Derecho, en la medida en que esta característica está marcada por lo que *deben ser* las estructuras sociales, incluida la jurídica, basadas en la maximización de la utilidad.

Cabe señalar que el Análisis Económico del Derecho no pretende realizar estudios basados en lo que debería ser, por el contrario, su sesgo se dirige hacia lo que realmente es. Así, los costos de una redistribución, por ejemplo, son su objeto, en palabras

¹⁴ POSNER. Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010, p. 69.

de Guerreiro “no se puede sugerir en base a criterios morales o políticos no económicos”¹⁵. Los resultados logrados a través del Análisis Económico del Derecho terminan siendo utilizados como instrumento de reforma por políticos, sociólogos o por quienes tienen el poder de reformar, a partir de ese momento se hace uso del Análisis Económico del Derecho como un instrumento, en el que el estudio se centra en lo que debería ser, objeto de Análisis Económico Normativo.

Por tanto, la pretensión del Análisis Económico del Derecho es más descriptiva, Christian Fernandes Gomes da Rosa, promoviendo un análisis positivista de lo que ejerce una escuela de análisis cualitativo sobre el sistema distributivo, refleja en lo posible la absorción de los resultados encontrados.

Aun así, el Análisis Económico permite impulsar medidas basadas en el pragmatismo de la eficiencia, en las que la maximización de la utilidad *debe ser* lo más eficiente, a través de un pragmatismo muy evidente, lo que lleva a la crítica de la AED en su concepción amplia.

Guerreiro demuestra en profundidad el choque provocado entre críticos de esta teoría, como Dworkin, en el que se cuestiona la moral y la ética de la misma, presentando también los argumentos de Posner, destacando el Autor que “el propósito de cualquiera de los pensamientos, tanto de derecho como de desde la maximización, es obtener lo mejor posible para la sociedad, lo que los aleja son los medios”.¹⁶

Posner también aclara la diferenciación entre su ciencia y la del utilitarismo, ya que “la maximización de la riqueza es una ética de la productividad y la cooperación social -para tener derechos sobre los bienes y servicios de la sociedad, debe poder ofrecer algo que la gente valora- mientras que el utilitarismo es un ética egoísta y antisocial”.¹⁷

Ante este marco analítico, el eminente maestro de derecho mercantil, coordinador del curso de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, profesor Javier W. Ibáñez Jiménez, en su libro *Análise Econômica do Direito*, ha aplicado énfasis en esta cuestión:

¹⁵ GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a Análise Econômica do Direito no Estado Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [s.l.], n. 2, p. 122-151, 2010. p. 141.

¹⁶ Ibid, p. 145.

¹⁷ POSNER *apud* GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a Análise Econômica do Direito no Estado Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [s.l.], n. 2, p. 122-151, 2010. p. 146.

A AED se caracteriza pelo seu posicionamento metodológico na linha do utilitarismo aplicado à ciência econômica e, sem dúvida, guarda paralelismo com a orientação positivista em sua pretensão de neutralidade ideológica ou valorativa em seus aspectos sociais na redistribuição da riqueza. Essa pretensão se desvirtua onde o legislador preassume conceitos metajurídicos que condicionam a seleção normativa na realização da AED como mero palanque de apoio aos seus pressupostos de política jurídica.¹⁸

Esta multidisciplinariaidad entre economía y derecho a la que se enfrenta la AED está ganando cada vez más protagonismo en la estructuración y especialmente en la financiación estatal. Desde al menos 4000 a.C., el gobierno ha estado al tanto de la recaudación de impuestos, y no es exagerado decir que, desde entonces, se ha buscado el equilibrio, o mejor dicho, la forma más perfecta de financiamiento para el estado por parte del productor. de riqueza que, al mismo tiempo, permiten el ejercicio de la libre empresa y, por otro lado, proporcionan los medios para financiar la organización estatal.

En este sentido, de las lecciones de Posner se extraen elementos empíricos que, a su juicio, deben ser analizados a la hora de instituir impuestos con el fin de tener el menor impacto posible en la economía y en la producción de riqueza, además de cumplir con la isonomía, y así, que este impuesto tiene el menor impacto posible en la regulación de la demanda, por lo que no es el factor de desequilibrio entre oferta y demanda y que, finalmente, tiene un bajo costo administrativo (para el contribuyente y el estado).

Estos son los requisitos para que, en la lectura de Posner, se reconozca conceptualmente que el homenaje tiene un nivel óptimo.

Llevándolo al día de hoy, la velocidad del cambio en las relaciones laborales y sociales impone a los estados también cambios dinámicos en sus sistemas de gobierno y, por lo tanto, en las formas de intervención, todos reflejando el costo. Asimismo, las nuevas economías y los cambios dinámicos en los modos de producción de riqueza traen consigo cambios relevantes en el flujo de riqueza.

En otras palabras, tanto el estado se enfrenta a diario a intervenir en nuevos problemas, como las formas ordinarias de impuestos a menudo pierden sentido. Por lo

¹⁸ JIMÉNEZ, Javier W. Ibáñez. **Análisis Económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011. p. 217.

tanto, gran parte de la estructura legal que se estableció hasta entonces ya no es útil y necesita ser actualizada a través de nuevos modelos.

Es, entonces, a partir de este marco teórico existente, el presente trabajo se dedica a profundizar los lineamientos para la formación de la norma jurídico-tributaria, a la luz de la AED, para el desarrollo de nuevas formas de tributación, o bien, yendo además, en los criterios y métodos de formateo del tributo ideal, aquel que Posner definió como de nivel óptimo, en la actualidad y ante los nuevos métodos de producción y trabajo.

De hecho, además de la relectura del trabajo de Posner, es sumamente importante conceptualizar y decir que, de la misma forma, Adam Smith ya se había posicionado en abogar por una imposición fiscal capaz de cumplir con el principio de proporcionalidad, equidad. y la neutralidad misma.

No es exagerado decir que, de hecho, lo que propone la Teoría del Impuesto Óptimo es, por regla general, un “Teorema” capaz de estructurar un sistema tributario iniciado en un concepto primitivo, que desemboca en una conclusión evidente de estos conceptos tomados como axiomas. Esta vez, del conjunto de axiomas derivan definiciones, estas luego más elaboradas y que hacen emerger el “Teorema”. Empírico, bastante cierto, pero este trabajo busca demostrar su aplicación, a través del último capítulo, más precisamente al desnudar la norma de imposición óptima desde su perspectiva práctico-futuro, aplicando la ética tributaria y haciendo cumplir la justicia tributaria deseada.

2 ASENTAMIENTO ANALÍTICO DE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO Y DE LA LAW AND ECONOMICS

2.1. La Alvorada Clásica

Para profundizar en cualquier estudio y aproximación al derecho, es importante realizar una breve aproximación histórica que permita al lector comprender cómo se construyeron en la historia los elementos que se desarrollarán en una determinada obra, hasta culminar con los aspectos que actualmente involucran un tema dado. Por tanto, entendemos que para comprender el hoy es necesario conocer el pasado.

En este sentido, cuando se pretende realizar un trabajo de doctorado cuya temática involucra el tema jurídico, aunque esté relacionado con la economía, el punto de partida del abordaje histórico debe ser la Grecia antigua.

La antigua Grecia es considerada la cuna de la filosofía. Fue aquí donde vivieron y estudiaron autores como Sócrates, Platón y Aristóteles, cuyos nombres son recordados y sus enseñanzas estudiadas hasta hoy, siglos después de su muerte.

En el período prehomérico, anterior al siglo XVI aC, en las regiones cercanas a la península balcánica vivían varias familias que llevaban consigo una fuerte tradición religiosa.¹⁹ Serían las que, en el futuro, darían lugar al pueblo griego, formando las ciudades, llamadas *pólis*. Estas familias tenían sus propias creencias y costumbres, en las que cada uno adoraba a sus propios dioses, que comúnmente representaban elementos de la naturaleza, como el sol y el mar. Si bien la religión de este pueblo se caracteriza por la creencia en varios dioses, por lo tanto, politeísta, las distintas familias eligieron a uno de los dioses para alabarlo con mayor determinación.

En ese momento histórico, los dioses eran populares y conocidos en toda la región, pero aún no había uniformidad religiosa y, por lo tanto, las familias podían atribuir diferentes características e historias a un mismo Dios, proveniente del núcleo familiar.

Coulanges informa que, con el tiempo, la religión unió a las diferentes familias, formando las *fratrias*, que eran pequeños grupos que se reunían por la identidad cultural y celebraban a sus dioses a través del culto. Estructuralmente, las fratrias estaban

¹⁹ DE COULANGES, Fustel. **La ciudad antigua**: estudio sobre el culto, el Derecho y las instituciones de la Grecia e de Roma. Madrid: Imprenta y Fundacion M. Tello, 1876. p. 148.

compuestas por un jefe, llamado *fratriarca*, que ejercía la función de presidir los sacrificios a los dioses y formaba asambleas en las que se redactaban decretos determinando las reglas a seguir por sus miembros, así como la delimitación de justicia, del gobierno y la organización de sus tribunales.

Las *fratarías* no se convirtieron en nuevas familias debido a la cultura inhibidora de crear nuevas familias. Con este aspecto, basado en el avance de las relaciones sociales, el mejoramiento de la organización de esos pueblos fue un resultado ineludible, ya que cada vez más personas se reunieron para satisfacer intereses comunes.

De esta forma, surgió una segunda forma de organización: el *tribus*. Las *tribus* estaban formadas por las diversas *fratarías*, pero ejercían sus funciones de manera idéntica, especialmente en lo que se refiere a la regulación de las costumbres y organización política, manteniendo el predominio del culto a los dioses. Las orientaciones del *tribus* no fueron tomadas por todos sus miembros, sino que se originaron a partir de la decisión de los distintos *fratriarcas*, elegidos por cada *frataría*, y, al final, las reglas establecidas debían ser seguidas por todos.

A través del desarrollo natural de las relaciones sociales, agrega Coulanges, las diversas *tribus* fueron autorizadas a unirse con otras, convirtiéndose en una sola, siempre que existiera el respeto mutuo por las culturas de cada uno. Con esta disciplina se formó la primera *pólis* griega, en la que la cultura religiosa y el culto a los dioses se arraigaron en la población. Su constitución, por tanto, se llevó a cabo lentamente, a través de la libre asociación de pueblos, formando diversas federaciones.

Fue precisamente a través de este desarrollo histórico y social que se produjo la formación de algunas de las famosas *pólis* griegas, especialmente Atenas, que se estructuró políticamente a través de la democracia, basada en la participación conjunta de los distintos grupos sociales que la integraron a lo largo de los años.

En la *pólis* se intensificó el culto a las deidades, los espacios religiosos destinados a las deidades se esparcieron por todos los lugares, donde se realizaban banquetes públicos para celebrarlos. Los banquetes comenzaban y terminaban con oraciones y su propósito era mantener la salud y el bienestar de la ciudad, porque la vida pública y el destino de la *pólis* siempre se analizaba a través del sesgo de la intervención divina. Los rasgos de los dioses podían ser beneficiosos o perjudiciales para la ciudad, dependiendo de cómo interpretaran y analizaran la conducta humana en la *pólis*. Los griegos delimitaban si los dioses aprobaban o no los caminos recorridos por la *pólis*, y todos los fenómenos observables, que consideraban inexplicables o naturales, como, por

ejemplo, la erupción de volcanes, tormentas o eclipses, encontraron justificación en los poderes divinos.

Lo que se observó en esa sociedad, registra Fustel de Coulanges, fue que los hechos no susceptibles de comprensión racional, en ese momento, estaban inmediatamente vinculados al origen divino, conteniendo en él toda la justificación de los fenómenos. En algunas situaciones, sin embargo, esta atribución explicativa, a través de los dioses, llegó incluso a factores que podrían ser justificados por elecciones humanas, como las cosechas y el resultado de guerras. Por lo tanto, las ciudades-estado griegas estaban sujetas a la religión a través de un vínculo único, de tal manera que el colapso de tales concepciones podría derribar las bases sociales y todo el sistema político.

Ante esta situación histórica, algunos filósofos, llamados sofistas, surgieron durante el siglo V a.C., inaugurando una nueva forma de analizar los hechos, separándolos de las deidades a los elementos de la naturaleza. Entre ellos estaba Tales de Mileto, quien eligió la ciudad de Atenas para difundir sus pensamientos debido al sistema democrático establecido. Aunque muy restringida a la entrada de inmigrantes, Atenas no les negó la entrada, ya que su sistema mercantil estaba demasiado desarrollado, especialmente el marítimo, y llegaba a personas de diferentes culturas. Además, este desarrollo del mercado hizo que las ideas sofistas respondieran a las necesidades de la época, lo que convirtió a la *pólis* en un terreno fértil para la expansión del sofisma.

A mediados del siglo V a. C., los conflictos entre la religión, sustentada por la fuerte aristocracia griega, y la filosofía sofística, fueron el punto de partida para la desestructuración del sistema político griego. Con el inicio del análisis del hombre como medida de todas las cosas, y ya no de las deidades, Protágoras alentó la intensificación de las relaciones en Atenas, sobre todo cuando defendió que se debe juzgar el valor máximo de cualquier religión por aportar mayor beneficio y beneficio. utilidad para satisfacer las necesidades de las personas en el mundo terrenal. A medida que avanzaba el debate, sofistas como Pitágoras y Critias llegaron a cuestionar la existencia de los dioses.

La propuesta de analizar las cosas a través de la naturaleza y el hombre, añade Richard Tarnas²⁰, a los sofistas no les preocupaba la enseñanza basada en la moral, en la medida en que eran incrédulos en ella. Por ello, enseñaron a sus alumnos a exponer

²⁰ TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 45.

su razonamiento lógico sobre cualquier tema, que podría basarse en aspectos totalmente amorales.

De esta forma, Atenas derrumbó los fundamentos éticos y morales que la sustentaban, volcando sus fundamentos democráticos y culminando con la toma del poder por parte de la oligarquía, que pretendía mantener los principios religiosos. La *pólis*, entonces, inició su fase tiránica, con la violación de la ética sin preocupaciones, además de lo que ya era común hasta entonces, como el abuso y explotación de extranjeros, mujeres y esclavos.

Fue en este contexto político y social de Atenas donde surgieron los filósofos Sócrates y Platón. No es fácil precisar dónde termina el pensamiento del primero y comienza el pensamiento del segundo. Hasta cierto punto, esto se debe a que el conocimiento de Sócrates no fue escrito por él, sino por otros autores, como Platón, en su libro *Diálogos*. Sin embargo, se observa que Sócrates se opuso a los sofistas. A pesar de haber estudiado los elementos de la física, creía que tales enseñanzas no eran suficientes para explicar eventos mundanos y que los discursos amorales eran totalmente dañinos. Así, buscó seguir el camino del conocimiento que iba más allá de la simple opinión, a diferencia de los sofistas, para llegar al conocimiento legítimo, que sería el máximo conocimiento humano, que la sociedad no había alcanzado hasta entonces. Para él, la búsqueda del conocimiento era fundamental para la sociedad, ya que a través de ella el hombre podría gozar de la felicidad. La felicidad no estaría involucrada en la materia, pero en la comprensión de la naturaleza esencial del bien, con este alcance cognitivo, el hombre tenderá a actuar según los dictados fundamentales y alcanzar la felicidad.

El platonismo de Sócrates, informa Tarnas, está dialécticamente immortalizado en seis libros, en los que dialoga con Fedón, Górgias, Protágoras, Menon, Cratylus y Apolodoro, este último en un banquete.

Para Sócrates, la búsqueda de lo que era la verdad era fundamental, esta búsqueda de lo que era la realidad universal estaría basada en un elemento arquetípico, que sería la representación de lo absoluto y perfecto, accesible solo por el intelecto.

A pesar de que el elemento arquetípico se comenta como un ideal socrático, fue Platón quien profundizó los estudios de su maestro. Para Platón los elementos arquetípicos eran *formas*, que modelaban el mundo y lo sustentaban, caracterizándose por su atemporalidad, siendo la esencia de todas las cosas. Por lo tanto, todo lo que se ve se moldea en un cierto arquetipo, pero no lo representa, ya que solo la forma arquetípica puede ser perfecta, y las cosas en el mundo físico están dotadas de

imperfecciones. Para él, el logro de formas perfectas solo se produciría a través del conocimiento, de manera similar a lo que pensaba su maestro.

Al contrario de los sofistas, Platón no estaba de acuerdo con el verdadero conocimiento extraído solo de las sensaciones humanas, ya que el verdadero conocimiento se produjo a través de la trascendencia, es decir, a través de la conciencia de los arquetipos.

Sus alumnos aprendieron en las lecciones de Parménides que no hay nada como “se vuelve”, porque “lo que es” no puede convertirse en “porque ya es”, ni nada puede “proceder a lo que no es”. Esto se debe a que, para Platón, todo se transforma diariamente en otros objetos y la más mínima transformación configura un nuevo “ser”. Las formas arquetípicas tienen una profunda relevancia en este entendimiento, pues defendió la idea de que un objeto modificado pasa por la alternancia del arquetipo que lo compone, en este sentido, todas las cosas tenían un ciclo de vida determinado, que consistía en “ser” y “perecer”. Así, cuando un objeto reunía todos los arquetipos que lo componían, se convertía en el “ser” y cuando se modificaba alguna de sus formas arquetípicas, se producía el “perecer”, pues, con la alteración de los elementos que lo formaban, el objeto no se mantuvo inicial con alguna alteración, sino que “pereció” el primero y “se convirtió” en el segundo. Platón mostró que este dilema dependía de la falta de condiciones para entender que el verbo “ser” se usa en dos sentidos diferentes (existir y tener).

La comprensión platónica y la relevancia para los arquetipos también se destacaron para las formas de gobierno. Para el filósofo existía una forma ideal de gobernar, calificada de excelente, y de ellas se derivaban las formas de gobierno que conocemos, que nunca alcanzaron la perfección.²¹ En esta concepción se describen cuatro formas principales de gobierno: timocracia, oligarquía, democracia y tiranía. Entre ellos, la democracia cobra relevancia, ya que tiene una mayor cantidad de libertad que las demás y, así, se amplían las posibilidades de las personas de tener una vida feliz, ya que la toma de decisiones es de todos, al contrario de otras formas de gobierno, en cuyo ejercicio político estaría dado por una porción específica de la sociedad o por un solo hombre.

Si bien se consideró a la democracia como la de mayor capacidad para ser la mejor forma de gobernar, esta condición estuvo condicionada a un elemento: la

²¹ BALLÉN, Rafael. Vigencia del pensamiento político de Platón en las formas de gobierno. **Revista Diálogo de Saberes**, [s.l.], n. 24, p. 69-84, 2006.

presencia de leyes reguladoras. Eso es porque, la presencia de leyes definiría un aspecto fundamental en la filosofía de Platón: el bien y el mal, pensamiento original de las enseñanzas de Sócrates. Así, la regulación a través de las Leyes haría que la Monarquía, que es la buena forma de gobierno en relación con la tiranía, sea considerada la mejor forma de gobierno. Ballén explica que el griego sostuvo que la democracia es la peor forma de gobierno, entre los que están regulados por leyes. Mientras que, en sentido contrario, la democracia sería la mejor forma de gobierno, entre los que no están regulados por leyes.

Las leyes se destacan en esta dicotomía entre el bien y el mal porque a través de ellas, dentro de la *pólis*, se fomentaría la igualdad y la proximidad entre todos.

Fue en su obra *La República* donde Platón describió la que sería la *pólis* ideal, estructurada por la forma aristocrática de gobierno, alejada de la materialidad de los bienes y tradiciones, basada en la búsqueda del conocimiento y regida por el “rey-filósofo”. De esta forma, predominaría el “gobierno de los sabios”, con la educación impulsada por la propia ciudad, sin la intervención de las familias, en la que los individuos perderían espacio en medio de la *pólis*, ya que lo colectivo sería más importante que el individuo. Con tales descripciones, Platón buscó traducir la ciudad ideal, cuya presencia de todos sus elementos daría lugar a la República.

Se puede, por tanto, considerar la existencia de dos directrices en Platón: la primera, para consolidar las ideas de su maestro y la segunda, para defender la idea de la Ciudad-Estado como unidad social, política y económica independiente.

Los griegos tenían la misma raíz histórica de población que el pueblo romano, nacido de un pueblo cuyas características destacadas eran la religión doméstica, la familia y los derechos de propiedad. Estos tres aspectos destacados estaban estrechamente relacionados, ya que el culto religioso se celebraba desde donde vivían los antepasados de cada familia y los dioses necesitaban una morada fija para ser adorados. Por lo tanto, el lugar de la ceremonia fue considerado propiedad familiar, intocable por otros, porque la deidad doméstica aseguraba este derecho. La propiedad familiar, considerada un lugar sagrado, cobró tal importancia que las vallas que la protegían, cualquiera que fuera el material que las componía, no podían ser violadas por terceros, y su violación no solo violaba las normas morales, deontológicamente, sino que también atentaba contra la moral. leyes, y se consideró la conducta delictiva.

El origen del pueblo romano, por tanto, guarda similitudes con el de los griegos, ya que las raíces religiosas impregnaron la cultura del pueblo. Por ello, el rey

romano fue un gran sacerdote, que concretó en sí mismo los poderes más relevantes de la organización romana, siendo juez y general. La organización no era idéntica a la de los griegos, con especial atención a Atenas, que eligió la democracia como forma de gobierno, mientras que Roma, la monarquía.

El rey de Roma tenía como consejeros a los *patres* (patricios), que eran jefes de familias romanas y participaban en el senado. Para que un romano sea considerado patricio y participe en el senado, sería necesario contar con grandes extensiones de tierra, entre otras características. También afirmaron tener herencia de sangre con los creadores de la ciudad, lo que les permitió disfrutar de todos los beneficios que les conferían los reyes. Entre los privilegios mantenidos durante la monarquía estaban la inmunidad fiscal, la participación en el senado, la magistratura y la administración pública.

La monarquía romana también estaba compuesta por otras clases sociales, que tenían características diferentes e impactaban en la composición social. De manera preliminar, se puede comentar sobre los plebeyos, que eran los romanos propietarios de pequeñas tierras, que no tenían ningún beneficio en comparación con los que tenían los patricios. Por regla general, los plebeyos marchaban a la guerra cuando era necesario, lo que era un motivo de orgullo para ellos. Las relaciones de los plebeyos con los patricios surgieron de las órdenes de Rómulo, el primer rey de Roma, quien obligaba a cada plebeyo a elegir un patricio como su protector, para que lo honrara y sirviera en todos los sentidos, incluso con sus bienes y su vida.

La última clase eran los esclavos, que no tenían derechos, ni ciudadanía romana, y tenían que servir plenamente a sus amos.

Fue el serbio Túlio (sexto monarca) quien promovió una amplia reforma en el ejército y la sociedad. Creó militarmente el siglo; en ella permitiendo el acceso de los plebeyos. Cada casa tenía que proporcionar un bebé y cada diez un jinete; de ahí la palabra numérica “mille” para cada soldado, y la derivación de la palabra militar. Luego aplicaron un tipo de administración completamente nuevo: la tierra conquistada ahora se consideraba propiedad del pueblo romano, que cedía su uso (propiedad) a los vencidos, previo pago del tributo exigido por el Pretor, que en la práctica era un lugar virreinal de Roma. Así, llegó la idealización del dominio, o mejor dicho, de un poder subjetivo, además del material. Esta voluntad de gobernar es lo que diferencia al derecho romano de todos los ordenamientos jurídicos. Jus tenía la intención de asegurar a los civiles su propio egoísmo, a diferencia de los nombres de los griegos, que eran una expresión

sagrada del orden cósmico. *Jus* era la norma de la sociedad para garantizar la voluntad personal, la familia y la propiedad. No había nada sagrado.

Los cambios sociales promovidos por el serbio Tulio rompieron profundamente con los cimientos de la organización romana. Las decisiones tomadas por él, como la concesión de la ciudadanía a los esclavos liberados, así como la aplicación de las leyes a todos, incluidos reyes y patricios, eran impensables hasta entonces. Fueron sus ideas y reformas políticas en asambleas ciudadanas, en funciones legislativas, electorales y judiciales las que influyeron en lo que sería el futuro sistema republicano de Roma -que se instalaría después de que el séptimo monarca, Tarquinio el Soberbio, fuera destituido de su cargo.²²

Esto se debe a que, a mediados del siglo V a. C., la asunción del cargo más alto en el gobierno romano se produjo mediante la elección en una asamblea por siglos. Las votaciones no eligieron un nuevo rey, sino dos cónsules, Bruto y Colatino, que fueron los principales responsables de comandar el ejército, poniendo fin al período monárquico de Roma; e inició la República Romana. En esta elección estuvieron presentes elementos que demuestran la tradición política de Roma en la preservación del poder en un sector específico de la sociedad, ya que los nuevos cónsules, antes de ser considerados como tales, eran Magistrados de la Monarquía.²³

En el período republicano, inicialmente, era posible que durante las guerras los cónsules nombraran dictadores, que serían ciudadanos romanos, elegidos por ellos, cónsules, para comandar Roma durante este período. Como el nombramiento de un dictador fue excepcional, hubo un período de seis meses para el fin del gobierno. Con el tiempo, los poderes de los dictadores aumentaron, no limitándose a sus nombramientos solo en tiempos de guerra, permitiéndoles realizar elecciones en ausencia de cónsules y atender situaciones relacionadas con disturbios civiles.

El paso de la Monarquía a la República también representó la ejecución de funciones religiosas a una figura que no tenía poder militar, por lo que los poderes religiosos del ex rey pasaron a ser ejercidos por el rex sacrorum, que realizaba los rituales religiosos que eran naturales. durante la monarquía y que se mantuvo al inicio de la república.

²² COELLO, Joaquín Muniz. Aspectos de la Monarquía Romana del siglo XI a.C.: reflexiones sobre la tradición. *Revista Onoba*, [s.l.], p. 147-170, 2018.

²³ BRANDÃO, José Luiz. *Da Monarquia à República: história de Roma Antiga, das origens à morte de César*. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. v. 1. p. 59.

La estructura estatal en la República Romana tenía características definidas, pues el Senado era el encargado de hacer las leyes, las asambleas las votaban y los magistrados de ejecutarlas.

Fue el acceso restringido a los patricios para el ejercicio de estas funciones, así como la desigualdad que se estableció entre ellos y los comuneros, lo que hizo que el segundo grupo social iniciara un movimiento con el objetivo de igualar las fuerzas de clase en la sociedad. Durante el siglo IV las pretensiones y conquistas plebeyas hicieron que tuvieran fuerza en las decisiones de Roma, ya que entraron en el consulado y, principalmente, se convirtieron en mayoría en la Magistratura. El primero de estos logros fue la tribuna de la plebe, que era una oficina estatal para los plebeyos y que les permitía oponerse al senado. A lo largo de los años, otros elementos demostraron un apaciguamiento del conflicto existente y la aceptación social de los plebeyos por parte de los patricios, que fue más allá del contexto puramente político, como ocurrió, por ejemplo, con la aprobación de que plebeyos y patricios pudieran casarse entre sí.²⁴

Con la estabilización del conflicto interno, Roma pudo analizar el entorno de su territorio con mayor tranquilidad, iniciando su intensa búsqueda de conquistas territoriales. Aunque ya hay guerras con la intención de expandir el territorio romano durante el período monárquico, fue en la República donde se intensificó esta conducta. Desde el siglo IV, varias ciudades cercanas a Roma han sido conquistadas, incorporadas y anexadas al territorio romano, tanto de oriente como de occidente. Fue a través de la guerra que Roma se convirtió en una gran potencia en Europa, con poder militar, comercial, marítimo y demográfico. La fuerza fue tal que tras la Segunda Guerra Púnica, en el siglo II a. C., contra otra potencia, Cartago, la República consiguió dominar el Mediterráneo occidental, extendiéndose por Europa, Asia y África.²⁵

Después de tres siglos de intensas batallas (incluidas las tres guerras púnicas contra los cartagineses y las tres guerras macedonias), la República de Roma, que en realidad era una oligarquía senatorial, se volvió demasiado grande, con una población enorme, cuyo control necesitaba una mayor concentración. En vista de esto, su imperialismo se fue configurando, dictando el dominio del Mediterráneo Occidental.

²⁴ RODRIGUES, Nuno Simões. Dos “conflitos de ordens” ao Estado Patrício-plebeu. *In*: OLIVEIRA, José Luís Bandão Francisco (coord.). **História de Roma Antiga**: das origens à morte de César. v. 1. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 84-90.

²⁵ DE OLIVEIRA, Francisco. Consequências da expansão romana. *In*: OLIVEIRA, José Luís Bandão Francisco (coord.). **História de Roma Antiga**: das origens à morte de César. v. 1. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 235-237.

El alto imperio romano estuvo marcado por la estabilidad territorial, durante el período del I a.C. y del III a.C. no hubo pueblos capaces de oponerse al avance imperial. Con excelentes tácticas de guerra, las conquistas se destacaron en la sociedad y permitieron la seguridad de su población, especialmente de los bárbaros, principales rivales. La política de la *pax Romana* también permitió mantener la estabilidad, consistió en mantener soldados en las ciudades conquistadas y “romanizar” su cultura, además de garantizar ciertos privilegios y poderes a la élite local. La política de pan y circo, con la provisión de entretenimiento y comida gratis al público, y la construcción de obras públicas, permitió que los problemas internos no preocuparan a los emperadores, pues la población estaba feliz y los adoraba. Con tal dominación se facilitó la recaudación de impuestos políticos, sociales, fiscales, comerciales, productivos y recaudados a los pueblos dominados.

El Imperio Romano sufrió un serio revés con su ejército organizado, extremadamente militarizado, pero constantemente acuartelado en el extranjero. Las ausencias prolongadas y los viajes ininterrumpidos impidieron que la reproducción humana normal tuviera lugar en Roma. La justicia, tal como la define Ulpiano, llegó a conceptualizarse como la voluntad perpetua de dar a cada uno lo que es suyo. Por tanto, el sistema jurídico normativo debe producirse de acuerdo con su propio ideal de justicia dentro de la tríada: legal, conmutativa y distributiva. Legal era algo sujeto al poder de la comunidad. La justicia conmutativa era la que regulaba las relaciones entre los individuos y la justicia distributiva la que establecía proporcionalmente las cargas que debía soportar la sociedad civil. No se conservó mucho de los juristas, a excepción de las Instituciones de Gayo, recopiladas y compiladas por Justiniano en su *Digesto*, o *Pandectas*, escrito alrededor del 161 a.C., que contiene información valiosa sobre el antiguo derecho romano. Se recuerda que, entre los libros de Platón y Cicerón, hay una referencia constructiva fundamental.

Aunque durante el Alto Imperio el ejército romano fue el motivo de su fortaleza, la fase del bajo imperio romano, que se mantuvo entre el III d.C. y el V d.C., se caracteriza por la fuerza política militar. Durante este período, la fuerza del ejército romano y la expansión territorial del imperio eran impensables para la época, este mismo poder militar comenzó a ganar fuerza en las elecciones sociales. El corazón de la inestabilidad fue el asesinato constante de emperadores que no encajaba con los ideales arraigados en la cultura militar. Especialmente en el siglo III d.C., las órdenes de asesinato vinieron del propio ejército, lo que provocó una densa inestabilidad política.

Como resultado, la preocupación por la expansión del territorio romano y la difusión de su cultura perdió prioridad, a medida que los conflictos internos cobraron mayor relevancia. Este conflicto debilitó las guarniciones militares en la época del bajo imperio, ya que las tensiones en Roma fueron el prelude de un gran conflicto armado, obligando al regreso de los soldados, lo que permitió el avance de los bárbaros en las antiguas tierras romanas. Estos aspectos también redujeron el número de esclavos, ya que la esclavitud originada en los pueblos conquistados fue la principal fuente de trabajo romano, lo que redujo la recaudación de impuestos y, en consecuencia, la posibilidad de inversión y mantenimiento de las fuerzas militares, así como la economía. Así, durante el siglo V, Roma fue dominada por los bárbaros, poniendo fin a la hegemonía de ese sistema de gobierno, al menos en su parte occidental.

Los griegos imaginaban una República, mientras que los romanos describían cómo debería ser un Estado. Más tarde, Agustín incorporó gran parte de los pensamientos de Cicerón y Platón en la formulación de la Ciudad de Dios.

Se puede decir, en efecto, que no fue fácil para una sociedad politeísta, pagana, con un soberano dotado de poderes divinos, aceptar pacíficamente el cristianismo, es decir, negar su propia lógica con la existencia del Hijo de Dios, asesinado por los romanos-judíos y resucitado en el triduo. Es importante destacar que la predicación de los Apóstoles tuvo lugar durante el período de Nerón, entonces aconsejado por Séneca, cuando los romanos eran respetados por sus libertades, ley y seguridad. En verdad, el clero llegó demasiado tarde incluso para explicar el evangelio a los griegos, porque los dogmas de la fe estaban radicalmente en conflicto con los de la razón, es decir, era difícil aceptar eucarísticamente la transformación real del pan y del vino en el cuerpo y sangre de Cristo, negando todos los principios de la lógica humana. El anciano obispo Atanasio de Alejandría fue quien más tarde, en el 393 d.C., filtró y purgó las inexactitudes, creando el primer Nuevo Testamento seleccionando los evangelios sobre las enseñanzas de Jesús. Este retrato escrito del divino Jesús es del apóstol Pablo que ni siquiera lo había conocido; por tanto, la crucifixión llegó a constituir un acto mucho más importante que la propia biografía del Hijo de Dios.

Durante los gloriosos días de Roma hasta su fin, la expansión del cristianismo fue un problema social. El conflicto entre cristianos y no cristianos, creyentes en la religión politeísta tradicional de la época, inició la persecución religiosa. A través de Décio y Valeriano, en el siglo III, así como por Diocleciano, a principios del siglo IV, se elaboraron los primeros decretos persecutorios. Los cristianos también tuvieron

enfrentamientos con filósofos-intelectuales que, a través de la retórica, se oponían a sus ideales y los consideraban paganos. El movimiento contrario hizo que, durante el siglo II, los líderes religiosos del cristianismo reflexionaran sobre los mensajes que transmitían al pueblo y se organizaran internamente de manera sólida, creando dogmas y normas disciplinarias. Ese fue el comienzo de la Iglesia Católica.²⁶ De hecho, los comportamientos de negación del cristianismo tuvieron poco efecto, ya que la religión ya estaba muy extendida entre la población romana, en parte de Europa, Asia y África del Norte. Fue la *pax Romana* la que permitió tal difusión, ya que después de la muerte de Jesucristo aún estaba vigente, en este período de estabilidad a los seguidores cristianos les resultó fácil difundir sus pensamientos por todo el vasto territorio romano en las localidades conquistadas, así como como en la ciudad de Roma, que obligó al imperio a frenar su conducta persecutoria.

Cuando Constantino se convierte en Emperador Romano, la relación entre Roma y el cristianismo fue diferente, con la promoción de sus creencias, cultura y pensamientos, la futura Iglesia Católica recibió un incentivo para expandirse y estructurarse. Una de las razones que lo llevó a actuar de esta manera fue la intención de crear una unificación del imperio, es decir, se trataba de un proyecto político que pretendía mejorar las relaciones sociales y la estructura de Roma, aunque sin efecto. Con Constantino la iglesia se fortaleció y, después de su muerte, mantuvo su ritmo, enriqueciéndose y convirtiéndose en terratenientes.

La caída de Roma no tuvo el mismo significado para la iglesia. Con su fuerte estructura, riqueza, propiedad de la tierra y la amplia difusión de sus pensamientos, los bárbaros que invadieron el imperio, poco a poco, se adhirieron a sus dogmas, a través de una conducta llamada “evangelizadora”. La estructura política y social que se empezó a crear fue la de subordinación e independencia entre las tierras, pues, a medida que decaía el poder territorial romano, las conquistas de los pueblos bárbaros formaron pequeñas propiedades territoriales, independientes unas de otras, con sistemas propios. del gobierno. Es posible atribuir esta estructura de dependencia, entre una autoridad territorial y la subordinación de cada individuo a ella, por la combinación de las culturas romanas con su sistema esclavista, y las culturas bárbaras, que mantuvieron el concepto de comunidad dentro de sus tribus. Fue a través de esta combinación que se formaron las

²⁶ TERRA, Ramón. **La historia en sus textos**: el cristianismo primitivo en la sociedad romana. Madrid: Editora Istmo, 1990. p. 31.

conocidas enemistades durante la Edad Media, que comenzaron a surgir después de la caída de Roma Occidental y con el fortalecimiento de la Iglesia Católica.²⁷ La corriente filosófica denominada *patrística* predominó durante el inicio de la Edad Media y se originó a finales del Imperio Romano, con San Agustín, también conocido como Agustín de Hipona. Además de ser el principal pensador de las estructuras de la Iglesia Católica, profundizó en los estudios platónicos para explicar las relaciones sociales y el dios cristiano, buscando promover valores y dogmas acordes con tales ideales.

Como Platón, San Agustín consideró la moralidad relevante en la sociedad, siendo esta una de las razones que influyó en la íntima relación entre su filosofía y Dios, especialmente a través de la lectura e interpretación de los escritos bíblicos, relacionándolos con el mundo terrenal; su creencia en la religión cristiana fue igualmente influyente para que el filósofo siguiera esta línea de pensamiento. La explicación de las cosas, relacionando la religión con el mundo terrenal, se basa en la trascendentalidad, ya existente en Platón, cuya verdad real sólo se puede conocer a través del conocimiento, y para san Agustín este conocimiento debe darse en el saber individual.²⁸ Con ello, la valorización social para aspectos trascendentes y espirituales, conectando seres y cosas con Dios, así como los elementos internos de cada persona, cobran mayor relevancia que las relaciones materiales del mundo, es decir, el análisis del mundo externo a el ser en sí se vuelve de poca relevancia para la comunidad medieval, que acabó impactando la estructura organizativa vigente hasta entonces, especialmente la jurídica.

San Agustín también se opuso a las guerras y la violencia, con pocas excepciones. La filosofía patrística, inicialmente, se opuso a cualquier tipo de violencia y promovió la paz en todos los sentidos, aunque esta posición surgió dentro de la cultura romana y fue contraria a toda su estructura. A pesar de que la paz se basó en las enseñanzas divinas, los ataques bárbaros cambiaron la comprensión de la no violencia. De esta manera, se creó un concepto de guerra justa, justificando la violencia en determinadas situaciones, entre ellas la de conductas violentas promovidas para repeler y prevenir otras conductas violentas e injustas, promovidas por otros. En estos casos se entendió que la omisión, es decir, el mantenimiento de la paz ante un acto violento e injusto, se consideraba conducta pecaminosa.

²⁷ SANTOS *apud* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 178-179.

²⁸ QUIRÓS, Roberto Canãs. El humanismo del cristianismo primitivo, la Patrística y la Edad Media. **Revista Espiga**, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 61-74, 2001.

Junto a Cicerón, San Agustín fue un defensor de la estructura imperial romana, especialmente cercano al cristianismo, promovió el pensamiento defendiendo el imperio ante los ataques bárbaros, fomentando la guerra armada en defensa de Roma.²⁹

Todos estos ideales de San Agustín fueron estudiados y enseñados durante la mitad de la Alta Edad Media, es decir, durante los siglos V al VIII. En este período la estructura feudal dificultó el predominio de un solo reglamento cristiano vigente en cada señorío. Aunque la Iglesia Católica se convirtió en una gran potencia, con la caída de Roma Occidental, no se volvió universal en Europa de inmediato. Para comprender esta formación, es necesario explicar, de antemano, cómo se desarrolló la organización feudal.

Además de las relaciones de subordinación, característica llamativa del sistema, las disputas tenían sus propias reglas, además de las religiosas. Cada señor feudal tenía el poder de regular su feudo como quisiera, y todos los siervos (o campesinos) tenían que respetar las reglas impuestas. Durante este período, no hubo unicidad codificada de reglas, sino una maraña de reglas, como una red, que todos los sirvientes deberían respetar. En este sentido, además de las leyes religiosas de las iglesias, los Siervos y Vasallos -quienes estaban sujetos a cierto Suserano- deberían respetar las reglas de su Suserano, si así lo determinaba, de las organizaciones laborales corporativas y todas las demás fuentes de poder que predominaba en el señorío. En este período, las normas del derecho romano y germánico coexistieron al mismo tiempo en la sociedad, lo que aumentó la pluralidad jurídica.

Es importante resaltar la diferencia entre sirvientes, Vassalos y Suserano, para que se pueda entender la estructura medieval. Cada señor feudal poseía una mansión, que a su vez estaba compuesta por siervos. Los siervos tenían alguna competencia laboral para el señor feudal, desde la agricultura, la carpintería y otras actividades necesarias para él, quien a cambio, por regla general, devolvía alimentos y vivienda a los siervos. El trabajo de este período estaba en manos de los señores feudales a través de sus siervos, quienes tenían su libertad personal limitada por las órdenes y mandamientos del señor feudal, cuyo origen de tal cargo es precisamente el pueblo esclavizado en Roma. A su vez, Vassalo era el señor feudal, que estaba sujeto a otro señor feudal, ya fuera por intereses religiosos, militares o meramente diplomáticos. De hecho, el motivo era

²⁹ GONZÁLES, Miguel Anxo Pena; REGO, Miguel. *Patrística y Cánones sobre el Derecho de Guerra Justa en la Escuela de Salamanca*. In FERNÁNDEZ, Laura; GARÍ, Bernat; ROMERO, Álex Gómez; SNOEY, Chistian. **Clásicos para un nuevo mundo**: estudios sobre la tradición en la América de los siglos XVI y XVII. Madrid: Centro para la Edición de los Clásicos Españoles, 2015. p. 368.

indiferente, bastaba con que un señor feudal se sometiera a otro para ser llamado vasallo, mientras que el señor feudal dominante se llamaba Suserano.

La relación entre el señor feudal y los siervos es tratada, por algunos, como un vínculo contractual privado; Rogério Dutra dos Santos, apoyado en la filosofía de Weber, explica este aspecto con categoría:

O poder senhorial no feudalismo está sempre à mercê de um vínculo privado contratual relacionado à existência de elementos pessoais dos que se encontram na posse dos meios administrativos – como a vontade de obediência e a fidelidade -, sendo esse poder, portanto, bastante problemático e precário. Atenta Weber que, apesar da predominância aparente dos vínculos feudais, o caráter ambíguo da relação feudal de fidelidade aparece no seu elemento contratual. Não são arbitrários os deveres e obrigações de tal relação, tanto que revogada está a fidelidade sempre no abandono do feudo pelo vassalo. Apesar disso, os deveres contratuais são fixos, bilaterais e obrigatório.³⁰

Esta interconexión de poderes, añade Gassen, fue lo que promovió un concepto diferenciado de propiedad frente al romano, ya que la propiedad territorial no se concibió autónomamente como un derecho único, absoluto y pleno, sino común, cuyo dominio era de varias personas, no de excluyendo el derecho de propiedad ajeno, ni la extensión del derecho.³¹

Por supuesto, esta división retuvo la posibilidad de que la Iglesia Católica universalizara su religión; pero fue precisamente por ser una gran terrateniente que pudo hacer crecer su poder, poco a poco, al entregar sus tierras a otras personas para que las usaran, determinando al señor feudal que se respetaran las normas eclesiásticas dentro de la casa solariega.

Históricamente, la estabilidad jurídica de la Iglesia Católica, a través del mencionado movimiento de control y subordinación de sus concesionarios de tierras, ocurrió durante la baja edad media.

Antes de esta estabilización, como ya se dijo, la legislación era múltiple, con la inclusión cultural germánica y romana. Muchas disputas se regían por normas

³⁰ SANTOS, Rogério Dutra dos. Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 180.

³¹ GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do Direito de Propriedade. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 134.

consuetudinarias, que eran aquellas basadas en las costumbres de la región, durante la Edad Media el derecho “común”, considerado como aquel que no estaba amparado por las normas eclesiásticas.

Estas normas se originaron en el derecho romano, con la expansión de su jurisprudencia por parte de los bárbaros, que se autodenominan derecho romano vulgar, pero cambiaron con el tiempo, ya que no estaban vinculadas a las normas escritas sino a la costumbre y al habla. La falta de escritos fue impulsada por el desconocimiento y la falta de educación de la gente, ya que incluso los miembros del Clero y Magistrados no sabían leer, lo que hizo inviable la estructuración de la ley bajo esta óptica.

No significa la ausencia total de leyes escritas en este período, pues estaban, en su mayor parte, asociadas al poder eclesiástico, cuyo derecho se denominó canónico o *ius divinum*, basado en bases romanas por su origen en el imperio. La falta de educación de muchos clérigos alentó el juicio de los casos por un sesgo cristiano, en el que abogaban por la voluntad divina. Fue durante este período que nacieron los procedimientos comunes de ordalías y duelos judiciales. A través de ordalías, el imputado se vio obligado a practicar determinadas conductas y, según el resultado de su acción u omisión, a ser considerado culpable o inocente. Un ejemplo del *modus operandi* de la ordalía está en la caminata de ascuas calientes; en tales situaciones, si el acusado caminara sobre él sin quemarse los pies sería considerado inocente, ya que la ausencia de quemaduras sería la bendición de Dios sobre el individuo para demostrar su inocencia, mientras que las marcas de quemaduras serían prueba de su culpa.

Otro factor fundamental de ese ordenamiento jurídico fue la consolidación del entendimiento de que cada individuo estaría regulado por las reglas de su lugar de origen y, de esta manera, nació un principio rector feudal: el de la personalidad de la ley. Este principio acrecentó y profundizó la dificultad de juzgar los casos de la alta edad media, ya que la norma que todo hombre debía respetar era la de su señorío de origen. Por lo tanto, a diferencia de hoy, la ley vigente no era el territorio de la conducta, sino la ubicación de cada individuo. Por tanto, al momento del juicio del imputado, las leyes que determinarían una sanción o absolución serían analizadas desde la perspectiva de las que se encontraban vigentes en el feudo de origen del imputado.

Con esta estructura, la cultura germánica también se abrió a influir en el modelo adoptado y contribuyó a la evolución del derecho, en el que la resolución de los conflictos se producía a través del sistema de prueba. Estaba regulado por una lucha entre los partidos, que legitimaba la verdad. Esta guerra podría terminar por mutuo acuerdo de

las partes y no pretendía demostrar la verdad, pero la influencia social de las partes influyó en el resultado. Era común que ganaran los más fuertes. La diferencia entre el *modus operandi* entre el derecho germánico eclesiástico y no eclesiástico se puede ver de inmediato; mientras el primero buscaba una respuesta en Dios, el segundo la buscaba en las fuerzas humanas.³²

Inicialmente, esta postura combativa parece ser contraria a la conducta de la Iglesia Católica, ya que ella combatió la violencia en la medida en que prevaleció la filosofía patristica, que adoraba la paz. La Iglesia, en este período, incluso se postró contra la violencia contra los paganos. A pesar de ello, se mantuvo el entendimiento de que existían violencias justificadas, pero no escaparon al castigo eclesiástico, ni siquiera con justificación. De hecho, el contexto de conducta violenta, justa o injusta, incidió en la denominada penitencia, en la que quienes cometieran una conducta justa serían castigados con menor severidad que quienes cometieron violencia injusta. Este tipo de violencia involucró tanto las relaciones feudales como las guerras, y las defensivas se consideran justas y están vinculadas a un principio legítimo.

La cultura germánica, involucrada con el sistema feudal y la subordinación de los nobles a la iglesia, permitió la estabilización de las fuerzas eclesiásticas. Esto se debe a que se adjuntó al Papa la figura de un líder carismático, propio de la cultura germánica, que representaría una relación de fraternidad y moralidad. Rogério Dutra dos Santos explica qué era el carisma para la sociedad:

Carisma, então, será a qualidade de uma personalidade – ou de uma instituição vinculada a uma personalidade -, qualidade esta considerada como extraordinária – originalmente “mágica” – e mesmo divina, para aqueles que são “adeptos” ou “dominados” pelo carisma. A sua manifestação jurídica mais visível, o controle da produção da verdade através do sistema germânico de provas legais.³³

De esta manera, el movimiento de la Iglesia Católica, aceptado por la sociedad, fue que el Papa era la materialización carismática de Jesucristo y de la propia Iglesia, ligada a la hermandad y la moral, que se destacaría en la resolución de disputas y se estructuraría de forma racional y autoritaria. El crecimiento de la fuerza de la Iglesia

³² SANTOS, Rogério Dutra dos. Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 181.

³³ *Ibid*, p. 181.

católica y su relación con el sistema feudal, imponiendo sus dogmas a los vasallos, la hizo competente para juzgar asuntos ajenos a la religión, que antes eran juzgados por autoridades seculares, que eran los que estaban fuera de los asuntos religiosos. Por tanto, la autoridad de la Iglesia Católica tiene sus fuerzas originadas en dos bases fundamentales: la cultura predominante y la relación vasallo y soberano del sistema feudal. Pero también hubo un factor igualmente importante, que justificó la figura del Papa como representación terrena de la voluntad de Cristo: la filosofía escolástica.

La estabilidad de la Iglesia católica, al comienzo de la baja edad media, estuvo naturalmente guiada por una nueva comprensión filosófica, en la que la evolución de la racionalidad asumió el papel explicativo de la religiosidad. Este movimiento recibió el nombre de escolasticismo, cuyo autor principal fue Santo Tomás de Aquino. Las bases de sus estudios fueron los escritos de un filósofo considerado pagano y que vivió en la época griega clásica: Aristóteles. El intento de Santo Tomás de Aquino fue traer la cultura griega de Aristóteles, basada en la razón, con las enseñanzas emergentes y los dogmas religiosos de la Iglesia Católica; es decir, su intento fue demostrar que los dos se complementaban.³⁴

Sus estudios abarcaron metafísica, antropología, ética, teología, legislación y política, así como teoría del estado. Desde ellos promovió la justificación de la formación del Estado y del poder que lo mandaba, justificando el propósito del Estado en la búsqueda del bienestar de toda la comunidad. Para Santo Tomás la naturaleza del ser humano está ligada al mundo terrestre, requiriendo de una autoridad social que los guíe. El poder de esa autoridad tendría origen divino y sería capturado por la naturaleza humana misma, y cualquier poder conferido en el mundo terrenal sería justificado en el poder divino, conferido por Dios. El poder se dividió luego en dos, de acuerdo con su propósito, el primero era el *fin temporal*, que estaba representado por la autoridad estatal, mientras que el segundo era el *fin espiritual*, que estaba representado por la iglesia, cuya máxima autoridad era el Papa, justificando eso.

Esta aproximación escolástica de la cultura medieval interconectada con la estabilidad del poder de la Iglesia Católica y la expansión del cristianismo por toda Europa, provocó, por tanto, cambios.

³⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santos Tomás de Aquino. **Revista Crítica jurídica**, [s.l.], n. 19, p. 15-31, jul./dez. 2001.

Con la obra *Decretum*, de Graciano, hacia el siglo XII, se racionaliza y explica la relación entre violencia y penitencia, aunque con motivos justos, cuyos cimientos se encuentran ahora en la filosofía de san Agustín, pero profundizados más allá de esos límites. Para Graciano, la violencia se justificaría en 3 situaciones: recuperación de un robo, guerras por venganza por lesiones y por autodefensa. A su vez, la guerra también estaría justificada cuando estuviera impulsada por la búsqueda de la paz, es decir, no asumiera características meramente defensivas, como pensaba San Agustín. Sin embargo, elaboró una división en dos tipos de guerra, la primera llamada guerra justa y la segunda guerra santa. Las guerras justas serían aquellas impulsadas por la autoridad secular, que no estaba vinculada con el poder eclesiástico, mientras que las guerras santas serían declaradas por la autoridad religiosa, con el propósito de defender la fe y evitar la herejía. Santo Tomás de Aquino también colaboró con esta filosofía, resaltada por el discurso racional, pero consideró que matar a alguien siempre sería considerado, de alguna manera, una injusticia.

Asimismo, en todo el continente europeo la creciente autoridad del cristianismo impuso a la Iglesia el reconocimiento de naciones separadas e independientes, cada una de las cuales guardaba sus lenguas y costumbres, pero aplicándose sobre ellas una organización espiritual internacional y uniforme.

Con siglos de dominación y actividad legislativa escrita bajo el dominio y monopolio del poder de la Iglesia Católica, las leyes romanas se consideraban aún vigentes, aunque no eran centrales para todo el sistema, siendo implementadas por el Clero en la Universidad de Bolonia, donde los doctores -así considerados los dotados de reveladora autorización divina, ocupando sus sillas, darían el sentido correcto a los textos.

2.1.1. Movimientos Intelectuales Socioeconómicos

Este primer acercamiento histórico es suficiente para el propósito que proponemos: contextualizar históricamente el movimiento intelectual que llamamos el *alvorada clásica*. En este subcapítulo todavía traeremos un enfoque histórico, pero que se dirige a los aspectos socioeconómicos, es decir, a unir el movimiento del derecho, la sociedad y la economía a lo largo del tiempo. Con este enfoque, el lector de este trabajo podrá comprender mejor los movimientos que precedieron al Análisis Económico del Derecho – AED y la forma en que influyeron en esta área específica de las ciencias económicas y jurídicas, así como en su desarrollo.

Pues bien. En el subcapítulo anterior, se finalizó el enfoque de la mediana edad, en el período de transición de la edad media alta a la mediana edad baja. En este contexto, es importante señalar la creación de la Universidad de Bolonia, en el año 1.088, en el norte de Italia, buscando impulsar el renacimiento jurídico medieval. Si bien su cuerpo docente estaba compuesto mayoritariamente por profesores profanos, de hecho, en él también comenzaron a enseñar clérigos, como sucedió con el monje João Graciliano, editor de la parte inicial de los tres decretos canónicos, fundamentos dogmáticos consuetudinarios sobre los que se construyó la ciencia jurídica canónica. Fue con las lecciones profanas del derecho que surgió el *studium civile* en la Universidad de Bolonia, legalmente apartado del monopolio de los clérigos y los grandes glosarios, como Cino de Pistoia y Bártolo de Saxoferrato. El estudio teórico de las fuentes del derecho romano fue destacado e incluso seguido por Baldo de Ubaldis, su alumno. Las generaciones posteriores convirtieron a Bolonia en un centro de estudios de gran prestigio, tanto en el campo del derecho profano como en el eclesiástico, acercando a los teólogos a los juristas. Así sucedió en España con el fraile dominico Bartolomeu de Las Casas.

Esta base de la cultura medieval, estimulante composiciones de textos romanos, escritos en latín, vino a sentar las bases de toda la legislación penal, proveniente del Concilio de Letrán de 1173, como el *Decretum Gracilianus*, si no las Clementinas otorgadas por el Papa Gregorio V, reunidos en las Extravagantes Compilaciones, esencia del *Corpus Juris Canonici* e incluso del Medieval *Corpus Juris Civile*. Es imposible no mencionar la agudizada presencia histórico-jurídica del abad dominico, educado en París, Francisco de Vitória, coordinador de los cursos de teología en Salamanca, España, reflexionando sobre la conquista de América y los derechos de los nativos, etiquetados como indígenas. Le siguió Francisco Suárez, también profesor en Salamanca. En Italia, Andrea Alciato mantuvo una relación con Pierre Pithou, profundizando sus estudios sobre la relación entre la Iglesia y el Estado, por lo que es igualmente necesario destacar la presencia de Antonio Agustín.

Destacar también la presencia del jurista Diego Covarrubias como profesor en Salamanca y de Pierre Rebuffi como el parisino obstinado en la mejora del Derecho de Familia. El filósofo holandés de raíces españolas, Baruch de Spinoza, admirador de Descartes, fue efímero cuando fue víctima de una enfermedad pulmonar. Expulsado de la comunidad israelí, comenzó a tener una existencia solitaria y, de esta manera, profundizó sus conocimientos sobre la ética cartesiana y, más tarde, el positivismo epistemológico

de Hobbes. Sus principales obras tratan de la ética geométrica y la política teológica. En este contexto post-medieval, surgió el jurista Samuel Pufendorf, hijo de un pastor protestante de Jena, profesor en Heidelberg. Comenzó a profundizar las reflexiones jurídicas sobre la Parte General del derecho privado y sobre la Parte General del derecho de las obligaciones, como productos de la ética empresarial, en particular con las modalidades de las obligaciones y sus causas extintoras.

Cabe señalar que el pensamiento salamantino profundizó en los estudios de la guerra justa, basado en ideales patrísticos. Francisco Suárez, escribió obras importantes, como *Tractatus de Charitate e De Legibus* y *De iuramento fidelitatis*, para él las guerras no podían ser consideradas totalmente malvadas, pues, siendo posible luchar en algunas circunstancias, considerar la omisión como un pecado, promoción de la guerra en tales circunstancias lo hacían obligatorio. La aportación de la Escuela de Salamanca cobraría mayor importancia durante el siglo XVI, cuando crecía el movimiento de los príncipes contra la Iglesia Católica, en el que las guerras que promovían no eran consideradas justas por la entidad religiosa por no estar expresamente permitidas por la Iglesia. poder del Papa. Luis de Molina, quien también ocupaba una de las cátedras de la Universidad de Salamanca, contribuyó a definir los elementos de una guerra justa, que se componía de intención moral, que era subjetiva, pero describió comportamientos que rechazarían la justicia de guerra. cuando se presentan algunos elementos, como el deseo de matar, la venganza cruel y el odio oculto.³⁵

Incluso en la baja edad media, a partir de la concentración del conocimiento del derecho canónico en las universidades, las distintas posiciones interpretativas de la legislación comenzaron a confrontarse. Este conflicto se debió principalmente a las interpretaciones que nacieron en medio del bufete de abogados emergente en ese momento. Con el crecimiento de una nueva clase social fuerte, la de los comerciantes, representada por sus abogados, los conflictos en la interpretación de las leyes causaron problemas al clero, especialmente con el uso del derecho civil romano, que comenzó a estudiarse en las universidades, por decisión. de la Iglesia Católica.

Esto pronto provocó que las enseñanzas romanas fueran suspendidas en la universidad y la iglesia comenzara a acaparar todo el conocimiento jurídico, así como a

³⁵ GONZÁLES, Miguel Anxo Pena; REGO, Miguel. Patrística y Cánones sobre el Derecho de Guerra Justa en la Escuela de Salamanca. In FERNÁNDEZ, Laura; GARÍ, Bernat; ROMERO, Álex Gómez; SNOEY, Chistian. **Clásicos para un nuevo mundo**: estudios sobre la tradición en la América de los siglos XVI y XVII. Madrid: Centro para la Edición de los Clásicos Españoles, 2015. p. 378-383.

incrementar la penitencia ante conductas contrarias a ella, que justificaban actos como la inquisición.

Para Salo de Carvalho, la santa inquisición fue un hito latente en la historia de la cultura medieval, ya que el caso contra el acusado era oscuro y casi sin publicidad. Los conflictos de interpretación, promovidos por los defensores de comerciantes a inicios de la baja edad media, incidieron en que el manejo procesal fuera así, sin comunicación previa del proceso inquisitivo al imputado, ni el motivo que lo motivó, incluyendo detenciones repentinas, que causaron temor a la población, que se volvió cada vez más cautelosa en su conducta en todos los ámbitos sociales, siendo punible no solo por acción u omisión, sino también por pensar contrario a los principios básicos de la Iglesia. De esta forma, la Iglesia Católica buscó aniquilar el pensamiento herético, con todos los instrumentos legales posibles.³⁶

Este movimiento intelectual de la Iglesia Católica tiene una profunda relación con los cambios sociales que se estaban produciendo, cuyo inicio se puede demarcar con nuevas técnicas agrícolas en el siglo XI, que permitieron un aumento de la producción y la consecuente acumulación de riqueza. Con eso, la población y la riqueza se expandieron, lo que incentivó el intercambio de productos a través de una moneda y dio origen a la clase mercantil. Todos estos elementos hicieron que las contiendas perdieran fuerza frente a las ciudades, caracterizadas fundamentalmente por el comercio, provocando la pérdida del dominio de la iglesia sobre diversos sectores de control social y sobre el propio pueblo. Las guerras iniciadas por las autoridades, tanto desde el Estado, donde existía una organización que podría llamarse Estado, como desde el Clero o cualquier fuente concentrada de poder, trajeron hambre a la población, que inició movimientos contrarios a la estructura establecida.

Invadida por los normandos y haciendo aflorar los sentimientos anglosajones, Inglaterra se vio obligada a imponer una conducta documentada al monarca, en relación con el clero, la burguesía y la nobleza, así como, y principalmente, con el vasallaje. El contexto social en el que vivía estaba relacionado con el reinado despótico de João I, también conocido como João Sem Terra, el quinto hijo de Enrique II, cuyo nombre estaba ligado a la no recepción de tierras feudales, surgió una especie de

³⁶ DE CARVALHO, Salo. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 204.

cruzada interna. , marcado por una realidad social basada en la ley y la moral que luchó contra la rapiña y la denuncia malévolas.

El reinado de João Sem Terra representó un desajuste con la tradición inglesa de honor y libertad. Después de la muerte de Ricardo Coração de Leão, João asumió el reino inglés, usurpando el trono de Arthur, quien murió en ese momento. Su conducta despótica y ambiciosa por el poder provocó varios conflictos en el reino y más allá, tanto entre los barones ingleses, como con la Iglesia católica y el rey Felipe Augusto de Francia. Mientras estuvo en su reinado, ayudó, con su ejército, en la guerra de Bouvines, junto al emperador Otto, de la actual Alemania, y el Conde de Flandes, ubicado en la región de Bélgica, contra el reino francés. La intención del rey inglés era recuperar el territorio de Normandía, pero la derrota de los franceses en Bouvines obligó a la retirada de sus tropas.³⁷

De lo contrario, la fuente del conflicto religioso vino con el reemplazo del consejero real Hubert Walter, quien también era arzobispo de Canterbury. Al elegir a sus sucesores, los representantes de la Iglesia Católica definieron dos nombres, dejando al Papa Inocencio III para determinar quién sería elegido. Entre los candidatos, uno fue nominado por el Rey, el Papa rechazó a ambos candidatos y eligió a un tercero, Stephen Langton. João Sem Terra no estuvo de acuerdo con la decisión y no reconoció el nombramiento de Langton, afirmando que la competencia para la nominación sería del Rey. Tal conducta llevó al Papa a excomulgar a João Sem Terra y promovió una cruzada en su contra, en la que el rey Felipe Augusto , de Francia, movió tropas contra Inglaterra, para quitar el reino inglés de las manos de João. Temiendo la invasión y encontrándose acorralado contra enemigos, el Rey de Inglaterra buscó una reconciliación y se decretó vasallo del Papa, incurriendo en una ceremonia de arrepentimiento de sus acciones y aceptación del nombramiento de Langton.

En cuanto al conflicto de João Sem Terra con los Barões, tales incidentes se originaron durante los reinados, con énfasis en los tributos arbitrarios que les recaudó el Rey para financiar la guerra en Bouvines, contra Francia. Fue Langton quien intentó un programa reformista con los barones, con la intención de apaciguar los conflictos, ya que habían intentado asesinar al rey años antes, incluso si el resultado fue frustrado.

³⁷ GIL-DELGADO, Miguel Satrustegui. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. **Revista Eletrônica de História Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 243-262, 2009.

Este documento reformista fue un borrador de lo que sería la futura Carta Magna inglesa. Con las fuerzas locales presionando al Rey, se ideó una ceremonia, en la que los nobles ingleses fueron acompañados por soldados, para la firma real del texto de la Carta Magna. João Sem Terra firmó el texto el 15 de junio de 1215, pero sin intención de cumplir con las disposiciones del documento.

Tras la promulgación de la Carta Magna, Inocencio III, papa y ahora señor supremo de Inglaterra, la declaró totalmente nula, pues permitiría la usurpación del poder real, lo que generó una revuelta de los barones. Sin embargo, poco después, el 18 de octubre de 1216, muere el rey João Sem Terra, asumiendo el relevo de su heredero, Enrique III de nueve años, quien promulga una segunda Carta Magna, con pequeños cambios editoriales respecto a la de su padre, pero manteniendo su esencia.

Por lo tanto, João Sem Terra, excomulgado y convirtiéndose en el centro de las agresiones de los opositores, se vio obligado a tramitar con la Iglesia y con los barones feudales que le quitaron sus plenos poderes a través de una Carta Magna, garantizando libertades y propiedades en Inglaterra.

Al contrario de lo que tenemos actualmente, el texto de la Carta Magna fue una recopilación de varias normas, en las que no se pretendía organizar todo el sistema político. Algunas de las reglas que se establecieron allí siguen siendo relevantes en la actualidad, incluso en países que ni siquiera tenían orígenes coloniales ingleses. Por aclarar, el primer capítulo concedió libertad a la Iglesia de Inglaterra para organizarse, con libertad en sus elecciones y sin interferencia del Rey; mientras que en el segundo capítulo el Rey se comprometió a garantizar la libertad de todos los hombres libres, el cual, complementado por el capítulo XXXIX, establecía que ningún hombre libre sería encarcelado, o que su tierra sería arrebatada, sin que hubiera, en primer lugar, una sentencia judicial acorde a la ley del país, procedimiento que también fue mínimamente delimitado en la Carta Magna, asegurando derechos a los imputados y resultando en avances en la disposición jurisdiccional.

El actual parlamento inglés también tiene su germen en la Carta Magna, que antes de convertirse en parlamento se llamaba *commom council of ou kingdom*, que pretendía debatir el deber de prestar el servicio militar, cuando así lo exigiera el Rey. no basado en una obligación feudal específica.

Cabe señalar también que con él nacieron las normas fiscales. Cuando a los comerciantes se les permitió viajar libremente para comprar y vender, también se les

aseguró el derecho a cobrar impuestos justos sobre esos oficios, lo que reconfortó a los nobles y comerciantes ingleses en sus transacciones.

A pesar de que el debate sobre la Carta Magna inglesa es el resultado, o no, de revoluciones sociales, no hay duda de que trajo normas relevantes e innovadoras para la época y que inspiró a varias naciones. Las normas allí previstas están presentes en varias constituciones en la actualidad y, por lo tanto, recibe el debido valor en las cátedras de derecho constitucional por parte de las universidades de educación jurídica de todo el mundo, especialmente en lo que respecta a las libertades individuales y el deber mutuo de protección entre el Estado, figuró. por el Rey, en ese momento, y el pueblo.

Hacia el siglo XIII la península ibérica medieval estuvo marcada por una insistente regulación de las costumbres regionales, como ocurrió en 1233 con el Fuero de Salamanca y el Fuero de Sepúlveda, seguidos por el Fuero de Cuenca y el Fuero General de Navarra. Tiempo después, le siguió el Fuero de Aragón. En Cataluña nace el visigodo Liber Judiciorum, sustituido por los Usatges de Barcelona y, en Castilla, el Libro de las Siete Partidas, descargado por Alfonso IX. La fase del humanismo en el siglo XV siguió al período de oscuridad y barbarie medieval, llamado humanismo renacentista.

Varios aspectos hicieron que la escolástica perdiera espacio frente a la fase humanista. Jacinto Choza señala que esta filosofía nació muerta, ya que se cultivó en un idioma que no se hablaba comúnmente durante algún tiempo: el latín. Esto les dificultaba la difusión de sus concepciones, ya que no todo el mundo frenaba su aprendizaje. Ciertamente estuvo presente en las universidades de Bolonia, Oxford, Colonia, Salamanca y Coimbra, pero eso no fue suficiente, ya que el humanismo renacentista contenía libros en idiomas locales y la imprenta era una tecnología que permitía copiar libros rápidamente, haciéndolo accesible para todos los que supieran leer. Los conceptos que guiaron al clero estaban lejos de la realidad de la población, lo que hizo que las ideas se restringieran al ámbito de las universidades, ya que su aprendizaje no se observaba en el mundo terrenal, ni les reportaban resultados fructíferos y útiles.³⁸

El desarrollo de las tecnologías y la economía también hizo que el humanismo decayera, ya que el sistema feudal y la política canónica perdieron espacio ante el mercantilismo. El carácter llamativo también contribuyó al regreso del pensamiento clásico, cuyos textos comenzaron a transcribirse y difundirse en epistolarios llenos de fervor intelectual. Además, el crecimiento de la población contribuyó a la

³⁸ CHOZA, Jacinto. **Historia cultural del humanismo**. Madrid: Thémata, Plaza Y Valdés, 2009. p. 64-65.

concentración cada vez más necesaria del poder, que, en lugar de ser transferido al Papa, fue transferido a los reyes.

Las certezas inmutables, el todo absoluto e incuestionable, predominante en la Edad Media y con fundamento divino, son ahora cuestionadas y reflexionadas, dejando a un lado todas las certezas para dar lugar a dudas y preguntas. El humanismo renacentista fue realmente lo contrario de lo que prevaleció durante la escolástica, vio al hombre en su individualidad, reconociendo sus especificidades y necesidades más allá de lo divino, pero dándose cuenta de que seguía siendo parte del todo, pero no de una manera restrictiva e inmutable, como decían. Pensaba que los medievales eran. Todo adquirió nuevos significados.

El primer autor que inauguró esta disociación entre lo divino y lo humano es Ockham, señalando que el conocimiento divino era diferente al que se le presentaba al hombre, mientras que el conocimiento de lo divino lo dio la revelación de Dios, el conocimiento humano lo dio el aprendizaje empírico. Así, existía una división entre teología y filosofía, que hasta entonces se consideraba algo simbiótico en la sociedad medieval, en la que cada uno debía respetar sus reglas y particularidades para mantener la libertad de ambos. Este es el comienzo del Renacimiento y el embrión de lo que algún día se llamaría la Ilustración.

De esta forma, el hombre ya no aparece como obra divina, sino dominado por las conquistas. Entonces surgió el jurisracionismo, con una nueva visión del pueblo y del Estado, separando el derecho de la moral. Así surgió una nueva era, o mejor dicho, un renacimiento. En este ambiente cultural nacieron el jurista holandés Hugo Grócio y sus seguidores alemanes Pufendorf y Thomasius, acompañados del filósofo inglés Hobbes, el florentino Maquiavelo, el calabrés Campanella y el francés Jean Bodin. La burguesía colaboró con el fortalecimiento de la escolástica, que impuso nuevas condiciones para el desarrollo económico y facilitó el crecimiento de las fuerzas productivas.

La separación entre religión y ciencia gana fuerza. Se profundizan los estudios de gramática, lógica, matemáticas y organización del estado. Se permitió que fuera posible cada vez más análisis del mundo circundante, sin interferencia de interpretación de acuerdo con la Biblia. El hombre se convirtió en un centro de estudio y las filosofías de diferentes pueblos estaban profundamente relacionadas. Especialmente debido a la tecnología de impresión y la mayor facilidad de movimiento, los libros griegos

y árabes ahora se traducen a los idiomas locales y se distribuyen por toda Europa, mientras que la antigua concentración de conocimientos con la Iglesia católica se desvanece.

Los ideales platónicos regresan a Europa de manera predominante, donde los autores del Renacimiento los utilizaron como fuente científica, y se fundó una Academia Platónica en Florencia.

Dicho esto, la racionalidad con fundamento científico se convierte en la forma correcta de funcionamiento de la razón, con objetivos delimitados, los procedimientos de análisis pasan por procedimientos específicos y lógicos -presentes en Ochkam- para obtener un conocimiento seguro, que todos los hombres pueden conocer y estar de acuerdo. El conocimiento también se convierte en sinónimo de civismo y no ignorancia, considerado predominante por los pueblos del Renacimiento y la Ilustración durante la Edad Media.

A través del conocimiento del individuo, el estudio del ser humano y la capacidad de conocimiento, según Choza, la humanidad tomó nuevos rumbos. La interconexión de culturas hizo que incluso la Iglesia Católica se viera influenciada, proyectando esculturas y pinturas provenientes de esta filosofía dentro de sus iglesias, con imágenes de hombres desnudos y deidades paganas.

En consecuencia, la Iglesia Católica estaba perdiendo fuerza en las regulaciones sociales, especialmente en asuntos no religiosos. Sus conflictos internos, con énfasis en aquellos contra los protestantes Martín Lutero y Juan Calvino, quienes desafiaron las nuevas posiciones religiosas, especialmente en lo que respecta a la mercantilización de las indulgencias, impactaron enormemente la influencia y el poder social de la entidad religiosa.

Entonces, surgió una nueva cultura europea, albergando un pensamiento iusnaturalista moderno, más científico, con matices anticristianos, perplejo por el conocimiento astronómico del heliocentrismo y el descubrimiento del continente americano, completamente desconocido incluso en los textos bíblicos e históricos. Las bases de este nuevo pensamiento estaban en la naturaleza del ser humano, en el cual sus derechos se derivan naturalmente de sí mismos y, como tal, deben ser respetados por todos. Para justificar esta condición natural, autores como Jhon Locke y Thomas Hobbes recurrieron a la condición humana que era pasada de la vida social, al vivir en un “estado de naturaleza”, antes de lo que llamaron el “contrato social”. Este contrato sería un pacto entre el que ostentaba el poder y los demás, con derechos y deberes mutuos a ser respetados por ambos. De esta forma, con el contrato social, los seres humanos acordaron

colectivamente renunciar a toda su libertad personal en favor de una vida segura y más estable. Para Hobbes, lo que hizo que este contrato fuera celebrado fue la seguridad de permanecer con vida, mientras que para Locke fue el mantenimiento de la propiedad y la libertad. Por tanto, luego del contrato social, estos derechos debían ser mantenidos y defendidos por quienes ostentaban el poder, pues eran naturales de los individuos antes del pacto social y la pretensión de garantizarlos era lo que hacía que la gente estuviera de acuerdo con él.

Es importante volver atrás y registrar que el filósofo Locke obtuvo una formación académica en la Westminster School y la Universidad de Oxford. Concentró su trabajo en *Tratados de Gobierno Civil*, en dos volúmenes. En el primero criticó el absolutismo y en el segundo elaboró una teoría liberal del Estado, según la cual el Ejecutivo y el Legislativo ostentaban conjuntamente el poder de la justicia, resultando de esta teoría la base del Estado moderno. A partir de esa idea, imaginó que los dos poderes estaban separados. En la organización de la sociedad política, la libertad constituía la esencia de la soberanía popular delegada al Parlamento. Era la gente a la que se debía recurrir cuando se producía una caída de la confianza o un abuso de poder. En sus obras, Locke nunca usó, sintomáticamente, la palabra “soberanía”. También es fundamental señalar que, en el capítulo sobre *Las formas de una comunidad*, Locke abordó la extensión de los poderes legislativo y ejecutivo también por separado, haciendo hincapié en la subordinación existente entre ellos y la comunidad.

El cuestionamiento de las bases espirituales imperantes en el medievalismo, el cambio de costumbres y la nueva forma de vida, así como la organización social y económica, surgida con el Renacimiento, dictaron el encuentro de soberanía, con territorio y población y, en consecuencia, de el Estado como expresión de un derecho jurídico-político. En efecto, las organizaciones políticas pasaron a clasificarse como estados unitarios o estados compuestos, según sus características administrativas. De la misma manera que el jusracionalismo había integrado al humanismo, pasó a formar parte de la Ilustración. En Francia, recibió el nombre de Movimiento Enciclopédico, siendo dirigido por Voltaire. En Alemania, hubo una integración entre las razones filosófico-políticas con la ética protestante, especialmente en las provincias de Prusia y Austria.

Por cierto, la Ilustración francesa se basó en estas tesis para formar los ideales de la Revolución Francesa, seguida de la Declaración de Independencia Americana. Como resultado, estallaron las luchas por la libertad de prensa, los derechos

laborales y la justa división de la riqueza. Montesquieu sintió la estética social para extraer de ella relaciones y modos de conducta. En él definió que cada región tendría leyes acordes a estos elementos, pero formuló un Estado cuyas bases se dividían en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en los que cada uno regularía la extensión del otro, para frenar los abusos de poder. Al extraer sus posiciones de la estética social, el legalismo defendido por el positivismo jurídico en el *Espíritu de las leyes* es totalmente contradictorio con el espíritu sociológico de Locke cuando sostiene que la voz del pueblo estaba constituida por el clamor político, surgido de las costumbres, densidad de población, religión y clima, mientras que en Locke subordinó las leyes al propio “gobierno civil”.

En el estado despótico no había ley y el juez busca el espíritu del pueblo. Este volksgeist despierta más tarde en Savigny. Como politólogo, Montesquieu demostró ser un jurista influyente dedicado a los asuntos públicos. Al tratar de concentrar las formas de gobierno, se preocupó por los límites de la autoridad política que ostentaba el poder. Sus reflexiones constituyeron los cimientos básicos de toda ciencia política moderna que inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, elaborada durante la Revolución Francesa. François-Marie Arouet, conocido como Voltaire, fue educado por los jesuitas y se convirtió en una de las figuras más destacadas de Francia durante la Ilustración. En defensa de las libertades civiles, publicó una apología del estado de derecho contra el despotismo represivo.

Durante el absolutismo europeo, apareció en Milán el jurista italiano Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. A los 26 años escribe *Dos Delitos e das Penas*, siendo recibido festivamente en París por los enciclopedistas, por defender juicios públicos y reprobando torturas y acusaciones secretas. Comprendió que las penas deberían ser menos severas y pidió la abolición de las penas crueles e inmoderadas. Este pequeño libro, casi un panfleto, fue traducido al francés y luego al español, y su pensamiento fue la filosofía del utilitarismo, que se basó en el cálculo de la utilidad, presente en Helvétius y explicada en su obra *Sobre el espíritu*. El libro de Beccaria contenía elementos interesantes basados en el utilitarismo, especialmente dirigido al legislador y al convicto, pues las penas siempre pasaban por el tamiz del bien común y la modificación de la conducta humana a través de las sensaciones, pasando siempre por un cálculo aritmético

de la felicidad y la infelicidad.³⁹ Así, si la pena es algo mala, influiría en la conducta del condenado, de modo que no volvería a cometer el delito, ya que el castigo demostraría, a través de sensaciones humanas y por el cálculo de la utilidad, que esa conducta no trajo consigo. él resultados tan beneficiosos, cuánto maléfico. Corresponde al legislador dictar leyes que sean lo suficientemente pesadas, ponderando cada conducta, para que el delito ya no sea cometido por el agente o que, antes incluso de cualquier conducta, la persona que pretenda cometer un delito reflexione sobre la pena que se le imponga. sufriría, haciendo un cálculo entre beneficios y perjuicios que serían ponderados por la conducta y la sanción.

Con la Ilustración comenzaron a surgir nuevos pensadores y la visión democrática basada en el liberalismo promovió una revolución en las estructuras sociales establecidas hasta entonces. Entre ellos se encontraba Rousseau, un suizo de origen francés, que estudió la construcción del Estado como consecuencia de un pacto, en el que la renuncia individual a la libertad ilimitada no ocurre simplemente para colocar a un soberano en el poder, pero por el contrario, combinarlo con el de todos los demás, dando lugar a una voluntad colectiva general, contraria a lo que sostenía Montesquieu. Por eso, la construcción intelectual más relevante de Rousseau es *El contrato social*, obra en la que imaginaba un Estado ideal, garante de los derechos de todos los ciudadanos. Al igual que Locke, idealizó un pacto social donde la propiedad se valora positivamente y, de esta forma, podría surgir la división del trabajo.

De lo contrario, en la antigua Alemania, en su *Crítica de la razón pura*, Kant formula científicamente los fundamentos del pensamiento moderno. Según él, el conocimiento se puede obtener de dos formas: empírica y pura. La primera, instintivamente a través de los sentidos, cuando sientes en tu propio cuerpo, por ejemplo, que se ha abierto una puerta detrás de ti. El segundo, por deducción de inteligencia. De hecho, la primera parte de la *Crítica de la Razón pura* investiga la sensibilidad bajo el nombre de *Estética Trascendental*. La segunda, la *Lógica Trascendental* instituida, analiza los elementos del entendimiento, abordando el uso de la razón; de esta manera crea metafísica. Por esta razón, y debido a la posición de la Iglesia de Roma, racionalmente la Reforma Protestante comenzó a sostener que el poder Divino se transmitía directamente a los soberanos. De ahí que se comprenda por qué el absolutismo

³⁹ DE CASTRO, Alexander. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. In DAL RI JUNIOR, Arno. **Iluminismo e Direito Penal**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008. p. 55.

tomó rasgos radicales frente al poder temporal de los reyes católicos. El absolutismo pasó entonces a representar una forma especial de gobierno, que concentraba todo el poder en una sola persona o en un pequeño grupo gobernante.

En ese momento, las trece colonias angloamericanas, que congregaban cerca de 1,5 millones de habitantes, al otro lado del Atlántico, vivían un período de intensa preocupación cuando el Parlamento inglés, a través de *stamp act*, impuso impuestos específicos y severas medidas económicas a ellos. Considerando que las Asambleas Americanas estaban al mismo nivel que el Parlamento inglés, se amplió el espíritu republicano de que los hombres son iguales en derechos a la vida, la propiedad, el culto, el discurso y el jurado popular. A partir de estas ideas, comenzó la insurrección contra la soberanía colonial desplazada al pueblo. Sin precedentes históricos, fue necesario organizar un gobierno federal completamente nuevo, sin suprimir el de los Estados. De acuerdo con los Artículos de la Confederación de los 13 Estados, aliados bajo el nombre de Estados Unidos de América, se formó una liga perpetua en defensa de las libertades. Incluso bajo el mando militar de una sola persona de George Washington, cada estado conservó su soberanía. El resultado de esta Confederación fue la Declaración de Independencia de América del Norte, con la elaboración del estatuto de libertad civil y política, reconocido por Inglaterra, en la firma del Tratado de Versalles.

Mientras que el Parlamento inglés se compuso dentro de un sistema de clases, el Congreso estadounidense se estableció dentro del sistema representativo debido a la densidad de población, donde la elección se llevó a cabo mediante sufragio universal. Con el régimen republicano y demográfico se podía votar a todos los estadounidenses. Los Estados Unidos de América, a través de la Quinta Enmienda Constitucional, comenzaron a estipular que toda persona que fuera interrogada tendría derecho a permanecer en silencio hasta que se le asignara un defensor. Esta cultura norteamericana solo fue posible dado el hecho de que la Inglaterra insular nunca había conocido los rigores de la Inquisición europea continental.

A mediados de 1789, en París, se produjo una gran explosión popular con la toma de la Bastilla, que se extendió por Europa, transformando los regímenes absolutistas y las estructuras feudales en sociedades democráticas. La Bastilla fue efectivamente el símbolo del arbitraje y el despotismo. Impulsados por los ideales de la Ilustración, que en su mayoría estaban vinculados a los ideales liberales, en la búsqueda de la libertad del pueblo y de un Estado formado por la regulación entre poderes y democracia, donde no habría poder arbitrario contra la población y guiado por la figura

del Rousseau, la Revolución Francesa obtuvo los más variados resultados a partir de este movimiento popular; entre ellos, los que más se destacaron fueron la libertad civil, el sufragio universal, la libertad de pensamiento y de prensa, la libertad de pensamiento y de prensa, de elección del ciudadano y de elegir a sus candidatos, la separación de Iglesia y Estado y la independencia entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El hombre se convirtió en tema de historia. Pronto, contra el absolutismo, surgió un nuevo Estado, un nuevo pueblo y una nueva civilización.

Es importante resaltar que en la historia los resultados no siempre son lineales. Si bien los movimientos ilustrados cobraron relevancia al acercarse a los ideales liberales, promoviendo la democracia y la independencia entre los poderes, en otros lugares los resultados fueron distintos. Cabe mencionar la región de Lombardía, Portugal, Prusia y Austria, donde el crecimiento de la Ilustración y los movimientos sociales que exigían mejores posibilidades de crecimiento, hizo que los reyes (de estas regiones) impulsaran profundas reformas en su organización administrativa, racionalizándola y Garantizó una mayor libertad económica y social a la población, privando también al orden de castas establecido hasta entonces, que mantenía una organización considerada injusta por la Ilustración. Estos movimientos reales, en cierto modo, hicieron que los ideales democráticos fueran desatendidos entre los pensadores de la época para ganar relevancia un absolutismo diferente al existente durante el final de la Edad Media e incluso después de su final. La relación entre la Ilustración y el absolutismo, que alcanzó su punto máximo a mediados del siglo XVIII, se denominó *Absolutismo Esclarecido*, permitiendo a los reyes mantener su poder satisfaciendo a la población con reformas ilustradas adecuadas a un sistema monárquico.

Las nuevas funciones otorgadas al soberano, cualquiera que sea el régimen político que presente, asumieron nuevas formas durante el siglo XVIII, en el que debe velar por la armonía de poderes, sin interferir en sus libertades, y debe promover el bienestar general. Es durante este período que nacen pensamientos basados en la felicidad pública y el bienestar general, donde el soberano asume el rol de guiar a la población, es decir, el camino sería guiado por él y, en este contexto, uno de sus principales objetivos. instrumentos para la consecución de los objetivos deseados era el adecuado.

La geografía europea concentró el absolutismo en las regiones del Mediterráneo occidental, bañadas por el Atlántico. Tanto es así que se convirtieron en fuentes de manumisiones derivadas de la Revolución Francesa, contrarias a las poderosas normas determinadas por el Derecho Público. Lejos de esta región, en la antigua

Pomerania, más al norte y al este del antiguo continente europeo, en la época conocida como Prusia, los textos escritos en latín emanados de los filósofos comenzaron a rehabilitar la regulación clásica, con la inserción de un derecho privado por parte de los filósofos. La inclusión de la disciplina del Derecho Romano en el plan de estudios de los cursos de Derecho. Nació lo que se conocería como “romanización”; o más bien, de las novelas alemanas por un lado y, por otro, de la “Escuela Histórica del Derecho”, que reúne a juristas germanófilos. Depende de los “novelistas” construir el nuevo pandekter, revitalizado en un historicismo pragmático, utilizando el latín como matriz escrita. Entre ellos, se destacaron Hugo, Savigny y Puchta. En la posición opuesta, utilizando el idioma alemán en defensa de las costumbres y tradiciones germánicas, Eichhorn, Grimm y Beseler tomaron una posición. Mientras los romanistas defendían la fuerza jurisprudencial legada por los juristas -porque en Roma prácticamente no había leyes- los germanistas pretendían unificar el imperio alemán con un Código Civil imbuido de valores históricos. De hecho, por un lado, la “fábrica de leyes” fue criticada porque sería imposible colocar todas las leyes “dentro de las leyes”; por otro lado, incorrecto e irrazonable sería privar al “espíritu del pueblo alemán” (*volksgeist*) de comandar, en sí mismo, el destino del pueblo alemán.

No se puede negar que Savigny guió a la derecha conservadora con abundante munición ideológica, introducida en la legislación privada, que difícilmente sería aprobada por ningún parlamento elegido regularmente por el pueblo. Llegó al extremo, dentro del Código Civil prusiano, de tipificar como delito de robo de madera la práctica tradicional campesina de cortar leña en el bosque y almacenarla en almacenes para calentarla en invierno. Por tanto, la relación entre la teoría y la práctica jurídica de Savigny era realmente muy peculiar. De esta manera, lenta y gradualmente, el positivismo jurídico se fue conformando y ocupando espacios en oposición a la filosofía, dividido entre las corrientes kantiana y hegeliana, seguidas por Thibaut y Gans. Además, debe enfatizarse que tanto el historicismo alemán como su romanticismo germánico no estarían completos sin la inclusión de Stahl. Contemporáneo con Savigny y el romanticismo apoyado por Puchta, Stahl se integra en la escuela histórica a través de un particular sesgo judío y luterano, profesando el protestantismo dentro de la ciencia jurídica. Si, por un lado, la codificación privada prusiana amaneció a finales del siglo XVIII; a principios del siglo XIX, se creó el Código Civil francés, que consta de 2.281 artículos. Con un ascenso militar al poder, Napoleón I reprimió todo tipo de oposición, redactando un Código Civil para privilegiar el dominio político de la burguesía, poniendo límites positivos a las

libertades individuales. Para ello, se alió con el magistrado Tronchet, presidente del Tribunal de Casación, y el magistrado Portalis, quienes se convirtieron en los redactores del Código Civil francés, en consonancia con las doctrinas de Pothier, con la ayuda de los juristas Bigot y Maleville. El jurisconsulto Lassale, miembro entusiasta del movimiento socialista prusiano, de quien Marx buscó aspectos doctrinales del derecho, para reflexionar sobre la división económica del trabajo y la relación entre el derecho y el Estado, se posicionó de otra manera.

Por tanto, es importante reafirmar que, a finales del siglo XVIII, hubo un grito europeo que pedía la libertad privada, defendiendo que los hombres nacen libres y son iguales en derechos, sin distinciones sociales, razas ni credos. La ciencia del derecho, y no el derecho mismo, ya no se interesaría por las causas, sino por los fines y el sentido mismo de las cosas. La noción de justicia distinguía a los justos de los injustos; las justas leyes de los injustos, el error del legislador y el falso juicio de lo que sería verdad. Era la metafísica del derecho alojada en la razón de los juristas, exigiendo al Estado las condiciones normativas recomendadas por la Revolución Industrial, modificando costumbres y construyendo ciudades de una manera antes inimaginable. En estas condiciones surgieron juristas que realizaron aportes doctrinales relevantes. El jurista Stammler fundó la teoría del derecho correcto, una nueva versión del derecho natural a la que más tarde Kelsen se opuso con su teoría pura. Al respecto, en la segunda parte de su Tratado de Filosofía del Derecho, como profesor de la Universidad de Berlín, Stammler discute el principio del derecho justo, mostrando que, por encima del derecho positivo, predomina un derecho natural, en el que tanto tienen contenido variable. Para su época, Stammler tomó una posición de vanguardia, defendiendo el derecho contractual justo y condenando la esclavitud y el despotismo. De hecho, es imposible hablar de sociología jurídica antes de la segunda mitad del siglo XIX, ya que, anteriormente, la Sociología misma no existía. Son los fenómenos que estructuran el equilibrio social los que nos permiten identificar conceptos, teorías, métodos, porque la sociología exige rigor científico a los fenómenos sociales. Luhmann aclara que el derecho no se origina en la sanción del legislador. La preocupación por la sistematización de los fenómenos sociales marca la racionalidad de los juristas, cada uno con un enfoque propio y particular de los temas relacionados con las ciencias humanas, jurídicas y sociales.

Con el crecimiento de la acumulación de capital, originada por el sistema mercantil y transformada en un sistema capitalista, la relevancia de la economía gana protagonismo en las sociedades. La búsqueda de la satisfacción de los bienes materiales

privados y el sentimiento de crecimiento en todos los ámbitos sociales hacen que se consolide la protección de este sistema. En este sentido, aparecen pensadores que proponen analizar la relación económica, entre ellos se encuentra el economista escocés Adam Smith, profesor de la Universidad de Glasgow. Escribió la *Teoría de los sentimientos morales*, que constituiría la parte inicial de un curso sobre principios de economía y política económica. También abordó preguntas sobre las leyes de los pobres y la membresía.⁴⁰ Solía visitar Burdeos para relacionarse sobre *La riqueza de las naciones*, donde presentó los fundamentos sobre la teoría del crecimiento económico, constituida por la riqueza de las naciones. Ricardo también representa a su lado la escuela clásica. En la obra *Principios de Economía Política y Tributación*, presenta el resultado de sus reflexiones sobre los problemas económicos, la inflación, la pobreza y los efectos del proteccionismo en los trabajadores y capitalistas. Los terratenientes tienden a obtener un mayor enriquecimiento por la simple razón de que son propietarios de tierras productivas, aunque los salarios de los trabajadores tienen una estrecha relación con las ganancias de los capitalistas; es decir, el margen de beneficio del capital implica una reducción de los salarios y viceversa. En el mismo período, el francés Nicolas Baudeau se guió por la idea de legislación económica, que giraría en torno a los aspectos sociales, productivos y los denominados estériles, incluidos los industriales o comerciantes. Así, se concretó lo que se denominaría derecho económico durante el siglo XIX, que no estaba vinculado al derecho privado ni al público, sino que sería una ramificación de ambos ámbitos jurídicos, en el que el derecho y la economía estarían sujetos al conocimiento económico y la importancia de cada tema en cada momento.

Cabe señalar también que, por un lado, se destaca plenamente a la revolucionaria polaca Rosa Luxemburg como fundadora de la facción izquierdista de la socialdemocracia alemana. Comprendió que solo a través de la violencia podría enfrentar la opresión. Su obra principal fue *La acumulación de capital*, cuyo tema provocó continuos debates en los círculos marxistas. Existe una aproximación entre la teoría de la acumulación, defendida por Rosa Luxemburg, y la teoría de la demanda efectiva, que surgió en el siglo XX y fue apoyada por Keynes. Cuando estalló la Gran Guerra, Rosa Luxemburgo rompió con la socialdemocracia alemana y participó en la fundación de la Liga Espartaco. Para este pensador revolucionario, la revolución es un método de

⁴⁰ PARDO, Mauricio Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. **Anuario Jurídico**, Colômbia, p. 117-150, 2002.

progreso en la sociedad de clases, que se complementa y al mismo tiempo se excluye, como el Polo Norte y el Polo Sur, o en la burguesía y el proletariado. Por otro lado, el economista inglés John Maynard Keynes también se destaca plenamente por sus estudios relacionados con las consecuencias económicas de la Primera Guerra Mundial. Fue autor de *La teoría general del empleo, el interés y el dinero*, en la que aborda la inflación y la deflación. También escribió *Las consecuencias económicas de la paz*, criticando fuertemente el Tratado de Versalles por ser perjudicial para la paz. El mayor mérito de Keynes fue integrar la práctica social con las teorías económicas, en un momento en que el mundo estaba conmocionado por la acentuada belicosidad y, en consecuencia, por la depresión y el desempleo.

A partir de este breve comentario sobre Keynes, que se remonta al siglo XVIII, es importante recordar que recién a fines de este siglo apareció la expresión “materialismo”, designando las corrientes agnósticas de doctrina que negaban la existencia de valores espirituales. Un ateísmo severo, contrario a cualquier forma corporal de deísmo, derrocó todos los dogmas religiosos. De hecho, el materialismo es una visión material de la naturaleza, mientras que la dialéctica es una evolución dinámica del pensamiento y la vida. La propia forma de pensar que miraba a la naturaleza como un conjunto de cosas fue reemplazada por otra formada por un conjunto de nexos y procesos. Solo después de la publicación del *Manifiesto del Partido Comunista*, en 1848, y la instalación de la Primera Internacional, fue posible consolidar la doctrina y la política del socialismo científico.

La Revolución Industrial fue en gran parte responsable del surgimiento de una burguesía fuerte, dueña del capital y la producción, y del proletariado. Con el advenimiento del Manifiesto del Partido Comunista surgió un socialismo científico que predicaba la dictadura del proletariado, la sociedad sin clases y la eliminación del Estado. El director de este diploma reside en la Liga de los Justos, en Londres, que agrupa a grupos de trabajadores alemanes, domiciliados en el extranjero y con corresponsales en París y Bruselas. Transformado en la Liga de Comunistas, Engels recibió el encargo de escribir su nuevo programa, es decir, llamarlo Manifiesto Comunista. Al comparar este nuevo proyecto con el verdadero manifiesto, se percibe en él la profunda superioridad intelectual de Marx con relación a lo presentado por Engels, ahora dividido en tres partes: en la primera, que contiene la descripción del trabajo negativo de la burguesía; en el segundo, la lucha de clases y el papel del proletariado y, en el tercero, la acción revolucionaria práctica de los comunistas. Este documento, filosófico-social-económico,

excepcionalmente, señala una contradicción en admitir a la sociedad burguesa como inexistente ahora, por haber muerto víctima de la pereza de los que nunca trabajan y tienen todo, mientras que los que trabajan no tienen nada. En el Manifiesto se hace referencia a esta burguesía perezosa como la ejecutora de las mayores maravillas de Egipto, Roma y la Edad Media.

Disuelta la Primera Internacional (1864) y fallida la Segunda (1889), el socialismo se separa del comunismo y avanza hacia la conquista pacífica del poder político, a través de las elecciones. En 1917, el bolchevismo se transformó en comunismo y la producción se llevó a cabo de forma colectiva a través de la propiedad común del pueblo. El uso del método dialéctico constituyó el conocimiento histórico de los descubrimientos científicos. La clase proletaria debería dominar a la burguesía y posteriormente instituir una sociedad sin clases, en la que las propiedades y los medios de producción serían colectivos, así como se extinguiría cualquier tipo de apropiación del trabajo ajeno.

Con Sócrates, la dialéctica se convirtió en un método, más tarde adoptado por Tomás de Aquino, quien la define como parte de la lógica. Kant la transforma en dialéctica trascendental y Hegel en la contradicción de la realidad, a través de la “afirmación” y la “negación de la afirmación” y luego con la “negación de la negación”, dando lugar a la dialéctica marxista. A esta forma de razonamiento Hegel la llamó “método dialéctico” usando el ejemplo de un huevo que completa la negación con el polluelo rompiendo la cáscara y la negación de la negación con el surgimiento de un ser orgánico superior. Para comprender la realización de este progreso científico, bastaría con la comprensión lógica de que lo negativo es igualmente positivo. Fue con la ayuda de este hegeliano dialéctico que Marx formuló las leyes de formación del socialismo. La ley debe identificarse con las aspiraciones sociales y mantener un sistema legal de apoyo al Estado. Así, superando al socialismo utópico, el socialismo de Estado y cristiano se separó del socialismo científico, y éste, a su vez, se dividió en relación a la conquista pacífica o violenta del poder político. Precisamente a través de un marxismo crítico, completamente diferente al marxismo científico, Gramsci se posicionó lejos de la guerra de movimiento, en la conquista del poder a través de la violencia, inaugurando su guerra de posición en una sociedad civil gelatinosa y, a través de ella, alcanzando inteligentemente el poder. Llega a la conclusión de que el camino democrático era el más justo y que el desarrollo histórico exigía una disponibilidad de energía, para que la filosofía de la práctica no se redujera a un pragmatismo utilitario. Finalmente, a una filosofía de la praxis que tendía a

superar la forma de pensar y que consistía en una crítica del sentido común. El hombre de masas debe operar de manera práctica. La autoconciencia crítica constituiría políticamente la creación de una élite de intelectuales, formada a través de un proceso lleno de contradicciones, avances y retrocesos, cuyo determinismo, vinculando a intelectuales y hombres con las masas, se convertiría en una fuerza perseverante de resistencia práctica.

Desde el nacimiento de los ideales de la Ilustración, el derecho ha asumido un papel destacado en la implementación de sus ideales. Durante el comienzo del siglo XX, surgieron muchos estudios y debates a través de su análisis. Entre ellos, hubo un entendimiento procesal sin pretensiones, consignado por Oskar Von Büllow en un estudio doctrinal, que fue suficiente para provocar una combustión en el derecho libre. El derecho libre fue una verdadera corriente jurisprudencial y se convirtió en un movimiento doctrinal amplio y comprensivo. Insatisfecho con la actitud hermética de enfrentamiento de los magistrados, el sociólogo ucraniano Ehrlich -severamente crítico con el encarcelamiento del juez dentro de los límites del derecho positivo-, en una carta a Kantorowicz, profesor de la carrera de Derecho de la Universidad de Berlín, protestaba contra esa posición de Büllow. Así nació el alemán *die Freirechtslehre*, aumentado por el pensamiento jurídico del francés Gény al implementar la *Ecole Du Droit Libre*; como el italiano Treves con el *Movimiento Del Diritto Libero*. Esta cuestión, que involucra la “libertad” jurisdiccional, por su propia naturaleza despertó el interés de muchos otros estudiosos que defendían métodos antilegalistas para exaltar la supremacía de la aplicación de la justicia en la primacía del sentimiento personal de la ley sobre el sistema de reglas formales. Para los partidarios de la Facultad de Derecho Libre, nunca se ha opuesto a la ley, señalando su presencia solo para llenar los vacíos porque, en estos casos no cubiertos por la legislación, llenar es un fenómeno natural espontáneo.

Paralelamente al Derecho Libre, el jurista Ehrlich publicó reflexiones sobre los “Principios de la sociología jurídica” argumentando que el derecho está vivo en el uso cotidiano, ya que emerge en la sociedad aunque no esté impreso. Es el resultado del uso, las costumbres, el uso y la observación. Pero advirtió que además de esta organización informal, a la que denominó “Direito Vivo”, podría convivir con otra organización formal que Ehrlich denominó “reglas de decisión”, las cuales se encuentran en los códigos que deben aplicar los jueces. Ilustró el problema con ejemplos cuando afirmó que, si bien existe un aparato estatal para la distribución de justicia, las grandes casas comerciales dejan voluntariamente de promover los procedimientos judiciales.

Naturalmente, prefieren soportar los problemas de la denegación de pago solo rompiendo las relaciones comerciales con sus clientes morosos. Esta visión sociológica de los hechos jurídicos a medida que surgen fue lo que más tarde despertó el interés del jurisconsulto estadounidense Roscoe Pound, contemporáneo de Ehrlich pero 20 años mayor. Pound entiende la expresión “Ley Viva” como sinónimo de “Ley en acción”; sino de la “Ley en los Libros” con la equivalencia de las “normas de decisión”, haciendo común el conocimiento sociológico de Ehrlich con el de Pound, ya que, en ambos, la ley se autogeneraba. Sus argumentos solo reflejaban una Ley Viva o en acción, en oposición a las normas de decisión o leyes en los libros. Esta vitalidad y esta libertad marcada en la Ley Libre o Ley Viva ni siquiera existía. Tanto es así que, con el advenimiento de la constitución republicana ibérica de 1978, los escombros legalistas que dejó el dictador Franco no fueron descartados de inmediato. Un año después, en la ciudad de Guadalajara, se creó la Unión Territorial de Magistrates, Jueces y Fiscales. Al año siguiente, los magistrados de Madrid crearon la Asociación de Jueces y Magistrados de España (AJM) y la Asociación Profesional de la Magistratura (APM). Este último realizó el I Congreso con la participación de jueces progresistas, adherentes al Derecho Alternativo. En este conclave se sustentaron las bases críticas que construirían el movimiento llamado Jueces por la Democracia. En 1994, la Universidad de Andalucía, en la Sede Iberoamericana de Santa María de la Rábida, en la ciudad de Huelva, impartió el Curso Crítico de Seguridad Jurídica. A este evento asistieron operadores legales de España, Brasil, Argentina, México, Chile y Colombia.

El renombrado jurista austriaco Hans Kelsen, miembro de la facultad de la Universidad de Viena y Colonia, también aportó una nueva visión del derecho. A través del estudio de la ciencia positivista, Kelsen abordó el derecho a través de su libro *La teoría pura del derecho*, o mejor dicho, la estructura jurídica sin relaciones sociales ni factores externos distintos al derecho mismo, considerado como algo único y estudiado sin ningún vínculo externo, salvo su propias bases. Sin pertenecer directamente al Círculo de Viena, representa uno de sus exponentes en la búsqueda de desintoxicar la ciencia del derecho de todos los elementos que le son ajenos, ya que los fenómenos sociales son hechos naturales. Esta autonomía constituye la diferencia de una ley material, que es independiente de cualquier intervención de la voluntad. Para él, la validez de una norma no puede resultar de un hecho natural, sino de otra norma que la estructura. Kelsen ha enseñado en Ginebra, Praga y los Estados Unidos de América (universidades de Harvard y Berkeley).

El famoso historiador Éric Hobsbawn, profesor del *King's College of Cambridge*, promovió la mayor investigación sobre el último milenio. Como resultado, publicó la obra *Era dos Extremo*. En él, dividió los últimos 100 años en tres partes distintas, a las que llamó la “Era de la Catástrofe”, la “Edad de Oro” y la “Era del Colapso”. Antes de analizar las consecuencias del Tratado de Versalles, la Constitución de la República Federal Alemana y la Asamblea de Weimar, es necesario mencionar que el derecho contemporáneo comenzó en 1917, fecha de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagrada por Heiman Heller, que es el estado contemporáneo. Poco después, en 1929, los precios en todo el mundo se desplomaron y, en consecuencia, los mercados de valores cayeron bruscamente, aniquilando el comercio internacional. Esto se debió al agotamiento productivo industrial y al extenso movimiento huelguista que llegó a más de diez millones de trabajadores estadounidenses, cinco millones en Alemania y tres millones en Inglaterra. Sólo una severa intervención estatal en la economía capitalista liberal, imponiendo una cruel regulación de los sectores económicos, permitió minimizar los graves efectos de esta crisis. Las dificultades económicas (y la inflación) comenzaron a ser explotadas por los grupos nacionalistas, lo que permitió a las viejas oligarquías regresar al poder.

En 1923, un grupo de intelectuales judío-alemanes fundó un centro de estudios, presidido por Horkheimer, responsable de la edición del *Revista de Investigación Social*. Diez años más tarde, la oficina se trasladó a París y, dos años más tarde, a Nueva York. Los representantes más destacados de la Escuela de Frankfurt fueron los filósofos Horkheimer; Marcuse; Adorno; Walter Benjamín; Fromm y, en la etapa de posguerra, Habermas. Juntos, estos pensadores sentaron las bases de la “teoría crítica de la sociedad”.

En la década de 1920, el continuismo del militarismo prusiano renació, en Alemania, el sentido exacerbado de la nacionalidad, resultante de imposiciones internacionales vejatorias, después de la derrota en la Segunda Guerra Mundial. El pequeño partido obrero alemán, pan-alemán y antisemita propigó a Hitler, como Führer, aprovechar la ideología del nacionalismo para alcanzar el poder político y convertirse en el líder supremo, externalizando la persecución racista en los campos de exterminio de Auschwitz, Buchenwald y Dachau, entre otros. También en la década de 1920, Mussolini introdujo en Italia un régimen político totalitario, fascista, destinado a resucitar el Imperio Romano. Disueltos todos los partidos y luego extinguido el parlamento, la Iglesia Católica comenzó a apoyar al régimen a través del Pacto de Letrán, que resolvió el problema

romano. Las alianzas entre el fascismo italiano y el nazismo alemán sembraron la Segunda Guerra Mundial. En Alemania, Hitler comenzó el Tercer Reich con el ascenso de los nazis al parlamento. En un libro contundente -llamado *Mein Kampf* y de carácter biográfico- en la primera parte, Hitler sistematizó sus principales argumentos, repudiando las condiciones impuestas a Versalles; la necesidad de no pagar los fondos de indemnización; la inutilidad del parlamento; la superioridad de la raza alemana. Estableciendo pactos con Franco en España y más tarde con Italia y Rusia, Alemania anexó Austria y parte del territorio checo. Luego invadió Polonia. Como resultado, Francia e Inglaterra declararon la Segunda Guerra Mundial, cuyos resultados fueron la extinción del nacionalsocialismo y la capitulación total del ejército alemán. Hans Kelsen, se vio obligado a huir de Alemania, temeroso de las consecuencias del nazismo, a pesar de que su libro *La teoría pura del derecho* fue utilizado por los nazis como un pilar legal e inicial que permitió la llegada del nazismo al poder, que tras su estabilización se vio reforzada por la concepción jurídica de Carl Schmitt, quien sostenía que el poder de salvaguardar la constitución era político y, por lo tanto, dependería del Reich, mientras que Kelsen argumentó que su custodia de la constitución era la naturaleza legal de la misma. La ciudad polaca de Oswięcim, situada en Galitzia, llegó a ser conocida como Auschwitz, donde los nazis establecieron cuatro campos de concentración para el exterminio de casi cuatro millones de judíos. Transformado en un museo y llamado el holocausto, ahora es identificado por la Unesco como un sitio negativo del patrimonio mundial para las civilizaciones futuras.

Los prejuicios y la persecución de las minorías fueron rasgos rechazados y cuestionados durante ese período, a pesar de este movimiento contra los nazis y sus ideales, todavía hay discriminaciones que son aceptadas por varias sociedades. Las mujeres que siguen siendo discriminadas tanto en Oriente como en Occidente pueden ser citadas. Cabe destacar que la emancipación intelectual y los derechos civiles de la mujer son muy recientes. En el siglo 19, a través de *Saint* Simón y Fourier, la izquierda socialista comenzó a reclamar la capacidad y los derechos reservados para los hombres. Con la Revolución Francesa incluso se aceptó la Declaración de los Derechos de la Mujer, presentada por Olympia de Gouges (más tarde decapitada). El conservadurismo, con respecto al jefe de la familia centrado en la figura masculina y la autoridad de la *pater familia*, obstruyó esta postulación, principalmente porque las mujeres representaban la mitad de la población mundial y no tenían el dominio de las propiedades. En el Código Civil francés, la mujer era considerada como una menor perpetua incapaz, sin derecho a

jurisdicción sobre la suya propia; se requería el permiso de su esposo. Así, no hay nadie que indique, entre las personas más brillantes que promovieron la evolución de la humanidad, líderes del género femenino, salvo en el desarrollo de la medicina, con la polaca Madame Curie, graduada de la Universidad de la Sorbona. Su trabajo de radiactividad le proporcionó el Premio Nobel de Física en 1903 y química en 1911. Murió de leucemia, contraída por la exposición a la radiactividad. También hay protagonismo para la escritora francesa Simone de Beauvoir, defensora de la independencia de la mujer y su papel en la sociedad moderna. Junto a su marido Jean-Paul Sartre, se unió a los estudiantes franceses que exigían un cambio. También vale la pena mencionar a la Madre Teresa de Calcuta, nacida en Albania como Anjeze Gonxhe Bojaxhiu. A la edad de 18 años, en Irlanda, se unió a la Congregación Mariana de Berlín como novicia, siendo enviada tres años más tarde a la India como misionera católica. Se convirtió en un símbolo universal de caridad y desinterés, recibiendo el Premio Nobel de la Paz.

En Austria, en este último siglo, en oposición a la metafísica fue el Círculo de Viena que reunió a los filósofos Schlick y Carnap, el economista Neuralt y el matemático Hahn. Para Carnap, la metafísica existiría dentro de la dualidad lingüística positivo-negativa, de acuerdo con una sintaxis lógica. También afirmó que en el desarrollo de la lógica es importante la investigación semántica de los sistemas lingüísticos. Su tesis doctoral recibió el título de *El espacio: una contribución a la teoría de la ciencia*. También escribió *El lenguaje físico como el lenguaje universal de la ciencia*.

De manera diferente, Lyotard entendió que la modernidad, defendida por arquitectos europeos y estadounidenses para demostrar el progreso, ya no representa la realidad. La fragmentación del individuo y la creación de microorganismos indujo una forma diferente de enfrentar la modernidad, sacudida por las consecuencias destructivas de la ocupación irracional del globo por las continuas agresiones perpetradas por la industrialización intrascendente. Allí, entonces, se establece la posmodernidad. En *La Postmodernidad explicada a los niños*, Lyotard aclara el eclecticismo de la cultura social contemporánea, afirmando que lo posmoderno tiene una paradoja entre el futuro (post) y el anterior (modo), formulando luego la famosa pregunta: después de todo, ¿qué es posmoderno? Él mismo responde que el posmodernismo no es el fin del modernismo, sino un estado naciente dentro del modernismo que no determina su fin ni lo sucede, solo confirma una coexistencia paralela. La diferencia entre moderno y posmoderno radica en

la desaparición de la idea de progreso que paradójicamente desafía la supervivencia humana.

La expansión mundial resultante de dos grandes guerras mundiales y la adopción de regímenes totalitarios en Rusia, Alemania e Italia fueron los factores sociopolíticos que sacudieron las estructuras del siglo anterior, que comenzó bajo la Gran Depresión Americana. Fue precisamente en este entorno donde salió a la luz la Constitución de Weimar. A medida que la ley se puso así en dirigir ideas lógicamente preconcebidas, las naciones occidentales comenzaron a organizarse como un reflejo de esta realidad arquitectónica. El sociólogo estadounidense Talcott Parson, fue el creador de la teoría de sistemas. Es suyo *El Sistema Social y los Sistemas de la Sociedad*, distinguiendo los diferentes tipos de sociedades, la interdependencia entre los sistemas de personalidad con lo cultural y esto con lo social. Para Parson, la acción social deriva de una concurrencia de contextos que llama sistemas. Lo cultural se compone de diversos elementos, valores y conocimientos que conducen al sistema biológico. Esto, a su vez, controla el sistema racional, que controla la personalidad. Los sistemas se interconectan para formar el dispositivo que inspira y alimenta las interacciones existentes en la colectividad. Como profesor de sociología en la Universidad de Harvard, favoreció los elementos estáticos de la realidad social y se unió a la corriente estructuralista-funcionalista. A su lado, el economista canadiense Galbraith, también profesor de Harvard, fue llamado por el presidente Roosevelt para colaborar y asesorar a los miembros de la Casa Blanca. A partir de ese momento, Galbraith se convirtió en una bandera que llegó a comandar la facción liberal del Partido Demócrata. Su pensamiento se centró en el estudio y análisis del capitalismo moderno. Es autor de *La anatomía del poder y el nuevo Estado industrial*, dividido en 35 capítulos que reflexionan sobre el capital, el poder, las corporaciones, el precio, el control de la espiral salarial, el sindicalismo, el sistema de planificación, la carrera armamentista, las brechas de planificación y el método económico. Para Galbraith, el nuevo estado industrial es responsable de transferir el poder de toma de decisiones del futuro, de las manos de los economistas a los administradores.

El destacado jus-sociólogo alemán Luhmann adquirió refinamiento legal en las Universidades de Friburgo y Harvard. En esta última, conoció a Talcolt Parson y tuvo influencia, uniéndose a la teoría general de sistemas. Se hizo conocido por sus tesis que reflejaban los sistemas sociales de autocomposición, resultantes de la autopoiesis en la esfera sociológica. Junto al italiano De Giorgi, profesor de la Universidad de Lecce,

Luhmann creó una nueva teoría de la sociedad, argumentando que no tiene vida propia y no puede vivir por sí misma, solo tiene una auto dinámica que activa las transformaciones. Luhmann y Di Giorgi recuerdan expresamente que desde Darwin era que se hablaba de variación y selección. Luhmann advierte que la selección actúa como un “arma de doble filo”: mientras procesa selectivamente las divergencias, protege la selección misma. Este proceso lo llamó reestabilización.

El fuerte crecimiento y fortalecimiento del Estado moderno es una realidad que rescata viejas preocupaciones y temores. La democracia, paradójicamente, es ahora el régimen que restringe más fácilmente la libertad. Cuando el gasto público se exagera, el déficit se pulveriza en el presupuesto como deuda pública y la consecuencia lógica es el aumento de los ingresos para la fermentación legal de la carga tributaria, así como la sangría inflacionaria. Esta realidad, por supuesto, golpea por completo a los ciudadanos que se convierten en prisioneros de un estado democráticamente concentrado y cruel. De hecho, bajo los preceptos de derecho, es indispensable delimitar el poder del Estado, en el sentido de que la política tributaria no perjudique derechos fundamentales. En este particular, como principio del derecho político, es el liberalismo el que comienza a enfrentar la omnipotencia burocrática y determina el autocontrol y la autolimitación de los poderes, situando al Estado contemporáneo dentro de los límites del bienestar, asegurando las libertades individuales. La búsqueda de un orden político perfecto que permita la coexistencia de la libertad individual con el aumento de la riqueza pública tiene como objetivo principal la transformación del Estado en un agente de bienestar, a través de un severo control del propio poder.

Hart señala que los humanos necesitan alimentos, ropa y vivienda, que no están disponibles para ellos en abundancia en el mundo. Por lo tanto, al ser escasos estos suministros indispensables para las necesidades básicas, sólo a través del trabajo humano se pueden alcanzar. Para ello, este esfuerzo debe combinarse con el derecho a la propiedad y a la organización política, exigiendo la presencia del derecho como garantía del ejercicio de las libertades y logros de la igualdad. Desde su cátedra en Oxford, Inglaterra, se renovaron las pautas esbozadas por Austin exactamente desde ese establecimiento educativo, pesebre del formalismo legal en función del positivismo posterior en la ley, ahora oxigenado por un neopositivismo hartiano. El sistema normativo comenzó a dividirse en dos categorías. Las reglas primarias serían las leyes positivas, que generarían leyes y obligaciones obligatorias; las reglas secundarias, que ellos adjetivos, regularían la aplicación de las primarias. Las reglas secundarias serían posibles de encontrar la creación

de un reconocimiento normativo, ya que la validez de la norma permanece mientras persista su aceptación social. Así, es posible entender este nuevo neopositivismo propuesto por Hart, haciendo más estáticas las normas jurídicas, ya que los avances sociales permiten actualizar la ley. En este particular, famoso es el ejemplo del pistolero en un robo, apuntando con el arma a la víctima, obligando a entregar su billetera. En ese orden, dado por el agresor, nada existiría en derecho ni en la legalidad. Además, vale la pena mencionar que importantes discípulos de Hart están posicionados en Coleman, Raz y Shapiro. Por su parte, el filósofo legal escandinavo Alf Ross, profesor de la Universidad de Upsala, se presenta como el autor de *Derecho y Justicia*. Tanto Ross como Hart se destacaron por diferenciar el derecho de la moral. Ross entiende que la derecha, cuando se vuelve inocua y comienza a enfrentar la moral, “no debe ser obedecida”. En este caso, “debe ser destruido”. La diferencia radica en la aceptación de uno y la condena del otro, de modo que puede haber un contenido moral mínimo en la ley. Iniciado en la Filosofía del Derecho por Kelsen, Ross es considerado un exponente de la “Escuela de Copenhague”, que es un defensor del positivismo jurídico que se ha desgastado en el realismo antimetafísico del derecho escandinavo.

Como se ve, la idea de la ley pura surgió con Kelsen, quien buscó alejarlo de todos los elementos extraños, como el valor, los juicios políticos, ideológicos, sociológicos o psicológicos. Luego vino la ciencia del derecho, o mejor dicho, el derecho como ciencia. El Estado debe ser el propio Sistema Jurídico, la condición previa de una ciencia auténtica. Cualquier desviación de la jurisdicción no forma parte de la norma, sino de factores que influyen y la impiden, como la política legal o los elementos psicológicos de intervención externa de quienes la llevan a cabo. En este camino, Ross, como estudiante de Kelsen y basado en fuentes de la doctrina francesa, inglesa y alemana, reedita un positivismo jurídico realista, despojado por completo de fundamentos filosóficos. Parece que Ross ha estado intelectualmente presente en tres fases distintas de su vida. El primero, como arqueólogo del derecho, permitiendo que su investigación vaya más allá del subsuelo de la cultura jurídica. La Teoría de las Fuentes del Derecho, por lo tanto, constituye el fundamento de su construcción jurídica. El segundo, como filósofo del derecho, conduce el razonamiento al campo pragmático por la Ciencia Realista del Derecho, constituyendo un edificio robusto para situar en él sus reflexiones anómicas positivas. El tercero, finalmente, como un filósofo legal contemporáneo de mayor expresión en el mundo jurídico occidental.

2.2. El Utilitarismo: de Jeremy Bentham hasta Stuart Mill y Henry Sidgwick

Con el debido y necesario enfoque supra histórico de los movimientos intelectuales a lo largo del tiempo, especialmente aquellos que impactan esta obra, se hace posible un análisis más profundo de algunos movimientos intelectuales que son la base legal para ello, especialmente el Análisis Económico del Derecho.

Entre estos movimientos que merecen mayor protagonismo se encuentra el Utilitarismo, que, en general, busca hacer un análisis de los beneficios y perjuicios que una determinada conducta causa a la sociedad, o grupo de personas, para, a partir de ahí, definir qué medidas se adoptarán. Como se verá a lo largo de este trabajo, esta lógica es utilizada por el Análisis Económico del Derecho con el fin de lograr la eficiencia, en la que las normas jurídicas y las decisiones judiciales influyeron en este resultado deseado. Por lo tanto, este cálculo de los beneficios a cambio de los daños es extremadamente importante para este trabajo.

Por lo tanto, analizaremos el posicionamiento de aquellos que “crearon” un utilitarismo, como Bentham, Mill y Sidgwick, señalando la lógica de sus pensamientos. Es importante aclarar que las ideas y teorías de estos jusphilosophers no son plenamente aplicadas por el Análisis Económico del Derecho. Lo contrario puede decirse de la esencia de la corriente filosófica en sí misma no individualizada en cada autor. Así, el estudio mantiene su propósito histórico, pero también permite una comprensión más comprensiva del utilitarismo, a través de una esencia utilitarista, y de cómo se orienta el Análisis Económico del Derecho, que lo toma como uno de los principales fundamentos.

Mientras Sócrates, Platón y Aristóteles dirigían reflexiones al mando de la *pólis*, a diferencia del otro lado del Egeo, más precisamente en la isla oriental de Lesbos (en Mitilini) en los alrededores del helesponto donde también se encontraba la antigua Troya en Asia Menor, Epicuro enseñaba que la unión humana no emanaba de un instinto de sociabilidad, sino de una búsqueda personal congénita e innata de la felicidad y la seguridad. Por lo tanto, la deshumanización del “epicureísmo”, en su honor, se atribuyó a la escuela filosófica clásica que adoptó el hedonismo como doctrina termológica.

Muchos siglos después, en la Era Moderna, la concepción del Utilitarismo, basada en Locke y Hume, fue presentada por Jeremiah Bentham revestido de la tradición psicológica inglesa, abogando por la reforma de las instituciones políticas a través de las ideas predominantes de prosperidad y bienestar, vinculándose a la moral práctica para

lograr la felicidad colectiva, minimizando el dolor y el sufrimiento. Para ello, el Estado y sus órganos deben medirse de acuerdo con las “utilidades”. El único camino regresivo capaz de volver al nacimiento de las sociedades y sus leyes constitutivas es a través de la localización de los beneficios originales que proporcionaban. En este sentido, la legislación siempre debe basarse en la máxima felicidad para el mayor número posible de personas; ya que los derechos individuales se miden de acuerdo con su utilidad social, cuyas acciones son estimuladas compulsivamente.

Antes de profundizar en el Utilitarismo de Benthan, es importante analizar en qué bases teóricas se basa. Por lo tanto, comprender el hito inicial de su pensamiento es necesario para comprender cuál es su objetivo y a dónde desea llegar. Se puede decir, aunque a veces discutido por algunos autores, que Benthan extrajo parte de sus conocimientos y reflexiones de Claude-Adrien Helvétius, un filósofo francés. Ciertamente, no todas las interpretaciones y conclusiones de Benthan se limitan al Helvétius, en la medida en que también menciona a Epicurus, Hume, Locke, Priestley, Beccaria y d’Alembert.⁴¹

Para Locke, cada intelecto humano pasa por los sentidos externos. Por lo tanto, el conocimiento humano nace del estímulo a la vida empírica, que incorporado por la reflexión, provoca una conclusión. En este sentido, no niega la posibilidad de analizar un objeto a través del pensamiento o la reflexión, sino que, para ello, el individuo necesita tener un estímulo en el mundo sensorial, que, incorporado a la mente humana, es probable que sea objeto de un pensamiento reflexivo.

Hume, a su vez, distinguió las impresiones sensoriales de las ideas. Mientras que las impresiones sensoriales son la base de todo tipo de conocimiento, las ideas serían copias “atenuadas” de las impresiones. Su intención era demostrar una proposición para el intelecto y la otra para las sensaciones, una separada de la otra. Las proposiciones del intelecto si se relacionan con hechos, existentes concretamente en el “mundo real”, podrían ser diferentes, pero no lo son precisamente porque están delimitadas en un momento dado; de lo contrario, las proposiciones del intelecto serían las relacionadas con los conceptos.

Innegablemente, hasta cierto punto, estos autores influyeron en Benthan. La afirmación de que Helvétius es su principal asesor está respaldada por ideas similares

⁴¹ HOESCH, Matthias. **From theory to practice: Bentham’s reception of Helvétius**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 296.

a Benthan, como la utilidad, la teoría de la acción y la afirmación de que la legislación sería el principal introductor para aplicar el principio de utilidad. En uno de los pasajes que Benthan mencionó a Helvétius, específicamente durante la redacción del Código Civil, introduce el comentario escribiendo en tercera persona, pero hablando de sí mismo, y comentando lo que vio en Helvétius, de la siguiente manera:

A presente obra, assim como qualquer outra obra do mesmo autor, que tenha sido ou possa a vir a ser publicada sobre o tema da legislação, ou qualquer outro ramo da ciência moral, é uma tentativa de estender o método experimental de raciocínio do mundo físico para o moral. O que Bacon era para o primeiro, Helvétius era para o segundo. Ele lançou as bases, os únicos verdadeiros fundamentos da ciência moral: mas tendo feito o suficiente por um homem, e mais do que tinha sido feito por qualquer outro homem, ele parou lá, deixando a superestrutura para ser erguida por outras mãos. O mundo moral, portanto, teve seu Bacon, mas seu Newton ainda está por vir.⁴²

Las menciones de Benthan a Bacon y Newton tratan de la ciencia física y tienen como objetivo compararlo a él y a Helvétius con la ciencia moral. Esto se debe a que Bacon rompió con las visiones espásticas prevalecientes en la Edad Media y trajo nuevos conceptos a las ciencias físicas, pero fue Newton quien perfeccionó y profundizó esta área científica con clase. Helvétius fue el Bacon de la ciencia moral, especialmente porque vivió y escribió su obra *Del Espíritu* durante el siglo XVIII en Francia, mientras que la Revolución Francesa aún no se había producido y, por lo tanto, predominaban el absolutismo, los nobles y la Iglesia Católica, que rechazaba su trabajo y lo castigaba por aportar ideas contrarias a los ideales conservadores. En vista de esto, Benthan reconoció el puesto que se suponía que Helvetius ocupaba, pero pretendía ser su Newton. De esta manera, es importante entender la filosofía en Helvetius para entender la de Benthan.

El punto de partida de Helvétius es el sensualismo individual. El sensualismo consiste en la interpretación humana de las sensaciones sobre algo, sea lo que sea. En este sentido, toda conducta humana pasaría por el tamiz de las interpretaciones de los sentimientos. Esto se debe a que los sentimientos harían que las personas experimentaran tristeza, dolor, alegría y felicidad, cuya conducta humana tendería a ahuyentaría aquellos sentimientos considerados malos, mientras que tiende a buscar y promover a aquellos que les dieron placer.

⁴² HOESCH, Matthias. **From theory to practice: Bentham's reception of Helvétius**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 298.

Desde el momento en que nace, cada ser humano experimentaría, a través de los cinco sentidos: olfato, visión, gusto, tacto y oído, qué sensaciones serían placenteras y cuáles no. Así, los experimentos de la vida humana quedarían registrados en su mente, cuya formación de la conciencia de sus voluntades lo movería a un fin determinado, basado en la sensación registrada y que se sintiera en el momento del acto, pues las impresiones se verían reflejadas en las sensaciones humanas.⁴³

Así, las conductas humanas tendrían como marco normativo el binomio placer/dolor, cuya conducta humana siempre buscaría moldearse al placer, o a alejarse del dolor. Por lo tanto, a través de esto, cada ser humano buscaría su felicidad en lo que las sensaciones le darían mayor placer.

Es importante destacar que, para Helvétius, cualquier conducta humana cruza el binomio placer/dolor, pero no sería consciente sino simplemente un reflejo de los sentimientos. Esto se debe a que, en su análisis, la moral y el juicio humano impregnan y se guían por el interés del interlocutor que los expone, y este interés se originaría en sus concepciones e interpretaciones del placer y el dolor, incluso inconscientemente. Por lo tanto, la aplicación de fundamentos racionales para la conducta humana no se utilizan para ello, en la medida en que son solo reflejos. También vale la pena mencionar que el juicio y las ideas sobre cualquier tema emanan de acuerdo con las impresiones que los sentidos tienen de él, no siendo objeto de una racionalización de los sentimientos.

Sucede que la naturaleza del ser humano es la vida en sociedad y estos placeres individuales tendrían que ser armonizados por el gobernante. El contrato social viene a ser abordado por él, quien lo analiza por el sesgo de utilidad. Para él, este pacto proporcionaría a los individuos un lugar seguro, en la medida en que buscarían esta unión para evitar la guerra de todos contra todos. Esta interpretación del estado de naturaleza está presente en Hobbes, quien explicó en *El Leviatán* que la brutalidad de las guerras entre todos estaría presente en el estado de naturaleza, donde tales conflictos terminarían con la muerte de un grupo más débil, o con su aceptación de la sumisión. Así, los más fuertes ganarían y tendrían el poder de control en detrimento de los demás, lo que promovería el aumento del dolor, en la concepción de Helvétius. En este sentido, el contrato social garantizaría una mayor protección a la vida segura y tranquila, así como a

⁴³ MUNÔZ-GARCIA, Miguel Ángel. Del espíritu (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. *Vniversitas*, Colombia, n. 137, 2018. Não paginado.

la propiedad, situaciones que traerían mayor placer al ser humano, motivando sus intereses en vivir en este pacto.

A partir de la estabilización de la vida en sociedad, Helvétius parte para el análisis de las virtudes del ser humano en tal relación social. Ahora los intereses humanos chocan con el interés común y la política juega en última instancia un papel relevante en la armonización de todos sus elementos. Con esto, el enfoque preliminar del autor recae en la virtud social y de dónde surgiría. Sin apartarse de la base de su obra, la sensibilidad es la que ordena la conducta humana, en la sociedad, los intereses personales originados en ella deben ser coherentes con el interés general de toda la sociedad en transformar a las personas virtuosas.⁴⁴

En su investigación, buscó identificar la naturaleza del ser humano en las leyes, que definirían lo que sería justo o injusto y que sería aturdido por la costumbre de esa nación. Para él, tal virtud se relacionaría estrictamente con la costumbre de un pueblo, porque las leyes y costumbres no serían absolutas, sino relativas porque no habría una idea al unísono en el mundo sobre las conductas correctas e incorrectas y, aunque las hubiera, este factor nunca fue unánime en la historia mundial, demostrando una clara adhesión al historicismo relativo.

La relación entre virtud y leyes también está ligada al instrumento capaz de implementarla en la sociedad: la política. Las condiciones de la política y las formas de gobierno serían las capaces de introjectar la virtud social para el bien común. El político, ese titular del poder legislativo, sería el gran conductor, el que definiría las reglas, a través de su esfuerzo por identificar el bien común y guiar al hombre hacia su propósito. Esta identificación del bien común está ligada al ideal de justicia, que consistiría en la identificación del interés de todos, individualmente, a partir de los intereses de utilidad pública, en el que la conducta legislativa y política estaría destinada a satisfacer el interés de las mayorías.⁴⁵

São descritas duas formas de conduta do político, a primeira consiste na ação direta, concedendo recompensas pelas condutas consideradas boas, e dissuasores, para aquelas consideradas más; enquanto os meios indiretos seriam formados pelo tipo de governo, que ele não chega abordar com profundidade qual seria o ideal, bem como pela educação. A forma de governo seria importante, na medida que seus princípios

⁴⁴ MUNÔZ-GARCIA, Miguel Ángel. Del espíritu (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. *Vniversitas*, Colombia, n. 137, 2018. Não paginado.

⁴⁵ *Ibid*, não paginado.

deveriam se amoldar ao interesse comum de todos, alcançando a felicidade da maioria, enquanto a educação teria relevância pela promoção de sua fama.

Helvétius foi um profundo teórico e impactou obras de outros autores. O mais conhecido impacto foi na obra *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria, que fundamenta a estrutura penal no utilitarismo, mas também na maximização da felicidade e nas respostas dadas pelos apenados através das penas sofridas, cujo resultado de dor diminuiria sua reincidência criminosa. Entretanto, a influência de Helvétius em Benthan também está presente, e esses traços, conforme será observado melhor, são encontrados no decorrer de sua obra.

Jeremy Benthan viveu em Londres, Inglaterra, durante os anos de 1.748 a 1.832, onde se dedicou ao estudo e elaboração de modelos reformistas da estrutura política e jurídicas de sua época. Conhecido por suas obras envolvendo filosofia, economia, teoria política, jurídica e moral, foi um dos grandes representantes da cultura anglo-saxônica de seu tempo.⁴⁶

En su libro *Introducción a los Principios de Moral y Legislación* está escrito su pensamiento sobre el utilitarismo. Basa las bases sobre las que se sustenta la corriente filosófica y cómo debe organizarse la sociedad, desde el momento en que reconoce la existencia de un principio llamado *principio de utilidad*, que rige a todos los seres humanos e impacta directamente en la vida social, como si el principio de la utilidad afecta a todos los hombres, se refleja en la sociedad.

El inicio de su obra se presta, precisamente, a explicar este principio, encontrando elementos de la obra de Helvétius en el primer párrafo. En palabras de Benthan “la naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos soberanos, el dolor y el placer” (nuestra traducción).⁴⁷ A partir de esta comprensión, el inglés delimita por qué caminos se guiarán y seguirán las humanidades: por el binomio placer y dolor.

Estos dos compuestos pueden ser influenciados de varias maneras y, como se afirma en Helvétius, pueden originarse a partir de la sensibilidad.

El análisis del complejo placer y dolor se enmarca en la mirada del ser humano, individualizado, a medida que se reconoce el carácter divergente de los sentimientos que un mismo hecho u objeto puede provocar en cada persona, proporcionar

⁴⁶ MARESO, José Juan. Jeremy Bentham: luces y sombras. Anales de la Cátedra de Francisco Suares. **Revista de la Universidad de Granada**, Granada, v. 47, p. 221-248, 2013.

⁴⁷ “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure”. BENTHAN, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books: Kitchener, 2000. p. 15.

mayor o menor felicidad, o dolor, en diferentes personas, incluso si el análisis recae sobre el mismo objeto. Por lo tanto, el estudio inicial de Bentham es el individuo, que se mueve maximizando sus placeres y reduciendo sus dolores, que afectan no solo sus conductas, sino también sus pensamientos. Establecido tales premisas, afirma que el *principio de utilidad* reconoce la sumisión de los seres humanos a sus propias voluntades, siempre marcadas por el binomio placer/dolor, que apuntaría a la creación de felicidad, consistente en la aprobación o desaprobación de toda acción, que se mediría maximizando la felicidad del agente cuyo interés está envuelto en la conducta dada analizada.

En su construcción sobre el principio de utilidad, señala que hay dos significados a los que se dirige, el enunciativo y el sensorial. La enunciativa es la ya explicada anteriormente, que cada ser humano busca la mayor felicidad que pueda, mientras que la sensorial establece que la búsqueda de mayor felicidad, en cantidad, es el único fin universalmente aceptado. Esta relación natural entre las voluntades humanas y el propósito del principio de utilidad es importante, en la medida en que Bentham no creía en la existencia de los derechos naturales. Para él, la construcción de una filosofía sobre los derechos naturales sería estudiar un objeto falso e inexistente, y el estudio del principio de utilidad, envuelto en la búsqueda de una mayor felicidad, es que sería la concepción la que podría ser universalmente aceptada.

La negación del contractualismo se basa en la ausencia de este pacto inicial que origina la empresa, considerándola como un elemento ficticio de los teóricos contractuales. La obligación establecida entre el soberano y el pueblo no proviene de este acto formal, en el que las partes se obligan mutuamente a respetar el acuerdo. La justificación del respeto a las normas para el autor inglés tiene una base adversa: el hábito de la obediencia. El hábito de la obediencia es aquella conducta repetida varias veces por un pueblo, hasta que el estado se convierte en algo habitual, formándose con el tiempo. Bentham no niega la existencia de un estado de naturaleza preliminar a la sociedad, sino que entiende esta evolución como una etapa de mutación social, a la que está presente el hábito de la obediencia. El estado de naturaleza está formado por la relación recíproca de todos los individuos, sin la existencia de una autoridad que imponga normas de conducta, inexistiendo el deber de obediencia, mientras que, a través de la graduación del tiempo y el establecimiento de reglas comunes entre todos, hasta que la autoridad y la sumisión terminan emergiendo, creando el estado social. Esta sumisión entre pueblo y soberano también se basaría en la utilidad y felicidad que traerá a todos, por todas sus características, se acepta la posibilidad de que, con el mismo vigor que la habitualidad de

la obediencia emerge en la sociedad, sea posible que pierda su fuerza, volviendo al estado de naturaleza. Dicho esto, estas son las razones por las que Bentham se opone al contractualismo.⁴⁸

Bentham se centrará en estos fundamentos al estudiar y explicar la relación del principio de utilidad en la sociedad. Se posiciona en el sentido de que la utilidad de un objeto específico, o acción, se determinará no solo en relación con el individuo, sino con el conjunto analizado, y puede ser una comunidad o una nación, pero incluso el individuo. Lo que condicionará la maximización de la utilidad será el objeto estudiado, en su totalidad, interpretando cómo una conducta dada puede maximizar la felicidad de ese grupo, o individuo, como se observa en este pasaje:

*III. By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the Community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual.*⁴⁹

Es importante destacar que en Helvetius, la búsqueda del placer es algo inconsciente, movido naturalmente por la voluntad humana. No significa que las conductas sean inconscientes, pero la comprensión de que son impulsadas por la búsqueda del placer es inconsciente. De lo contrario, para Bentham, esta búsqueda asume una forma racional, en la que el individuo siempre busca, racionalmente, el mayor placer posible.

De la obra de Bentham se extrae que la formación de la felicidad de una comunidad, o de un país, está compuesta por el placer que cada individuo tiene en cada situación, en la medida en que cada individuo corresponde a una sola unidad, y la sociedad es una composición por cada individuo.

Por lo tanto, reconoce que algunos comportamientos traerán dolor y placer simultáneamente al individuo. Podemos citar un pequeño ejemplo, en el que una persona recibe una compensación de alto valor por parte del gobierno, mayor que la evaluación

⁴⁸ DE LANDÁZURI, Luis María Cruz. La ciencia del Derecho en Jeremy Bentham. **Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídica y de Derechos Humanos**, Navarra, v. 37, p. 169-171, 1997.

⁴⁹BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books: Kitchener, 2000. p. 14-15.

del mercado, de modo que en su terreno, donde se construyó su casa, se construye un hospital; en esta situación, la cantidad de dinero no se aparta de la tristeza del individuo al ver la casa que vivió durante muchos años ser destruida. Este mismo resultado se puede encontrar en un contexto social, en la medida en que la felicidad de cada individuo puede entrar en conflicto con la de los demás, lo que impediría la garantía de la felicidad de todos. En tales situaciones, la búsqueda no sería por la felicidad de todos, que, si es posible, debería implementarse, sino por la mayor cantidad de felicidad.⁵⁰

Para resolver esta situación, establece un instrumento para medir la felicidad, producido en una acción en la que el resultado de todo el cálculo, debe contener una mayor felicidad en relación con el dolor. No obstante, este cálculo debe considerarse aspectos como la intensidad, la duración, la certeza y la proximidad, prospectando todas las consecuencias que una determinada conducta ocasionará. De hecho, los posibles resultados deben ser analizados e interpretados por el sesgo de que es posible que realmente ocurran, permitiendo así un cálculo de los dolores y la felicidad causados. Por lo tanto, a través de estas balizas, el mero cálculo aritmético de la suma de la felicidad es que demostrará si la conducta es buena o no en Benthan. Tras el cálculo, basta con analizar el alcance de las personas afectadas por las medidas tomadas y verificar si es placentero para la mayoría de la población que se verá impactada, como en ese ejemplo clásico: 50% de la población + 1, para que sea correcto en la filosofía benthaminiana.

Con estos aspectos teóricos, el autor inglés realiza una conversión de juicios morales, de manera que se caracterizan técnicamente entre las premisas establecidas, en las que una acción se vuelve correcta a través de la maximización de la felicidad a la mayoría de la población, como se expuso anteriormente.

Para lograr los objetivos sociales, por lo tanto, sería necesario tener un impulso de conducta humana en la sociedad, que sería mecanizado por el legislador a través de la legislación. La efectividad de esta medida, para Still Sotelo se lograría a través del interés individual de cada miembro de la comunidad, que estaría motivado por la ley que sería beneficiosa y placentera. Es decir, el entendimiento legislativo arquitectónico de que coadunase con las voluntades individuales, promovería una mayor felicidad social, conciliando el interés personal con el deber y el objetivo social, asumiendo el legislador

⁵⁰ RIVERA-SOTELO, Aída-Sofía. **El utilitarismo de Jeremy Bentham: ¿fundamento de la teoría de Leon Walras?** Colombia: Cuadernos de Economía, 2011. p. 60.

la postura de conductor, en la medida en que quien operaría el sistema de penas y recompensas, que debería ser eficaz en la configuración de la conducta humana.

La legislación también puede suponer un instrumento de renovación y modificación de las costumbres, que podría modificar los intereses y transformar los objetos de los placeres individuales, configurando los intereses de cada persona al interés público, promoviendo así el bien colectivo.

Aunque el fin último de la sociedad se basa en el principio de utilidad, Bentham no considera que la estabilización social también se cimente a la promoción de la seguridad entre los individuos, sino que este propósito asume una característica subsidiaria en su modelo, y entre las filiales -compuestas por subsistencia, abundancia, igualdad y seguridad- la que asume mayor relevancia. Esto se debe a que el orden social se mantiene a través de él, permitiendo la estabilización del conflicto y la prospección de un futuro, porque los seres humanos piensan no solo en el presente, sino también en los eventos futuros. Por lo tanto, Bentham aclara sus motivos y afirma que si hay conflicto entre los 4 principios de los cuatro principios básicos, es la seguridad la que debe priorizarse.

Al respecto, Luis María de Landázuri señala que la ley asume un papel destacado, pues a través de normas y sanciones impuestas por el soberano es que el cálculo de utilidad, realizado por cada individuo, en relación a las transgresiones normativas, impactará en las conductas de cada persona. Esto se debe a que, a través de la reflexión del agente sobre las consecuencias de una conducta determinada, puede inhibirlo o alentarle a tomar una determinada acción u omisión, de acuerdo con la voluntad del soberano. Es precisamente por esta necesidad de conocimiento y prospección que la publicidad de las leyes se considera relevante para el Autor.

En su proposición de estructura jurídica ideal, diferencia entre lo llamado “artificial” y lo “natural”. La estructura jurídica “artificial” sería aquella en la que predominan aspectos meramente técnicos, que sólo causarían confusión e insatisfacción; mientras que lo natural es aficionado a la comprensión total del ser humano, basada en la felicidad o la infelicidad, que sería “natural” para cada individuo. Esto se debe a que, en todas las conductas sería posible identificar un propósito común (placer/dolor), que impone un derecho basado en esta sistematización. Con la fundamentación de esta estructura “natural” el derecho no sólo se basaría en cuestiones técnicas, como ocurre en lo artificial, sino que sería crítico, que además de representar una universalidad de la ciencia del derecho, señalaría cómo debería ser, en un esquema claro de lo que sería ideal.

El papel de la crítica en la sociedad formulada para Bentham, advierte Landázuri, no se limita solo a la ley. En la medida en que considera fundamental la existencia de la libertad social para cuestionar las leyes y todas las demás estructuras sociales, porque así todas estas estructuras pueden asegurar y asegurar el logro de los fines para los que fueron creadas. Esta crítica no es solo el “censor”, que para Bentham es quien comúnmente critica y explica la ley, sino también por el ciudadano, que por crítica puede influir en la modificación de la estructura existente.

Es evidente que no tiene la intención de que las normas impuestas por el legislador sean ignoradas y sólo deben respetarse mientras estén en vigor a través de la norma impuesta por la autoridad competente, independientemente de si proporciona mayor felicidad que dolor. Aunque esta concepción está presente, Bentham no pretendía que todo se solidificara, sin posibilidad de modificación, precisamente por la pluralidad del pensamiento humano. Por lo tanto, creía que la obediencia a las leyes era importante, porque mantenía a la sociedad estabilizada, pero la crítica de esas normas consideradas injustas, y todo lo demás que se considerara de esta manera, era observada por la sociedad, lo que permitiría las reformas necesarias para lograr la mayor felicidad. Así, la interpretación sobre el binomio felicidad/dolor estaría permitida a todos, pero solo el legislador es quien podría modificar las normas puestas, y le depende, principalmente, analizar todo el conjunto normativo a través del principio de felicidad y reformar lo necesario, lo que podría hacerse a través de las críticas del pueblo. Mientras la norma esté en vigor, debe respetarse, independientemente de si está o no moldeada por el principio de utilidad.

Por lo tanto, el derecho asume una característica de instrumentalización del ideal político, no siendo responsable de un papel puramente regulador, sino de implementar ideas. Aunque tiene estándares regulatorios con él, en la sociedad de Bentham la ley también se caracteriza por la constitución social. Para Bentham, el cumplimiento de obligaciones y deberes no podía dirigirse al beneficio del Estado, ni a ninguna otra abstracción legal, sino exclusivamente en relación con los seres humanos dotados de la capacidad de sentir la alegría de la felicidad o la tristeza del dolor, en la victoria o derrota de sus pretensiones. La felicidad colectiva es el propósito extremo de la norma, por la cual se juzga la vida de un Estado. Oponiéndose a la ley natural, Bentham buscó alcanzar la felicidad colectiva a través de un utilitarismo renovador, en el que la voluntad soberana de la comunidad política esbozó sus reglas.

De hecho, desde una perspectiva política y económica, Bentham entendió que la propiedad de las colonias inglesas australianas o indias por sí sola debía ser evaluada. Se inclinó hacia la idea del *self-government*. Por esta razón, los utilitaristas, en general, se limitaron a observar los desarrollos de los movimientos que proclamaban la independencia en las colonias, sin ninguna manifestación sentimental participativa.

La principal crítica, en Bentham, está relacionada con la falta de derechos fundamentales o naturales, porque permite la arbitrariedad en la comunidad, especialmente el conflicto de mayorías en detrimento de las minorías, llevando a estas últimas a aceptar y doblegarse siempre ante las que están en mayor cantidad. Situaciones como el genocidio, la tortura, las detenciones arbitrarias y la segregación serían posibles en su organización social. Si bien elabora un sistema burocrático y administrativo, cuya finalidad es evitar el abuso de poder por parte de las autoridades, denominado *securities*, no habría certeza de que su funcionamiento práctico evitaría todas estas consecuencias.

El filósofo John Stuart Mill, seguidor y defensor de las doctrinas de Bentham y la personalidad intelectual más notable de la época, buscó reformular las ideas utilitarias como una forma de responder y refutar la crítica del utilitarismo. Su cercanía a la filosofía creada por Bentham está ligada a su padre, James Mill, que fue amigo y discípulo del creador del utilitarismo, cuyas enseñanzas transmitió a su hijo, iniciadas tempranamente, con John Stuart Mill aprendiendo griego a los 3 años y latín a los 8, llegando incluso a escribir un cuento sobre la legislación romana a los 11 años.⁵¹

Mill era utilitario, pero igualmente liberal, lo que provocó que esta segunda corriente ideológica afectara sus interpretaciones y explicaciones sobre el utilitarismo propuesto por Bentham, llegando a veces a posicionarse de manera divergente a él. Por lo tanto, se basa en la libertad de responder preguntas relacionadas con la imposición de la mayoría contra la minoría, que fue considerada por él un modelo político de tiránico.

Es cierto que Mill estaba preocupado por la tiranía de la mayoría, especialmente su defensa de los ideales demócratas. En su obra *On liberty*, expone esta preocupación de la siguiente manera “*puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo y las precauciones son tan útiles en este caso como en cualquier otro en el que abuse el poder*”.⁵² Notablemente, señala que tal relación de poder, de la tiranía de

⁵¹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matia e Maria Alice Máximo. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 63.

⁵² TORRES, Marta Bisbal. La libertad de expresión en la Filosofía de John Stuart Mill. **Anuário de filosofia del Derecho**, [s.l.], n. 23, p. 13-36, 2006. p. 18.

la mayoría, es uno de los problemas de la democracia, pero no deja de apoyarla por ello. El problema surge cuando la voluntad de la mayoría de la población entra en conflicto con la minoría, en la que este grupo minoritario termina siendo ignorado por la mayoría. En este sentido, el establecimiento de la libertad individual, política, de expresión y asociación debe mantenerse en todas las sociedades, como una forma de prevenir tal arbitrariedad, así como una representación gubernamental equitativa entre los grupos mayoritarios y minoritarios.

Al principio, con esta exposición, sería posible entender que Mill no se basa en el binomio placer/dolor de Bentham, lo cual no es cierto. Entendió que el principio de utilidad regía la racionalidad práctica de los seres humanos, y que afectaría la conducta humana. Sin embargo, se debe dar un límite a las consecuencias causadas, por lo tanto, por este principio, se deben encontrar barreras. La primera es el entendimiento de que cada individuo puede hacer lo que quiera, siempre que su conducta no traiga consecuencias nocivas a los demás, en la que la libertad es absoluta, por lo tanto, la conducta contra la propiedad propia y el cuerpo propio de cada individuo depende de él solamente, siempre que se respeten las barreras previamente expuestas. En este punto, es posible identificar que existe una clara distinción entre las normas que afectan solo al individuo, sin ninguna consecuencia externa para los demás, y las que afectan a los demás.

Los impactos que esta interpretación inicial conlleva es la incorporación legal de la libertad, que autoriza el enjuiciamiento de las personas que incumplan con la obligación de ejercer la libertad en detrimento del derecho de un tercero.

El segundo encuentra justificación en la concepción de que la libertad está estrechamente vinculada con la autonomía humana, cuyo fundamento se inscribe en términos utilitarios, más que en la concepción natural, en la medida en que para alcanzar la felicidad es necesaria la autonomía y la independencia, que se forman a través de la libertad. No se llega a considerar, como en Helvetius, que la concepción de la felicidad es algo enteramente ligado a las recepciones e impresiones del mundo externo, sino como una concepción racionalmente formada. Así, Marta Bisbal Torres añade que la felicidad se muestra como una construcción racional de lo que *debe ser*, según la concepción e interpretación de cada individuo a las cosas de la vida.

Michael Sandel justifica que la libertad individual, concedida “caso por caso” no maximiza la felicidad hasta el punto de llevarla a su cúspide, como debería ser. De hecho, permitir que la mayoría suprima a la minoría o censure ideas que son contrarias a ella, sea cual sea el método utilizado, solo promueve la felicidad corta, cuando la

maximización de la felicidad debe ser analizada por el sesgo del mayor tiempo posible a largo plazo. Esta conducta lo empeoraría y sería más desafortunado a largo plazo.

Al igual que Bentham, Mill interpreta que la libertad social puede conducir a la modificación de opiniones divergentes y mayoritarias en la sociedad, lo que podría conducir a la modificación de una idea considerada falsa a verdadera. Por lo tanto, asumió que las verdades serían relativas, dependiendo de la evolución humana, que estaría vinculada a la utilidad, en la medida en que colaboraría para dicha evolución, lo que traería beneficios a largo plazo. Se observa que la libertad de expresión asume una denotación diferente de la que estaba mayormente extendida durante el siglo 19, mientras que para Mill la libertad de expresión estaba relacionada con la felicidad y la posibilidad de evolución, para otros estaba relacionada con el ejercicio de la vida pública. En su concepción, el Estado tendría el deber de promover la participación de los ciudadanos en los espacios públicos de debate.

El bien común se destaca así a través de estos debates entre diferentes ideas, pero también a través de los intereses y libertades individuales, una circunstancia importante para el desarrollo de la sociedad. El bien común se analiza por el sesgo de utilidad que aporta a todos en la sociedad, aportando más placer, pero que nace en la individualidad, a través de la búsqueda de cada individuo a sus objetivos, llegando, posteriormente, a la sociedad. El núcleo de este pensamiento sostiene que, políticamente, el propósito principal de un gobierno era buscar y pronunciar la felicidad colectiva.⁵³

Se puede ver que las diferentes ideas en una sociedad se consideran importantes para Mill, que se basan en las bases sociales previamente expuestas, así como en la libertad del pueblo y el régimen democrático, entiende la democracia representativa como un régimen político que mejor cumple con el propósito social, siendo calificado como un auténtico modelo democrático, aunque imperfecto.

Cabe señalar, que la función de los debates públicos en Mill tiene una doble visión. En su obra *Utilitarianism*, sostiene que la calidad del debate no altera el desarrollo político en una sociedad determinada, una posición que cambia en su obra *On Liberty*.

Mill, contribuyó de una segunda manera a las teorías utilitarias. Es hialino que inspiró sentimientos utilitarios al proponer una verdadera escalada en los aspectos

⁵³ PARDO, José J. Sanmartín. El bien común como idea política: John Stuart Mill, los liberales y sus críticos. **Foro interno: anuario de teoría política**, Madrid, n. 6, p. 125-153, 2006.

prácticos de la felicidad; porque, para él, los sentimientos de la vida diferían cualitativamente. Stuart Mill fijó una gradación de placeres entendiendo que valía más ser un Sócrates descontento que un idiota satisfecho.

Anteriormente se afirmó que Bentham buscaba reducir tanto como fuera posible la intensidad y el cálculo de la utilidad a las cuentas aritméticas, simplemente restando del dolor de placer y, dependiendo del resultado, justificando la conducta como justa o injusta. En vista de las críticas a su teoría, Mill añadió un elemento al utilitarismo: el análisis cualitativo de los hechos.

En este sentido, el cálculo de la utilidad del placer/dolor debe pasar a través de una lente, que definiría la calidad que tiene un determinado objeto de estudio. Este elemento es uno de los más criticados, ya que escapa a la lógica utilitarista y profundiza en conceptos morales externos a esa filosofía. Aún así, Mill mantuvo su posicionamiento y profundizó su tesis de la calidad de los placeres.

La cuestión de las cualidades es señalada por Mill en su obra *Utilitarianism*, en la que aboga por la posibilidad de distinguir los placeres más elevados de los placeres despreciables. Algunos autores, como Francisco Vergara, sostienen que la interpretación de Mill de los placeres no es a través de criterios subjetivos, sino a través de un análisis de los componentes de los objetos comparados. Para exponer este entendimiento, Vergara utiliza el propio ejemplo de molino, al comenzar un litro de vino y un litro de agua, ambos tienen la misma cantidad, pero tienen cualidades diferentes, entendiendo el término “calidad” como sinónimo de “propiedades” o “elementos”. A pesar de algunas posiciones en este sentido, la interpretación mayoritaria es la que el propio Francisco Vergara considera vinculada a un *juicio de valor*, en la medida en que el término “calidad” asume un doble sentido. Por lo tanto, según la interpretación mayoritaria, la cualidad de Bentham es el juicio de valor de un acto, apelando a la moralidad, que escapa a la filosofía utilitaria de Bentham.

Para justificar las diferentes cualidades entre los objetos, Mill utiliza la comparación de dos objetos de placer que chocan, situación que impone al individuo la elección de uno solo de ellos. En estas situaciones, el individuo analiza la situación y elige ese placer de mayor calidad, teniendo así mejores placeres que otros. Para Bentham, por el contrario, los placeres eran todos iguales.

Estos placeres superiores estarían conectados a diversos intereses vitales, como la vida y la libertad, que estarían destinados a ser en detrimento de los demás. La libertad, además de su participación social, serviría para el desarrollo humano y para

garantizar la dignidad, mientras que la vida estaría garantizada por la seguridad del Estado, a través de mecanismos legales suficientes para hacerlo.

Mill también propone una solución para identificar cuáles son los placeres más altos, consistente en la respuesta de un grupo, cuando se comparan dos objetos, lo que les da mayor placer, el que sea más votado, o reciba el número total de votos, tendrá la mayor calidad. Sin embargo, no desconsidera que a menudo actuemos de acuerdo con los deseos inferiores y dejemos los más altos, como el impulso de la pereza en lugar de una buena lectura. Aunque reconoce este factor, cree que los individuos tienen la capacidad de conocer, a través de elementos cognitivos, cuál es el placer de mayor calidad, aunque no lo practique.

Aunque naturalmente vinculado a los pensamientos filosóficos ingleses, Stuart Mill no oculta haber reunido influencia de los positivistas franceses, especialmente de la entonces naciente ciencia de la sociedad, propuesta por Augusto Comte. Por lo tanto, también comenzó a defender la emancipación de las mujeres, siendo inconcebible ser privada de la educación superior y ocupar espacios funcionales en la vida pública porque solo la libertad crea felicidad. Esta situación social represiva de las mujeres sería, en consecuencia, el resultado de los asfixiantes siglos de sumisión que han abstraído todos los derechos de ellas, dejándolas sin oportunidad de demostrar sus aptitudes personales.

Sobre la soberanía y la existencia de un poder soberano, Stuart Mill fue perfilado por el pensamiento de Austin al respecto, al registrar como indispensable la presencia de un receptor para la autoridad política. En Inglaterra, este poder estaba ligado al Parlamento y la soberanía inglesa no se afirmaba mediante la actividad legislativa sino en el ejercicio soberano de la crítica y la vigilancia, siempre llevadas a cabo dentro del Estado, lo que no le impedía defender los ideales democráticos.

Vivir, producir y transmitir conocimiento a finales del siglo XVIII, a finales del año pasado llegó a morir, fue solo en el siglo XIX que Henry Sidgwick, profesor de filosofía moral en la Universidad de Cambridge, se convirtió en el receptor de una enorme notoriedad póstuma, por sus estudios sobre los métodos de la ética. Para él, la búsqueda de la “perfección” como la búsqueda de la “felicidad” individual o colectiva tiene un sentido ético participativo.

Sidgwick buscó establecer la distinción entre el hedonismo helénico egoísta clásico de Epicuro (que se convirtió en el tema de la tesis doctoral de Karl Marx) con el utilitarismo hedonista inglés moderno de Bentham y Stuart Mill, estableciendo sus

incompatibilidades. Exactamente en las distinciones, entre los dos tipos de hedonismo, se encuentra el lado original de su trabajo intelectual y su aceptación por la cultura inglesa.

Buscó establecer bases más concretas para la definición de la ética, porque pretendía lograr la delimitación a través del razonamiento, alejándose de esa visión estrictamente empírica de los utilitaristas. Para ello, no comienza sus estudios en Mill o Bentham, sino en un gran filósofo griego de la época clásica: Aristóteles. El autor griego promovió la visión de la moral como un sentido común, cuyos elementos no estaban compuestos en la externalidad, sino en la verificación de los hechos por la reflexión.⁵⁴

Es por eso que Sidgwick estableció un “método” de ética, basado en la cognición humana, en el que se establecería una forma básica en la que se deberían tomar las conductas, reflexionando sobre un compromiso con uno o más principios éticos, que en última instancia deberían basarse en qué conciencia del individuo definiría la conducta correcta a tomar.

Es importante destacar que una de las bases filosóficas de Sidgwick es la promovida por Kant, es decir, el conocimiento de la moral a través de la racionalidad y, por tanto, estructurar el conocimiento de los principios morales a través de la lógica kantiana y la racionalización del conocimiento.

Las premisas de Kant no se siguieron de manera absoluta, pues el autor inglés es claro en el sentido de que el libre albedrío sería irrelevante para la formulación de una teoría ética, ignorando cuestiones como el imperativo categórico, ampliamente reconocido en los debates éticos en su filosofía moral. Sidgwick sostiene que el imperativo categórico le parecía promover el reconocimiento de aquellos actos enumerados como correctos por Kant, por lo que era para todos.

En un contraste de la filosofía utilitaria con la filosofía racional, que delimita virtudes inmodificables, Sidgwick se pregunta cómo se puede comparar una virtud con otra, o si realmente sería posible recomendar que un determinado individuo renuncie a su felicidad para promover una conducta considerada virtuosa, y llega a cuestionar si la vida virtuosa se combinó con la extrema infelicidad de las personas. ¿seguiría siendo posible mantener un deber de mantener una conducta considerada virtuosa? Sidgwick considera que el placer es un sentimiento que, al ser captado por la

⁵⁴ HENRY Sidgwick. *In*: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. [S.l.], 2004. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/sidgwick/>. Acceso en: 18 out. 2020.

racionalidad humana, induce a los individuos a desearlo cada vez más y, por tanto, puede llevar a promover ese sentimiento, en la medida en que sea preferible a los demás.

Por lo tanto, el autor inglés es considerado utilitario, en la medida en que a pesar de estar basado en la racionalidad mental (toma de decisiones), su tesis se guía por el hedonismo, es decir, en la búsqueda del placer a través de la conducta racional. Define el utilitarismo como una filosofía ética, que califica una conducta como correcta o incorrecta a partir de los resultados, es decir, si produce la mayor cantidad general de felicidad, en la que el cálculo se refiere al número de personas involucradas y afectadas por el acto. Así, define que esto se llamaría “Hedonismo Universalista”.⁵⁵

La racionalización de la filosofía utilitaria gana entonces contornos similares a lo que también defendían los otros autores, pero además que cada individuo puede sacrificar su felicidad inmediata, para promover una felicidad posterior y prolongada, comediendo el sacrificio con el logro de una mayor felicidad. La racionalidad recibe cierta relevancia en su definición, en la medida en que la forma de actuar en busca de la felicidad es racional. También mantiene la concepción de Mill, al exponer que la libertad del agente debe ajustarse a conductas que no afecten negativamente a los demás.

Partiendo de esta premisa correcta, promoviendo la felicidad del individuo, la concepción igualitaria debe aplicarse a la vida en sociedad y a las instituciones que la componen, en la que el bienestar social emerge de los diversos placeres de los individuos, elevándolos al máximo.

La búsqueda de la felicidad, aún advierte Bruno Cariello, permite que exista un método objetivo de identificación de la ética, que es el principio de utilidad, único genuino, cuya comprensión se logra mediante la racionalidad de los individuos. A través de esto, los otros principios no pueden entrar en conflicto con el principio central. Estos principios secundarios son la equidad, el amor propio racional y la benevolencia racional, y el principio central armonizaría a todos los demás para definir cómo debería funcionar la sociedad.

Lo que se puede observar desde la filosofía de Sidgwick es que implica la notable racionalidad de su tiempo, que debe ubicar las áreas de la ciencia con la objetividad de las conductas a través del principio de utilidad, caracterizándolo como

⁵⁵ CARIELLO, Bruno. Da tradição do utilitarismo pela caneta de seu opositor: como Rawls apresenta o seu oponente teórico. **Revista Aproximação**, Rio de Janeiro, v. 15, 2. ed., p. 233-259, 2019.

utilitario, pero introduciendo diferentes elementos de los demás y hablando en muchas ocasiones con algunas premisas adoptadas por ellos.

Hijo de judíos portugueses que se establecieron en los Países Bajos y luego se mudaron a Inglaterra, el economista David Ricardo tiene la máxima representación de la escuela clásica de economía política. Los terratenientes tienden a enriquecerse por la sencilla razón de presentarse como propietarios de un determinado suelo productivo. Famoso era entonces su pensamiento preguntando sobre la validez de la abundante riqueza individual, ¿si el hombre no puede consumir una tonelada de comida?

El propio Ricardo, en el prólogo de *Principios de Economía Política y Tributación*, advirtió que el principal problema de la economía política es determinar las leyes que regulan la distribución. Basado en la teoría del valor (de la cantidad de trabajo incorporado en la producción de un bien) y en la teoría de la distribución, presentó más tarde la teoría del desarrollo económico en la que la acumulación productiva y la inversión figuran como fuente de desarrollo económico. En la tercera edición de sus *Principios*, Ricardo añadió otro capítulo, titulado “de maquinaria”, al analizar los efectos técnicos del progreso y el desarrollo económico.

La escuela utilitaria inglesa tuvo como organismo de difusión la *Westminster Review*, que irradió e inspiró reformas políticas y económicas como ocurrió con el economista Thomas Robert Malthus o como el reformador social Robert Owen y, principalmente, en David Ricardo. Este último despertó la oposición de los románticos y la moral católica imperialista.

A su lado, como miembro de pleno derecho de la escuela analítica inglesa, entendiendo que las costumbres constituían normas incluso antes de su aplicación social, estaba el conservador John Austin. Proponiendo definir el sistema de derecho inglés, blanco de profundas críticas a Bentham, buscaba construir una teoría jurídica sobre la soberanía, a través de la perspectiva utilitarista, situando la supremacía del Parlamento por encima del veto del rey.

Vale la pena recordar, que, en el siglo 19, la monarquía parlamentaria inglesa era diferente de la francesa y muy divergente del tstarismo ruso en términos de la supremacía del poder real. Mientras que Bentham abogaba por limitar la soberanía, Austin abogaba por limitar los estados federales o confederados, cuya organización tenía un cierto cuerpo que tenía soberanía.

En este sentido, es posible observar que las bases utilitarias son el principio de utilidad, buscando siempre maximizar los placeres de la sociedad a través de la

satisfacción de la felicidad de los individuos. Estos placeres pueden ser incorporados por el gobernante quien, según lo delimitado por Bentham, tiene los instrumentos legales como delimitar el camino a seguir, en la medida en que, a través de él, el soberano puede adaptar las conductas dirigidas a maximizar la felicidad, realizadas, a través del cálculo de la utilidad, así como modificar las conductas que disminuyen el placer.

Mill buscó traer más elementos humanos a la ética utilitarista, pero a veces se alejó del creador, en la medida en que Bentham construyó su doctrina sobre bases sólidas, alejándose de cualquier moral que no fuera la basada en la maximización de los placeres, mientras que Mill alteró el perfecto funcionamiento de los mecanismos de Bentham para mejorar sus puntos de vista sobre el utilitarismo y evitar la crítica que rodea a dicha filosofía. lo que lo destruyó hasta cierto punto. Estas bases fueron utilizadas por Sidgwick, quien implementó elementos racionales para el utilitarismo y no ignoró la capacidad de pensamiento humano. Por toda esta doctrina, economistas como David Ricardo, supieron orientar sus estudios económicos en la maximización del placer humano, cuyo fin siempre es deseado y hasta el día de hoy es objeto de estudio por parte de la economía, incluso en el área tributaria y delimitar la mejor forma de recaudación, tanto en los aspectos legales como económicos.

Así, el utilitarismo no solo impactó en el Análisis Económico del Derecho, sino también en la propia economía, ya que estudia cómo cada individuo, o sociedad, busca la satisfacción de sus deseos a través de bienes escasos. Esta “satisfacción” puede entenderse como la búsqueda del placer, en la que los individuos, diariamente, al tomar una decisión, eligen lo que es más beneficioso para ellos, lo que creen que son. En este sentido, la comprensión del utilitarismo tiene una profunda relevancia para este trabajo, y es imperativo comprender este capítulo para lograr la comprensión de varios temas que se abordarán en este trabajo.

2.3. Derecho y Moral y la Influencia de la Metafísica y de la Epistemología a través del Pragmatismo

El pragmatismo es una corriente filosófica científica que se basa en métodos de análisis de un objeto dado, ya sea de sus elementos y de sus reacciones y consecuencias, a través de un estudio que puede ser verificado en el mundo real. Por lo tanto, trasciende la mera opinión o juicios de reflexión a través de un mero razonamiento

lógico y consecuente que radica en la cognición interna de cada ser cognoscente, pero que no se extrae de un estudio práctico o pragmático.

Así, el pragmatismo es de gran relevancia para el Análisis Económico del Derecho, en la medida en que se estructura en estudios que se basan en él. Por lo tanto, la AED es imperativa para que la teoría se base en los resultados obtenidos del “mundo real”. Centrado en el derecho, el pragmatismo no solo analiza conceptos metafísicos, sino también la forma en que se realizan los impactos prácticos de cada medida jurídica, ya sea legislativa o ejecutiva, buscando, a través de posibles resultados concebibles, seleccionar cuál es más eficiente.

Sin duda la reflexión más clara sobre la distinción entre la conducta moral deontológica y la correcta conducta jurídica, ambas regidas por seres humanos, tienen como pesebre el pensamiento alineado por Kant, estableciendo los principios metafísicos de la teoría del derecho, cuidadosamente editados en España por el Centro de Estudios Constitucionales hace unos años, bajo el título *Introducción a la teoría del derecho*. Nació en 1724 y murió en 1804, viviendo en el período del renacimiento y la Ilustración. Sobre la corriente de la Ilustración, fue uno de los grandes nombres, especialmente en lo que respecta al análisis de todos sus objetos de estudio, considerando como punto de partida al ser humano, un elemento fundamental de esta filosofía.

Esta concepción interpretativa de la Ilustración es el hito inicial de sus estudios, a diferencia de los filósofos griegos, que trataron la premisa causal como una fuente primordial de objeto de estudio. Por ejemplo, es posible citar la explicación griega de por qué llueve, cuál es su causa y significado, en la que la respuesta conocida se extrajo, o debería ser, de la lluvia misma; mientras que Kant promueve el análisis de los acontecimientos desde el cognoscente eso que lo interpreta.

Con su filosofía, Kant afirmaba que pretendía hacer lo mismo que Copérnico, en la medida en que este último modificó toda la concepción del universo al demostrar que es heliocéntrico, es decir, que el Sol es su centro, mientras que la Tierra gira alrededor del Sol. Pero ¿cómo haría eso en filosofía? Precisamente modificando el punto de análisis, antes, la tierra era el Centro, ahora el Sol; asimismo, los objetos eran el centro de estudio de la causalidad, ahora el propio individuo. Esto es importante en la medida en que los estudios de Kant se basan en la razón del ser humano mismo y cómo (él) conoce el mundo exterior a partir de la razón. Como se comentó anteriormente, Sidgwick se ha basado en varios estudios kantianos para promover su ideal utilitario; La

comprensión de la razón en Kant influyó e influye en varios pensadores, cuyos conceptos se aplican legalmente hasta nuestros días.

Como base de las estructuras de estudio kantianas, es necesario considerar la distinción entre pragmatismo y doctrina filosófica moral. No significa que ignore los estudios pragmáticos, pero los fundamentos de la filosofía moral de Kant se basan en la conducta humana racional, en la que existe el deber de actuar incondicionalmente; mientras que lo empírico está condicionado a los sentimientos humanos, siendo considerada una antropología desde el punto de vista pragmático, en la que las conductas pueden estar condicionadas a estos mismos sentimientos.⁵⁶

Con el conocimiento de las obras de Bentham, Kant promovió debates sobre ellas en su obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, hasta el punto de que no estaba de acuerdo con las posiciones del jusphilosopher británico. Para él, los seres humanos están motivados y siempre actúan para su propio beneficio, sin tener en cuenta lo que cada individuo tiene en su núcleo: la razón. No descarta la posibilidad de tener sentimientos de placer y dolor, así como el impacto que esto tiene en cada individuo, pero el utilitarismo consideró el binomio placer/dolor como soberano de todas las conductas, eliminando cualquier posibilidad de reflexión interna sobre los deseos para determinar las conductas humanas.

Manteniendo su crítica al utilitarismo, el segundo elemento que hace que Kant le disguste es el establecimiento de bases morales sobre las consecuencias causadas a cada uno por el placer y el dolor. La relación de justicia y moralidad con ese binomio para Kant no hace que ciertas conductas y leyes sean justas o morales. Esto se debe a que, como se expondrá mejor más adelante, creía que algo considerado como justo o moral simplemente es, de esta manera, sin que sus justificaciones se derivan de un hecho causal de los fenómenos, sino solo de la reflexión humana sobre lo que es justo y lo que es moral. Nos insta a señalar que esto no niega la posibilidad de actuar de acuerdo con nuestros deseos, lo que él está de acuerdo en que a menudo hacemos, pero es posible actuar de una manera diferente a nuestros sentimientos, en la medida en que modifiquemos nuestro pensamiento y acción mediante el uso de la razón. Por lo tanto, la conducta correcta no es aquella que causa felicidad al mayor número de personas, con un cálculo matemático, porque Kant asume que es posible tener una conducta que cause placer a todos, pero aún

⁵⁶ TORRES, Salvador Mas. El tema de la virtud: A. Macintyre, lector de Aristóteles. **Revista de Filosofia**, Espanha, 3. ed., v. 8, n. 15, p. 159-181, 1996.

así ser amoral o injusta. Del mismo modo, el hombre considerado feliz no es sinónimo de hombre bueno, en la medida en que puede ser feliz y malo, tales consideraciones hacen una distinción severa de lo que es correcto para Kant, separado de los placeres humanos.

En vista de esto, Michael Sandel, previamente citado y reflexionado, agrega que Kant asume la existencia de principios morales universales –elemento de los derechos humanos universales actuales– que pueden lograrse a través de la razón pura y práctica. Esta razón se logra cuando nos desvinculamos de los deseos que nos dominan y damos voz a la razón interna que cada individuo posee, haciéndonos libres. Puede causar extrañeza la concepción de la libertad kantiana, en la medida en que los libertarios argumentan que la libertad es la ausencia de reglas, o que existen, limitando parcialmente la libertad de manera mínima a través de una organización social de estado, basada en principios de la respectiva corriente filosófica. Para Kant esto no era suficiente, la verdadera libertad residiría en algo más profundo y complejo que la libertad externa, del mundo social, de hecho, la libertad surge cuando dejamos de actuar de acuerdo con nuestros deseos de actuar en consecuencia a través de nuestra razón.

Anteriormente, cuando se mencionó que Kant creó un método de acercamiento moral, desde el individuo, se refirió precisamente al análisis de la moral que no consideraba como primacía lo que había en lo social, a factores externos, sino en la conciencia individual, por lo tanto, interna. Esto no importa en la conclusión de que la moral no podía extenderse por todo el mundo exterior, pero el foco de su objeto de estudio estaba en el ser humano. Por lo tanto, la idea de libertad no se centra simplemente en las reglas de la sociedad, sino en las inherentes a cada persona. Aclarando la cuestión de la libertad en Kant, que en sí misma está rodeada de mucha complejidad, se puede explicar de la siguiente manera: cuando actuamos, sin el uso de la razón, de acuerdo con nuestros deseos y pasiones, somos meros esclavos de nosotros mismos, en la medida en que no elegimos lo que queremos, sino que actuamos por impulso de lo que nuestra mente y cuerpo desean, que es el resultado de determinaciones externas; mientras que cuando atribuimos la razón a nuestro deseo, nos volvemos libres. Cabe destacar que no está mal, en ciertas medidas y ocasiones, elegir una conducta de acuerdo con nuestros deseos, pero esto no nos hace libres o, como se verá, autónomos.

En otro ejemplo, promovido por Michael J. Sandel, se explica categóricamente la concepción de la libertad para Kant:

Eis um exemplo: quando você deixa cair uma bola de bilhar, ela não está agindo livremente. Seu movimento é comandado pelas leis da natureza – nesse caso, a gravidade.

Suponhamos que eu caia (ou seja empurrado) do Empire State Building. Ao me espatifar no chão, ninguém diria que estou agindo livremente; meu movimento é comandado pela lei da gravidade, tal como o da bola de bilhar.

Agora, suponhamos que eu caia sobre outra pessoa e a mate. Eu não seria moralmente responsável pela desafortunada morte, não mais do que a voa de bilhar teria sido caso ela tivesse caído de uma grande altura sobre a cabeça de alguém. Em nenhum dos casos o objeto que cai – eu ou a bola de bilhar – está agindo livremente. Em ambos os casos o objeto que cai é comanda pela lei da gravidade. E, se não existe autonomia, não pode haver responsabilidade moral.⁵⁷

Kant afirma que cuando alcanzamos la libertad real, fuera de nuestra voluntad interior, o perseguimos nuestras pasiones consciente y racional, nos volvemos *autónomos*, es decir, revestidos de *autonomía*, mientras que(cuando) actuamos por nuestras experiencias externas, sin racionalización, hay una *heteronomía* de conducta, que nos hace rehenes de nosotros mismos. En esta distinción lo que prevalece es la determinación de cada persona, que será diferente cuando hablemos del imperativo hipotético y categórico en un momento posterior.

Así, se puede dar la misma definición a las conductas, que pueden ser autónomas o heterónomas, dependiendo de un mismo fundamento: la racionalización que define cada acción. Tal elemento en la filosofía de Kant importa en la cuestión de que no somos instrumentos para saciar nuestras pasiones y voluntades, sino seres dotados de razón que nos permite ser “autores”. Es precisamente esta capacidad la que nos dota de una dignidad especial, que nos distingue de otras especies. Tal dignidad es la base de muchas sociedades civilizadas que actualmente toman como principio fundamental la *dignidad de la persona humana*, como Brasil en su Constitución. En el mismo sentido, la dignidad impide que el ser humano sea utilizado como objeto para lograr un determinado propósito, siendo uno de los preceptos fundamentales de su filosofía moral. Dicho esto, concluye que, así como las conductas deben tener un propósito propio, el individuo también debe recibir el mismo tratamiento, nunca siendo utilizado como un instrumento para lograr objetivos.

En este punto de la lectura, es posible tener la siguiente pregunta: ¿cómo se relaciona esto con la moral? Para Kant, hay un significado relevante. Esto se debe a

⁵⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matia e Maria Alice Máximo. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 141.

que es a través de la autonomía que el hombre puede lograr las conductas correctas, en la medida en que la moralidad no reside en la conducta que pretende lograr un determinado propósito, sino en aquella que simplemente busca en la conducta un fin en sí misma. En su obra es evidente que la moralidad se logra de manera muy diferente a lo que el utilitarismo propugnaba, en la medida en que la conducta humana basada en una consecuencia -que en el utilitarismo era la maximización del placer- no nos hace morales. Con la autonomía y la posibilidad de racionalizar lo correcto, independientemente de los designios externos, el individuo puede establecer por sí mismo reglas y principios *que deben* cumplirse, independientemente de las situaciones y consecuencias. La base moral de Kant, entonces, se basa en estas reglas humanas establecidas por cada individuo para sí mismo, reglas que Kant llama *Máxima*, como inherentes al núcleo de cada persona.

Es importante destacar que no basta con actuar de acuerdo con la *máxima* establecido, en la medida en que la razón de la conducta del agente debe estar presente para considerar moral cierta conducta. Se explica, cuando una persona actúa moralmente, el *motivo* es relevante, en la medida en que solo la *máxima* que está motivada humanamente por la simple conducta de la conducta correcta será moral. En este punto, Kant no rechaza la posibilidad de actuar con intereses consecuentes más allá de la razón de la acción correcta, sino que debe prevalecer esta última. Se vuelve irrelevante, igualmente, la conducta con finalidad altruista, permaneciendo su inmoralidad si no va acompañada de un motivo basado en la conducta correcta.

Kant vivió en una época en la que los científicos podían ser físicos, químicos y filósofos al mismo tiempo. Para él, como en las ciencias de la naturaleza, hay reglas inmutables como la gravedad, por ejemplo, la misma medida debe aplicarse a la filosofía moral. Con este fin, creó lo que llamó un “imperativo categórico”, que se distingue del “imperativo hipotético”. En el imperativo hipotético está presente en la racionalidad de la conducta, una instrumentalidad, en la medida en que por razón el individuo pretende lograr algo más allá de una conducta correcta, mientras que el imperativo categórico es inmodificable y no pretende nada más allá de la conducta correcta, delimitada por “una ley práctica que tiene dominio absoluto, sin ninguna otra razón”,⁵⁸ o que, aunque existen otras motivaciones, no son predominantes, constituidas por el hipotético imperativo por varios elementos, entre los elementos principales, los

⁵⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matia e Maria Alice Máximo. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 131.

más relevantes son: **(i)** universalización del máximo y **(ii)** tratamiento de las personas como fines en sí mismas. En esta diferenciación, contraria a la autonomía y la heteronomía, el elemento divisivo radica en el análisis de las razones que guían la racionalización de la conducta, mientras que en la autonomía y la heteronomía residía en la determinación de la razón por la que actuamos de cierta manera, como ya se ha expuesto.

En cuanto al primer elemento señalado anteriormente, la universalización de una máxima, parte de la racionalización del individuo sobre ella debe considerarse universal para todos -es decir, más allá del individuo que la crea- y que no se contradiga con ningún otro principio. En el mismo sentido, para definir si la conducta es correcta, el pensamiento debe considerar lo que sucedería si todos implementaran conductas nocivas, como mentir. Aunque inicialmente parecía una interpretación consecuente, lo que hizo que Mill escribiera una crítica de él, tal afirmación no es cierta. De hecho, lo que Kant quería delimitar era solo una prueba para identificar si la conducta está de acuerdo con el imperativo categórico.⁵⁹

A su vez, el segundo elemento trata del respeto de cada individuo por su humanidad. Kant aprecia una circunstancia humana: la posibilidad de ser seres racionales. Estas características nos hacen diferentes de otros seres, nos hace humanos, y solo por esto, debemos disfrutar de respeto y dignidad para todos los demás seres. A partir de esta comprensión, surge la concepción de que “el hombre es un fin en sí mismo”, porque para Kant el uso de cualquier persona como instrumento para lograr un fin determinado no respeta esta concepción. Es curioso observar que esta regla hace que Kant se oponga a que el propio individuo se suicide o se mutile, porque a partir de este momento no se estaría respetando a sí mismo y la conducta se consideraría inmoral, según las bases del respeto humano.

La comprensión de las bases morales de Kant es importante, porque para él la moral *latu sensu*, se divide en moral *strictu sensu*, que él llama *ética*, y ley, que él llama *jus*. Aunque no lo hemos aclarado previamente, la moral *latu sensu* se caracteriza por el concepto de libertad kantiana, que es su sustancia fundamental. Los otros elementos de la moral *strictu sensu* son todas las demás concepciones establecidas anteriormente, en la medida en que está más allá de la metafísica, encarnada en la libertad, sino en la

⁵⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matia e Maria Alice Máximo. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 153.

filosofía práctica, adhiriéndose a la libertad a las leyes morales. Moral *strictu sensu* es la doctrina de las obligaciones internas de las personas, mientras que la ley es la doctrina de las obligaciones externas.

Por lo tanto, asintiendo, la libertad que prevalece en *moral latu sensu* se aplica e involucra a su especie. Pero este no es el único elemento común entre ellos, en la medida en que la acción humana y el derecho, ya sea una *máxima* o la entendida como norma puesta por una autoridad competente dentro del Estado, sino que cada uno tiene efectos que los caracterizan, dependiendo del tipo de Moral que lo rodea.

La línea principal que divide la ética del derecho es *móvil*, lo que significa la motivación de la conducta. Para la ética, las motivaciones deben determinarse porque es correcta, de lo contrario, para la ley, el móvil puede asumir características adversas al deber en sí, haciéndolo legal. Cuando se refiere a “otros móviles”, Kant asume la posibilidad de que la legislación se forme a sí misma sobre los cimientos de la pasión, la inclinación y la agencia, en la medida en que la legislación no sería atractiva, sino coercitiva. Esto se debe a que la legislación tiene una consecuencia en sí misma: la sanción. La sanción es el medio por el cual se castiga a una determinada persona, por la falta de respeto a una obligación mutua y universal de los individuos de respetar la libertad de cada uno, una comprensión lograda por la razón y la comprensión del principio universal de la ley: la libertad.⁶⁰

Por lo tanto, es imposible dejar de registrar que, con el advenimiento del renacimiento, señalado por Hugo Grocius, el movimiento racionalista europeo comenzó a aislar el derecho de la moral virtuosa, que fue apoyado por Kant, abriendo las puertas para que Kelsen construyera su sistema purificado de normas legales absolutamente formales.

Mientras que la moral busca la perfección interior de los individuos, cercana a las costumbres por la voz de la conciencia, variable según los lugares y sus tiempos, la derecha apunta a la perfección de la organización de las agrupaciones humanas, a través de la sanción externa de los poderes públicos, retratando la manifestación de la voluntad estatal. Aunque la ley y la moralidad no se confunden, los límites de sus respectivas conformaciones a menudo se acercan de tal manera que pueden confundirse. En este particular, el propio Kant formula un ejemplo con el hecho de que

⁶⁰ HERNÁNDEZ, José López. La fundamentación del Derecho en Kant. *Anuário de filosofia del Derecho*, Espanha, v. ix, p. 395-406, 1992.

la moral prescribe que no se puede dejar de cumplir una promesa en un instrumento contractual (*pacta sunt servanda*). Esta obligación, no se encuentra en la moral, sino en el jus, para el cual se puede utilizar la coerción. Sólo el derecho limita la libertad y la capacidad de acción personal.

La acción moral se cumple solo por el deber personal, mientras que la acción legal, de manera diferente, se lleva a cabo de acuerdo con un deber. Por supuesto, el cumplimiento de ambas acciones se basa en dos tipos de libertad completamente distintos. El primero, moral, entendido como un imperativo categórico, con la idea racional de libertad interna soberana que no puede ser impuesta, el segundo, el derecho, que preside la realización de la convivencia social a través de la regulación externa de la libertad de acción individual, tiene lugar a través del conjunto de reglas vigentes, reconciliándolo epistemológicamente con las libertades colectivas.

Esta reconciliación con la libertad se debe precisamente al primer fundamento de la moral de Kant, en la medida en que es un principio máximo que impregna su filosofía. Por lo tanto, el límite de la acción humana en la sociedad, cuando se analiza por el aspecto político, se limita a la libertad del otro, es decir, es posible hacer todo lo que no dañe a los demás.⁶¹

El derecho, a diferencia de la ética kantiana, no está vinculado a una *máxima*, sino a la regulación externa del mundo, es decir, fuera del aspecto racional del individuo. Por lo tanto, se relaciona solo con la acción en sí, y no con los sentimientos, anhelos, pensamientos y voluntades humanas.

Es importante destacar que, a pesar de la división entre Moral y Derecho, Kant asume que es posible que existan leyes éticas, siempre que la norma legal esté en línea con los requisitos de la ética, la característica del derecho es salvaguardar la existencia de la libertad de actuar, castigando aquellas que contienen las libertades de los demás.

Para él, esta concepción de la libertad define el derecho, en la medida en que es el principio universal que lo rige.

Aristóteles, por su parte, tomó como bases filosóficas el pragmatismo, cuidando los estudios humanos, entendiendo entre él la ética, la política y la economía,

⁶¹ HERNÁNDEZ, José López. La fundamentación del Derecho en Kant. *Anuário de filosofia del Derecho*, Espanha, v. ix, p. 395-406, 1992.

mientras que Kant, como se explicó anteriormente, atribuyó el pragmatismo a la antropología, no a la doctrina moral.

De hecho, por metafísica, entendida como la primera filosofía, Aristóteles buscó definir, en sus dos libros *de Ética Mayor*, el propósito de la existencia humana a través del dominio ontológico de la virtud moral. Al reflexionar sobre las reglas de acción, esbozó hábitos prácticos de comportamiento, a través de la pragmática, diferenciando sus propias posiciones.

Para entender la doctrina clásica del filósofo griego es necesario entender, en todas sus posiciones, lo que entiende sobre el objetivo humano, que es la búsqueda del conocimiento. En este sentido, Aristóteles define que la filosofía ontológica busca estudiar al ser humano en todos sus aspectos y, por lo tanto, invariablemente la ética y la moral terminan siendo estudiadas a través de la ontología.

Probablemente para Kant y los pensadores utilitaristas, se entendió que muchas de nuestras concepciones tenían fundamentos en nuestras sensaciones en el mundo externo, asumiendo conceptos empíricos. Este aspecto es relevante en su filosofía, porque su teoría metafísica tiene como hito inicial el conocimiento, que está vinculado con las impresiones externas al mundo. A diferencia de los utilitaristas y cercanos a Kant, Aristóteles negó que las experiencias del mundo externo y la conducta humana se basaran exclusivamente en estas sensaciones, reconociendo la influencia del conocimiento en la determinación de las conductas.

Aristóteles entendió la necesidad de explicar cómo la razón se disocia de los sentidos, en la medida en que estos últimos determinaron la conducta humana e influyeron en el conocimiento mismo, porque todo conocimiento debe pasar por las sensaciones. Para ello, explicó que el vínculo no era determinista, es decir, el conocimiento no estaba atado a las sensaciones, y que, aunque era posible conocer algo a través de las sensaciones, también era posible mediante la abstracción, a través de varios modos cognitivos, uno de ellos, por la lógica.⁶²

En la filosofía aristotélica, todo tenía un propósito u objetivo, llamado *télos*, que le hacía buscar definir, a través del estudio ontológico, lo que era el de los seres humanos. Para él, las conductas del hombre, aunque cercanas a las sensaciones, se

⁶² GONZÁLEZ, Sebastián Salgado. La filosofía de Aristóteles. **Cuadernos Duererías**, Espanha, p. 1-68, 2012. (Serie Historia de la Filosofía 2).

inclinan a conocer. Esta interpretación según el propósito del objeto de estudio hace que el griego sea considerado uno de los filósofos teólogos.

Reconociendo las diversas categorías de conocimiento, negó al inicio de su obra *Metafísica* la posibilidad de que todo conocimiento sea igual, porque difieren por su propósito e importancia y, al reconocer las divergencias entre los principios, señala que hay conocimientos que son superiores. Este conocimiento se cumple en *acciones teóricas y completivas*.

Pero ¿cómo determinar qué conocimiento puede considerarse superior? Esta tarea se asigna al conocimiento. La pregunta principal que puede surgir de esta manera es: dado que cada experiencia influye en la razón, ¿debería la experiencia definir los principios superiores, en la medida en que la experiencia vendría antes que el conocimiento? En la filosofía aristotélica la respuesta es negativa y para entender esto es necesario entender lo que define como principio.

El principio se define como el principio, el elemento y la sustancia inicial de cada cosa, que puede darse como un hito primero por naturaleza o por una convención. Para Aristóteles, lo que fue primero era sinónimo de perfección o más cercano a lo perfecto, siendo considerado el mejor estado de cosas entre las formas de conocimiento, que están dadas por la razón y las sensaciones. La razón actúa como “lo primero”, con característica universal, es decir, aplicada a todos, mientras que las sensaciones actúan en el campo individual, siendo posteriores a la razón. Esta caracterización del conocimiento racional como elemento primario y el alcance de lo que son los principios universales a través del conocimiento racional, concluye Sebastián Salgado González, es lo que hace que el filósofo griego sea considerado racionalista.

Con estas premisas, también afirma que la búsqueda del hombre es de la felicidad. Pero esta búsqueda diverge de los placeres, según la sistemática utilitaria. Esto se debe a que, considerando que el propósito humano es el conocimiento y que los hombres desean la felicidad, actúan de tal manera que logran ambos. Pero en Aristóteles la acción a través de una consecuencial, de actuar según la maximización de los placeres, no existe, porque la felicidad es un fin en sí misma. Aun así, hay un elemento para que una acción sea feliz, porque necesita ser virtuosa, y la virtud es importante para entender la ley aristotélica, porque se relaciona con ella.⁶³

⁶³ GONZÁLEZ, Sebastián Salgado. La filosofía de Aristóteles. **Cuadernos Duererías**, Espanha, p. 1-68, 2012. (Serie Historia de la Filosofía 2).

La virtud se considera una forma de actuar, por lo tanto, basada en la práctica. Define a Aristóteles como “un hábito selectivo según la razón por la que encontramos el término medio en relación con nosotros, tal como lo haría un hombre prudente”.⁶⁴ Esto significa que la virtud es lo que completa al hombre en su excelencia, siempre y cuando pueda actuar de acuerdo con su razón. La virtud se compone de dos especies, la *diaonética*, la que se refiere al conocimiento, y que viene a través de la reflexión, y la virtud *ética* o moral, que debe guiar nuestras acciones y reafirmar nuestra tendencia a actuar de acuerdo con nuestros deseos y pasiones. Así, Aristóteles considera que nuestras acciones serán consideradas correctas si son éticas, de acuerdo con un orden racional y que su composición es la base inherente de la felicidad.

Pero ¿cómo se involucra la virtud en el derecho? Como ya se ha dicho, todo en la filosofía aristotélica está compuesto de un *télos*, no huyendo de la regla de la derecha. Aristóteles explica que para definir los derechos es necesario delimitar lo que sus *télos* a la práctica social en cuestión. Igualmente, también es necesario entender que el derecho está relacionado con el honor, entendiendo que al debatir sobre un *télos* de cada derecho se debe considerar qué virtudes debe honrar y compensar. En este sentido, las virtudes, el honor, así como una buena vida, no son estancas de la justicia, sino relacionadas con ella y, por lo tanto, contrariamente a las teorías modernas, para Aristóteles, no sería necesario hablar de una ley disociada de la ética de cada pueblo, siempre que se base en principios morales superiores.

Las leyes colocadas por el legislador también deben entender que la conducta justa es la que se practica (puesta en el mundo de los hechos por la práctica), en la medida en que la virtud tiene en sí misma el aprendizaje por empirismo. Este elemento hace que Aristóteles se posicione en el sentido de promover leyes que impulsen los buenos hábitos en la sociedad. Se ve, entonces, que existe un elemento instrumental del derecho a hacer que los ciudadanos actúen de cierta manera, pero esto no significa que la virtud imponga un comportamiento estandarizado, sino la estabilización de comportamientos considerados buenos como una circunstancia social y habitual.

Por lo tanto, se ve que hay entendimientos en el período clásico que divergen de la relación moral y correcta de la era moderna. Esta comprensión clásica no era homogénea, hasta el punto de que parece muy justificable que el adjetivo latino *mores*

⁶⁴ GONZÁLEZ, Sebastián Salgado. La filosofía de Aristóteles. **Cuadernos Duererías**, Espanha, p. 60, 2012. (Serie Historia de la Filosofía 2).

fuera introducido en el Derecho Romano Clásico por Cicerón, al reprimir la Conjuración de Catilina, mientras que el sustantivo *ethique*, que distingue las acciones humanas de la moral, fue creado en la Antigua Grecia por Aristóteles al retratar la conducta virtuosa de su genitor Nicómaco. Desde el comienzo, la correlación entre ética y moral se visualiza dentro de las costumbres; así como diferenciar la moralidad de la ley. En las sociedades posmodernas contemporáneas, las sociedades civilizadas eminentemente urbanas, estimuladas por esos medios de comunicación, estratifican un nuevo sentido de la moral prevalente que se introduce naturalmente en la hermenéutica del derecho de familia y en el propio género de las personas, en una confusa juridicización de las costumbres que aún no está bien definida.

A través de la Escuela de Copenhague, el realismo escandinavo y, dentro de ella, el apoyo positivista lógico de Alf Ross en Derecho y Justicia, mediante la introducción de nuevos recubrimientos a las expresiones jurídicas contemporáneas, han estallado dentro del estudio del derecho.

Para entender a Ross es necesario entender, preliminarmente, las bases del realismo escandinavo. El nombre más llamativo de esta escuela filosófica fue Axel Hägerström, un sueco que vivió entre 1.868 y 1939, graduado de la Universidad de Upsala en ese país. Entre los problemas de la explicación jurídica que identificó Hägerström está el que profundizó el ámbito de estudio a través de la distorsión causada por el subjetivismo epistemológico, que influyó en la investigación y finalmente no demostró la realidad del derecho.⁶⁵

Para él, había una incoherencia fundamental en el subjetivismo, ya que vinculaba la teoría indirecta de la percepción, que entendía los objetos eternos percibidos por la representación, con la teoría de la introspección, que entendía el estado de conciencia humana como aquel que percibía inmediatamente los objetos. ¿Y cuál es el problema al que se enfrenta la vinculación de estos dos entendimientos? Hägerström explica que si la conciencia sólo puede conocer sus propios estados cognitivos, estos estados son distintos del otro, objetivamente, y como tal, el objeto de estudio sería percibido por la representación, que, a su vez, debería ser representada por otro y así sucesivamente, hasta el infinito. Por lo tanto, justifica que las bases del conocimiento,

⁶⁵ CASTRO, Ana María Rúbio. Teoría del Derecho y Derecho Subjetivo en Alf Ross. **Anuário de Filosofia del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 279-302, 1987.

especialmente la científica, no pueden explicarse por tales perspectivas, excepto para justificar el estado de conciencia mismo.

Esto se debe a que, para Hägerström, el conocimiento se basa en la aprehensión del estado real de las cosas, en el que el conocimiento humano puede captar una parte de la realidad. Para identificar qué elemento de la realidad pueden conocer los seres humanos, Hägerström impone la existencia de un principio de realidad, que consiste en el “principio de no contradicción”, que no es solo un principio, sino también una ley rectora para la identificación de la realidad. Esta ley no se forma en la conciencia humana, sino que es inherente a la naturaleza misma de la realidad. Las limitaciones impuestas a la realidad la hacen determinada, no contradictoria y objetiva, y una reconstrucción por parte del sujeto cognoscente es innecesaria para que se conozca la pasa.

Explica que el espacio y el tiempo, sin estar determinados, es decir, un concepto que lo representa en el mundo real y que no tiene significado empírico, no son nada que meras palabras. Continuamente, explica que declarar algo como efectivamente real significa que pertenece a la experiencia del espacio-tiempo.

Hägerström, se orienta en la comprensión del lenguaje para criticar la metafísica, aunque no expresamente. Para él, hay una diferencia en el lenguaje de valores y el lenguaje prescriptivo, el primero sirve para exponer sentimientos, mientras que el segundo es para influir en el comportamiento humano. Los discursos a favor de la existencia de imperativos y mandatos se mueven en este sentido, pero los valores no podrían considerarse propiedades reales de los objetos, porque son meras expresiones sentimentales de los mismos y no de su realidad. Su crítica del conocimiento a través de la metafísica no pretendía alejarlo o luchar explícitamente, sino demostrar su influencia en el mundo científico. Esto se debe a que el conocimiento científico fue considerado por él como uno que es correcto y objetivo, fundado en eventos empíricos y, por lo tanto, sería real.

Es importante entender, advierte Ana María Rúbio Castro, que los valores, presentes en el subjetivismo de cada ser cognoscente, no se basan en elementos objetivos, sino que son meras representaciones sentimentales de los deseos humanos, aunque se trata de una interpretación colectiva idéntica, permanecen como meros valores humanos, que no se adaptan objetivamente al conocimiento científico. Por lo tanto, los juicios de valor que no se refieren a una realidad particular no pueden considerarse verdaderos o falsos.

Fue esta disociación entre la realidad y la metafísica lo que acercó el realismo al neopositivismo. Aunque existen diferencias entre ellos y surgen de diferentes

momentos históricos, hay varios elementos que son consistentes. La reducción de la ciencia al empirismo provoca un análisis del realismo jurídico, nuevo en su época. Esta filosofía niega el iusnaturalismo y los elementos axiológicos del derecho, y también se orienta al positivismo en las corrientes normativas y voluntaristas. En la primera corriente, la crítica está relacionada con el reconocimiento de la norma y su carácter normativo, mientras que para la corriente voluntarista su crítica radica en el entendimiento de que la ley es el resultado de la voluntad estatal. De lo anterior, queda claro que el realismo se basa en el entendimiento de que la existencia se basa en el funcionamiento que produce en un grupo social, ya que las normas consideradas como obligatorias en la sociedad, y la realidad de las normas jurídicas están determinadas por su eficiencia.

Hägeström influyó en el realismo, así como en todos sus discípulos, como Ross, en el sentido de entender la ley como un conjunto de formulaciones imperativas de ciertas líneas de comportamiento, que están destinadas a un determinado grupo social, cuyo origen de esta imposición se origina en diversos hechos sociales internos, que no son necesariamente los mismos en cada sociedad, que solo pueden ser verificados por los elementos sociales empíricos.

Desde 1.908 hasta la Segunda Guerra Mundial, el realismo escandinavo se desarrolló en un clima ortodoxo, lo que permitió la estabilización y consolidación de sus principales supuestos. Después de este período, la interconexión de la información con las escuelas angloamericanas proporcionó una modificación del realismo, influenciada por la colaboración científica de la ciencia del derecho y la recepción de la filosofía analítica. Esta comunicación entre los escandinavos y los estadounidenses hizo que los primeros pudieran superar algunos dilemas científicos en el área del derecho.

En este contexto, añade Ana Maria Rubio Castro, antes mencionada, es que Ross toma contacto con Hägeström. Ross era danés y estudió en el Colegio de Copenhague en Dinamarca y tenía influencias kantianas y kelsénicas. Sin embargo, fue después de la Segunda Guerra Mundial que se acercó al realismo jurídico escandinavo de Hägeström y al pensamiento angloamericano, lo que le permitió profundizar su teoría jurídica de manera más elaborada y, precisamente por estos elementos, lo caracterizó por pertenecer a la escuela realista escandinava.

Su tesis involucra la intención de llevar a las últimas consecuencias de las tesis empíricas al ámbito jurídico. Esto es importante para someter los análisis jurídicos a la metodología del conocimiento cercana a la expuesta en Hägeström, y se deben respetar los estándares de observación y verificación de la ciencia empírica moderna. A

partir de este momento, los conceptos jurídicos extraídos de esta observación servirán para comprender la realidad social y conductual del ser humano en la sociedad.

Ross trató de establecer una diferencia entre la ley y la ciencia de la ley, tal como lo intentó Kelsen. Ambos filósofos jurídicos tenían un elemento común en su comprensión del derecho, pues entendían que tenía un carácter normativo cuando estaba compuesto de normas, no pretendiendo describir las normas, sino transmitir una forma de conducta que debía seguirse.

La conexión de la Universidad de Upsala con las de las sociedades que utilizan el sistema legal *common law* influyó en los pensamientos de Ross, aunque con él no se confunde y en muchos lugares se distancia. Por lo tanto, en su concepción la validez de la ley se origina en la forma de operar la ley por parte de jueces y tribunales. La aplicación de la norma por parte de los órganos judiciales permite afirmar que una norma pertenece al conjunto unitario de normas, permitiendo comprender y determinar qué ley está vigente. La aplicación del derecho como instrumento empírico de implementación jurídica, que permite la comprensión del ordenamiento jurídico, es el elemento externo de implementación del sistema. Explica que hay un segundo elemento que conforma la ley, que es el interno, regido por una ideología normativa, cuyo contenido ya sería conocido por todos. La concepción de Ross elimina el entendimiento de que el derecho actual es el dotado de eficacia, en la medida en que la mayor relevancia está en la consideración judicial de que una determinada norma es socialmente obligatoria. Finalmente, señala que la unidad y cohesión de este sistema es la organización estatal de sus órganos judiciales, lo que le permite utilizar la fuerza para cumplir con las disposiciones de jueces y tribunales.⁶⁶

Por lo tanto, Ross concluye que es difícil entender la ley vigente en las sociedades pacíficas, porque en ellas el conflicto es bajo y los jueces son menos necesarios, lo que importa en decisiones judiciales más pequeñas y, en consecuencia, en la manifestación judicial reducida de la ley actual, a diferencia de las sociedades menos pacíficas, con demandas en mayor cantidad en el poder judicial.

En una de sus obras, utilizó una figura expresiva de la retórica pedagógica para explicar la ley, en la que una tercera persona observa una partida de ajedrez, jugada por dos famosos ajedrecistas. Para Ross, las normas jurídicas tienen una lógica

⁶⁶ CASTRO, Ana María Rúbio. Teoría del Derecho y Derecho Subjetivo en Alf Ross. *Anuário de Filosofia del Derecho*, Espanha, n. 4, p. 279-302, 1987.

interpretativa particular, dirigida a un conjunto de actos sociales; lo que importa en la verdadera comprensión de las acciones sociales, igual a los movimientos de las piezas de ajedrez.

Ese espectador que conozca las reglas podrá analizar el juego y previsualizar futuros movimientos, entendiendo los movimientos de las piezas y sus fundamentos. A su vez, el espectador que no desconozca por completo las reglas solo puede saber que es un juego confuso y que simplemente seguiría los sucesivos movimientos de piedras blancas y negras en el tablero, sin entender nada sobre los ataques a los respectivos monarcas Ross luego usa este ejemplo como modelo para lo que él llama un fenómeno social; aclarando que la vida colectiva humana, aunque aparece en algunos casos como turbulenta y en ocasiones agresiva, no es un caos de acciones individuales mutuamente aisladas. Como en el ajedrez, las reglas existen y se magnetizan entendidas, magnetizando inexorablemente una metafísica adhesiva. Por tanto, condicionado a factores ideológicos. Pero, aun así, aunque indisociablemente vinculado a la ley, el poder de coerción es una competencia legal.

Para lograr tal comprensión, Ross explica que para que una regla tenga esta característica de magnetización es necesario utilizar algunos métodos. La primera es que las reglas son realmente efectivas en el juego y que sus espectadores se den cuenta de eso. En este sentido, es necesario cuestionar a los jugadores qué reglas se sienten obligados a cumplir, lo que importará en un abanico común de reglas entre ambos jugadores, lo que llevará a la adhesión efectiva a ese estándar por parte de los jugadores. Por lo tanto, los conceptos de la regla del ajedrez son la base para la explicación del derecho actual, porque se considera como una idea normativa, dentro de un conjunto abstracto, que sirve como esquema interpretativo para los fenómenos del derecho en acción, que son respetados y aceptados porque existe un sentimiento social en este sentido.

Es evidente que, aunque distinta, la relación entre la ley y la moral no debe formularse simplemente comparando sistemas. La moral es concreta, mientras que en derecho el resultado de un fenómeno social exige cognición, psicología, ideología y factores económicos constitutivos. En ambos, el pensamiento humano actúa en el sentido de imponer una especie de hábito, si no una acción repetitiva subjetiva, que Oliver Wendell Holmes Jr. y Chauncey Wright llamaron pragmatismo, una teoría epistemológica que exalta las consecuencias satisfactorias en relación con las demandas vitales más profundas de los individuos. Esta doctrina pragmática filosófica eleva el valor

práctico de la experiencia, por Kant llamada “antropología pragmática” para distinguirla de la “metafísica de las costumbres”, vinculada a hábitos y reglas.

Sobre el derecho, Holmes estructuró su doctrina en lo que llamó la “Teoría Predictiva del Derecho”, consistente en definir la ley como “profecías sobre lo que los tribunales harán en concreto, nada más y nada menos”.⁶⁷ En este sentido, define el derecho no como algo concreto, sino en la prospección sobre lo que los jueces decidirían en un caso específico determinado. Por lo tanto, se hace observable que su posicionamiento se aleja de las doctrinas formalistas del derecho, como las positivistas, así como de las doctrinas axiológicas, que relacionan la moral y la ética con el derecho. Holmes fue un magistrado integral (y presidente) de la Corte Suprema que ni siquiera integró ninguna de estas corrientes, las criticó y defendió la Teoría Predictiva del Derecho.⁶⁸

Oliver Holmes fue anteriormente juez de la Corte Suprema de Massachusetts, y no logró establecer la posición de ser cognoscente en la figura del magistrado, sino en la del abogado. Esto se debe a que corresponde al abogado, en todo caso, hacer proyecciones sobre la decisión final del juez, influyendo e impactando caso por caso, especialmente aquellos que ni siquiera pasarán por el poder judicial.

La base de esta teoría es el pragmatismo mismo, hasta el punto de que Holmes fue miembro del llamado “Club Metafísico”, que era un grupo de intelectuales de Harvard, que se reunieron en Cambridge, alrededor del año 1870, debatiendo el pragmatismo propuesto por Peirce, así como la propia teoría de Holmes. El pragmatismo puede definirse como un *modus operandi* de composición de desacuerdos metafísicos, que, de no ser así, sería interminable, cuyo instrumento científico para probar tesis se da valorando las consecuencias prácticas de los posibles resultados si se produjera una de las diversas posibilidades consideradas válidas. Esto hace que los pragmáticos creen en verdades maleables, no absolutas, alejándose de las teorías morales.

Se verifica que el significado de una concepción sobre una determinada cosa, para el pragmatismo, depende del resultado práctico que conlleva, y la teoría de Holmes involucra esta concepción pragmática con la conducta de los jueces.

El pragmatismo legal no se reduce a la teoría de Holmes; de hecho, esta teoría es más amplia que la propuesta por él. Holmes fue uno de los primeros autores en

⁶⁷ PIOMBO, Horacio J. J. El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes Jr. y la Teoría Predictiva del Derecho. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Argentina, v. 43, p. 189-218, 2020. p. 192.

⁶⁸ *Ibid*, p. 191-193.

fundamentar la ley mediante la ciencia pragmática, que debe ser reconocida. Vale la pena señalar que nunca se reconoció a sí mismo como tal, pero la comparación de las bases de su teoría con el pragmatismo del “Club Metafísico” demuestra sus raíces pragmáticas.

Dworkin hizo serias críticas al pragmatismo. En su concepción no se ocupa de los principios que limitan el poder de actuar, por lo tanto, el pragmatismo ignora toda la estructura legislativa y política que se estructuró para retener el poder coercitivo del Estado.

Richard Posner, que se llama a sí mismo un pragmático, dio un análisis diferente del pragmatismo judicial de Dworkin. Para él, los jueces pragmáticos deben promover la mejor decisión, lo que implica un mejor resultado presente y futuro, sin estar obligados por la coherencia de los principios jurídicos, y la ley debe aparecer como un instrumento para implementar un mejor resultado, y no un fin en sí mismo. Esto no significa que las leyes elaboradas por el legislador no deban ser respetadas en determinados momentos, pero el juez no debe estar obligado a seguirlas al identificar que es posible tomar una decisión con un mejor resultado, a pesar de la divergencia de la ley. Esta relación entre decisión y consecuencia es lo que hace que la posición de Posner sea pragmática, ya que busca el resultado de concepciones como objetos definitorios.

A pesar de este entendimiento, Posner asume la posibilidad de que un juez considerado pragmático tome posiciones extremadamente positivistas, siempre que la decisión basada en el positivismo sea la mejor para el caso.

En este sentido, observamos la divergencia entre formalismo y pragmatismo jurídico, en la medida en que el segundo busca la subsunción de los hechos con la Ley, para promover la decisión sin preocuparse por los resultados y consecuencias de esta. De lo contrario, el pragmatismo está más preocupado por el resultado de la decisión, que, por el contenido normativo, descartando las normas jurídicas cuando lo que el juez considera mejor diverge de ellas. En ambos casos, la moral y el valor axiológico de las leyes no alteran el resultado de la ley.

La relación entre la ley y la moral se abordó en este subcapítulo, especialmente desde la perspectiva de la metafísica y la epistemología a través del pragmatismo. Se observó que para autores como Kant la metafísica nos lleva al derecho separado de la ética, pero con un conductor moral común, que es la libertad, que es delimitada por Kant de una manera particular en comparación con la corriente libertaria. A pesar de la proposición de un distanciamiento entre la ética y la ley, Kant es

fundamental para entender muchos de los elementos morales que han sido incorporados por diversas civilizaciones a su legislación.

La relación aparte entre la moral y la ley no era tan clara en la Antigua Grecia, especialmente en la metafísica de la ley aristotélica, en la que la justicia estaba agriada por la ley. Este entendimiento es similar al adoptado por varias personas que no tienen mayor contacto con la ley, lo que les hace cuestionar ante una decisión considerada injusta lo siguiente: ¿es esta nuestra justicia?

Durante la edad moderna, hasta hoy, hay un número creciente de estudios que disocian el derecho y la moral, lo que permite un análisis en profundidad de los elementos únicos del área legal. Al igual que Ross, los métodos de estudio utilizados por él le permitieron lograr una comprensión de la ley a través de lo que se veía en el mundo real, una interpretación no establecida metafísicamente para delimitar qué modelo legal es ideal, sino simplemente realista. A su vez, Posner y Holmes analizaron la práctica cotidiana del derecho, a través de jueces y tribunales, para estructurar sus teorías jurídicas, consecuencia de las cuales recibió un papel relevante.

Asimismo, todas las teorías abordadas impactaron la relación del derecho y el Análisis Económico del Derecho. A pesar de que esta teoría es sustancialmente pragmática, no deja de tener origen histórico en la metafísica, así como de relacionarse con ella, pues los resultados de las prospecciones del Análisis Económico del Derecho dependen de las cargas de valor que la metafísica da al derecho.

Entre todas estas teorías, hay una que no ha sido comentada a propósito: el positivismo jurídico. Como se verá a continuación, sus filósofos buscaron una separación entre la moral y la ley, pero dirigieron su atención solo a la ley misma, a través del estudio de la norma e ignorando las consecuencias de sus entendimientos en el mundo. A pesar de ello, sigue siendo una de las teorías que estructuran profundamente los ordenamientos jurídicos vigentes bajo el *civil law*, mereciendo un papel destacado en el estudio de esta obra.

2.4. Una Teoría Positiva del Derecho

Para determinar la base de una teoría positivista del derecho, es necesario, preliminarmente, comprender qué es y cuáles son los fundamentos de esta corriente filosófica, lo que permitirá una mejor comprensión de su relación con el derecho y el Análisis Económico del Derecho. En relación con el derecho, el positivismo es uno que

se aplica en la mayoría de los sistemas jurídicos con origen latino germánico. A su vez, el Análisis Económico del Derecho tiene en sus bases el positivismo interdisciplinario como metodología para interpretar los elementos que se presentan en el objeto de estudio, permitiendo que los resultados encontrados sean bastante precisos.

El positivismo es un movimiento científico nacido después del final de la Edad Media, con una fuerte influencia ilustrada del siglo XVIII y por el crecimiento de la ciencia y la comprensión social, a través de nuevos estudios que rompieron con la comprensión de varios paradigmas existentes en la época, hizo que los científicos buscaran cada vez más respuestas materiales para comprender sus objetos de estudio. Es cierto que hubo filósofos que promovieron los estudios metafísicos, como Kant, pero esta afirmación de comprensión objetiva del objeto de estudio, que estaba surgiendo entre los círculos científicos, se basaba principalmente en las ciencias naturales.

La edad oscura contribuyó a este desarrollo, ya que la Iglesia Católica promovió la persecución de científicos que difundieron obras consideradas heréticas y contrarias a los ideales católicos, como Copérnico, desarrollador de la construcción heliocéntrica del sistema solar, quien sufrió varias intromisiones en sus estudios porque la iglesia entendió que la teoría correcta era geocéntrica, lo que creó una impresión negativa de todo lo que involucraba explicaciones no materiales, especialmente cuando se relacionaba con la teología. No se puede afirmar que la persecución fuera la única razón por la que los científicos y filósofos quisieron alejarse de los conceptos no materiales y establecer bases más rígidas y delimitadas para definir los criterios de investigación, de lo contrario es posible afirmar que este factor influyó en su construcción.

En general, August Comte es el filósofo más recordado cuando el tema es el positivismo, ya que aportó criterios específicos para analizar los objetos de estudio. Sin embargo, el positivismo tiene raíces antes. En este trabajo, no se niega la relevancia del trabajo de Comte, que revolucionó las bases positivistas, pero es necesario esclarecer la existencia de científicos y filósofos anteriores al positivismo diario que contribuyeron en esta área. De esta forma, reconociendo la relevancia de Comte, es posible dividir el positivismo en 4 grandes periodos históricos, cuyo marco temporal considerado es el “antes y después de Comte”, hasta culminar en el Círculo de Viena, denominándose, respectivamente, como: protopositivismo, positivismo clásico, positivismo crítico y positivismo lógico.

La corriente filosófica que albergó al positivismo en su nacimiento fue eminentemente francesa, desde sus concepciones iniciales con los “geomètres”, que eran

científicos matemáticos y físicos del siglo XVIII. Las reuniones de este grupo tuvieron lugar en el período histórico en el que convergieron tres corrientes científicas: la física de Newton, la mecánica geométrica cartesiana y el empirismo británico; generando profundos aportes científicos y aumentando el estudio de dichos trabajos.

Este grupo de científicos estaba compuesto por Jean le Rond d'Alambert, ilustrado y combatiente profundo del absolutismo a mediados del siglo XVIII, Joseph-Louis Lagrange y Pierre Simon de Laplace, ambos científicos de las ciencias físicas, que componían el grupo de *géomètres* poco antes de la Revolución Francesa. Influyeron en la investigación de los que vinieron después e impulsaron los ideales positivistas, entre ellos, además de D'Alambert, estaba Jaques Turgot, defensor de ideales que involucraban la libertad económica y los derechos de propiedad, y Étienne Bonnot de Condillac.⁶⁹

Fue a través de los *géomètres* que nació la esencia del positivismo, presentándose como una filosofía de las ciencias empíricas, no restringiéndose al “conocimiento común u ordinario”, lo que fue hecho, según ellos, por los empiristas clásicos. Para distinguirse de estos últimos, prestaron especial atención a lo que llamaron la “metodología científica”, y el análisis debe ser lo suficientemente detallado como para estructurar las teorías científicas. La preocupación por la metodología estaba involucrada con la comprensión de que la ciencia natural es exacta cuando sería “consciente de sí misma”, es decir, separada de las matemáticas puras, la filosofía y el conocimiento empírico común. En relación con las matemáticas puras, esto se debía a que, si la nueva ciencia se identificaba con ella, seguiría perteneciendo a las matemáticas; de lo contrario, el distanciamiento de la filosofía y el conocimiento empírico común es causado por el posicionamiento hialino de los “protopositivistas” en no caer bajo fundamentos metafísicos, en la medida en que su esencia era la antimetafísica. La intención de los científicos franceses era lograr la ciencia en un “estado puro”, sin la interferencia de axiomas o cualquier elemento no científico. D'Alambert, en su obra *Traité de Dynamique*, explicó que su principal objetivo era eliminar la mecánica de todas las “oscuridades” metafísicas que le habían llegado en su día.

Es importante destacar que hasta ese momento, estos científicos no estaban basados y no se afirmaban como pertenecientes a ninguna corriente filosófica específica, es decir, no se llamaban a sí mismos “positivistas”. De hecho, tal delimitación solo surgirá

⁶⁹ MOULINES, Carlos Ulises. La génesis del positivismo en su contexto científico. *Dianoia*, [s.l.], v. 21, n. 21, p. 31-49, 1975.

con Comte. A pesar de la falta de conocimiento específico sobre lo que sería el comienzo de lo que sería una futura corriente filosófica, D'Alambert, Turgot y Condorcet -este último también miembro de los *Géomètres*- estructuraron elementos comunes de lo que formaría el positivismo. En palabras de Carlos Ulises Moulines, tales elementos fueron:

*Rechazo de cualquier pregunta por la esencia de las causas físicas;
Limitación de la tarea propia de la ciencia al establecimiento de relaciones lógico-matemáticas entre los fenómenos;
Rechazo de toda explicación teológica, metafísica o teológica de los fenómenos;
Fe en el progreso continuado de la comprensión científica del mundo
– la única forma válida de conocimiento.⁷⁰*

Con el desarrollo de este grupo de científicos, a finales del siglo XVIII, la Escuela Central de Obras Públicas pasó a llamarse Escuela Politécnica, con la intención de profundizar en el estudio de las ciencias puras. Las llamadas ciencias puras eran precisamente aquellas separadas de cualquier elemento enumerado antes, especialmente por la eliminación de dogmas axiológicos. Con el tiempo, varias ciencias han reconocido su individualidad como ciencia, siendo objeto de estudio desde la perspectiva positivista, como la química, la medicina y las ciencias sociales, además de las matemáticas clásicas y la física.

A través de la Escuela Politécnica, se alcanza el período de Saint-Simon, hasta el esplendor del positivismo con August Comte, su discípulo, quien designó una etapa de conocimiento “científico”.

Saint-Simon influyó en el pensamiento de Comte, hasta el punto de que durante muchos años Comte fue su secretario. Se puede decir que Saint-Simon desarrolló varios de sus pensamientos apoyados en lo que Turgot, miembro del grupo de *géomètres*, ya había tejido comentarios. Uno de estos temas fue “la ley de los tres estados” de la historia humana, que inicialmente está marcada por el teologismo, es decir, los estudios encuentran justificación de las cosas a través de entidades divinas, más tarde, la metafísica, y, finalmente, el positivismo, sinónimo de lo científico y que niega la metodología de estudio basada en la metafísica y la teología. Incluso el término *positivista* utilizado por Comte en su obra ya estaba presente en las obras de Saint-Simon y Turgot.

⁷⁰ MOULINES, Carlos Ulises. La génesis del positivismo en su contexto científico. *Dianoia*, [s.l.], v. 21, n. 21, p. 31-49, 1975. p. 34.

La influencia ejercida por Saint-Simon no descarta la contribución de Comte al positivismo y su condición de “fundador” de esta corriente.

Newton para los científicos de la época tenía una relevancia extrema, tanto que muchos de los estudiosos pretendían alcanzar el estatus de ser “el Newton” de alguna zona. Al igual que Benthan, Comte llevó a cabo sus estudios para ser considerado el Newton de la sociología. Su interés por las áreas sociales estaba justificado porque, para él, la química y la física ya estaban lo suficientemente maduras, y no había sorpresa originada en ellas. El positivismo de Comte era extremadamente dogmático y acrítico, con una exposición de las ciencias naturales contraria a lo que las fases anteriores y posteriores del positivismo soportaron. Moulines afirma que esta característica del positivismo de Comte justifica el mayor significado para el desarrollo de las ciencias sociales, que para las ciencias naturales.

Comte desarrolla su idea de desarrollo social, que impregna el desarrollo científico, porque entiende que el desarrollo social sólo se puede lograr si también es desarrollo científico. Para ello, se basa en la ley de los tres estados, influenciada por Saint-Simon. Con respecto al estado teológico, explicamos que los humanos buscan la explicación de los eventos por entidades divinas. Posteriormente, por lo metafísico, la interpretación de los fenómenos se produce por los efectos causados por fuerzas o entidades abstractas, que no se materializan ni personifican. Finalmente, el estado positivo, que para Comte sería el resultado de una sociedad madura, sería aquel que describiera y predijera con precisión los fenómenos a través de las leyes naturales. La ley natural nacería de la observación y reflexión racional del ser cognoscente en análisis al objeto de estudio.⁷¹

En Comte existía otra ley, llamada Ley Enciclopédica, que consistía en entender que cada área científica dependía del desarrollo de las otras para desarrollarse adecuadamente. Aunque existe esta correlación, cada ciencia mantiene sus propios elementos, cuya metodología de análisis es autónoma y divergente de la otra. Así, clasificó varias ciencias y subciencias, a partir de cada elemento propio de ellas.

La clasificación de estas ciencias en Comte parte de una premisa: las leyes básicas de una ciencia dada son inmutables, y no es posible cuestionarlas porque ya están maduras. Este posicionamiento también era contrario a lo que pensaban los

⁷¹ MOULINES, Carlos Ulises. La génesis del positivismo en su contexto científico. *Dianoia*, [s.l.], v. 21, n. 21, p. 31-49, 1975.

protopositivistas, así como al posicionamiento de la fase posterior del positivismo crítico. La inflexión en cuanto a los principios básicos de cada ciencia está relacionada con la comprensión de Comte de que el progreso era lineal, que se desarrollaría por causas prefijadas en los paradigmas de la ciencia normal. Orden y progreso es un lema de Comtian, escrito en la bandera brasileña e incorporado debido al sesgo positivista que impregnó el momento de su formulación, porque para el autor francés este lema se aplicaba a las ciencias sociales y la sociedad, así como a las ciencias naturales.

El transporte de esta concepción filosófica a Inglaterra resultó de la difusión del ensayo *A. Comte y el Positivismo*, promovido por J. Stuart Mill, cuyas raíces culturales penetraron en el utilitarismo de David Hume.

A finales del siglo XIX, el positivismo crítico surgió en Alemania, que desafió muchas de las posiciones comtianas, como la clasificación enciclopédica de las ciencias, la inmutabilidad de las leyes generales y la linealidad del progreso científico. El nombre principal de esta corriente era Ernst Mach, cuya comprensión del positivismo estaba más cerca de lo que entendían los protopositivistas que el positivismo clásico.

La primera formulación de Austin, entendiendo que sólo las leyes que emanan coercitivamente de un soberano calificado pueden ser consideradas, fue la receptora de puntos de vista democráticamente incompatibles, ya que incluso la legislatura no podía ser considerada soberana, prerrogativa solo del pueblo, exclusivamente. Los positivistas críticos entendieron que los fundamentos científicos podían cambiarse a medida que las ciencias se desarrollaban y se obtenían nuevos datos y resultados. Su intención era reconstruir y unificar el conocimiento empírico del positivismo, que se haría distanciándose de las bases metafísicas presentes en las ciencias y utilizando una base de conocimiento empírico común a todas las áreas científicas.

La clave para que Mach ganara notoriedad estuvo en la crítica de la ciencia considerada más madura por Comte: la mecánica. Esta concepción surge cuando se cuestiona la mecánica de Newton y algunos de sus elementos no son del todo seguros, especialmente durante mediados del siglo XIX, en el que surgen la termodinámica y el electromagnetismo. Otros alemanes se suscriben a este entendimiento, como Helmholtz y Hertz, que definen el objetivo principal de la ciencia como aquel en el que se describe con la máxima precisión para que sea posible hacer predicciones que permitan actuar como consecuencia, contrariamente a esa visión defendida hasta entonces, que fundaba el propósito de la ciencia en la mera explicación de los fenómenos.

Durante este período, el debate sobre los elementos de la ciencia mecánica creció, con ello, también se desarrollaron las ideas del positivismo crítico. Este modo de análisis científico ha llegado a varios otros países, como los Estados Unidos de América. Mach desarrolló este método e influyó en varios otros científicos, como Max Planck y Albert Einstein.

Con el tiempo, el positivismo comenzó a ganar fuerza no solo en las áreas científicas de las ciencias naturales, como pretendía Comte, sino también a hacer Avenarius, quien buscó utilizar métodos positivistas en el estudio de la psicología. Movimientos como estos fueron influenciados, asimismo, por Mach, en la medida en que buscó no solo aclarar los fundamentos de las diversas ciencias, sino unificarlas. En su concepción el “acto cognoscitivo y su objeto son idénticos en principio, aunque debido a la alta complejidad de las diversas ciencias parecen divergir”.⁷² La justificación de esta singularidad de la ciencia fue cómo fue experimentada por el ser cognoscente: a través de las sensaciones. Se puede ver que muchas de las teorías buscan refugio en las teorías de las sensaciones, y Mach no fue diferente, pues, siendo el conocimiento experimentado por todas sus sensaciones, sería posible observar que tanto la física, como la fisiología y la psicología no se distinguen por su objeto, que siempre era el mismo, sino por cómo ordenaban y correlacionaban sus elementos básicos.

Como diría Moulines “*sin un estudio detallado de esas formas anteriores no es posible una comprensión plena de positivismo del siglo XX*”⁷³, una idea que es coherente con la comprensión de esta obra. Cuando se refiere al positivismo del siglo XX, está mencionando a aquel cuyo nacimiento fue el círculo de Viena, que se basó en gran medida en las ideas del positivismo crítico y permitió el nacimiento de la cuarta generación de positivistas. Una forma de demostrar esto es explicando que Mach fue catedrático de filosofía de las ciencias inductivas en la Universidad de Viena, de 1895 a 1901, influyendo en el estudio empírico por la lógica positivista, creando una tradición de enseñanzas positivistas en la Universidad de Viena. En 1922 la cátedra estaba bajo la responsabilidad de Moritz Schlick, que había llegado al puesto a causa de estudios envueltos en física, que era cercana a personas como Max Planck, Einstein y Hilbert. La principal diferencia de Schlick con Mach fue su profundo conocimiento, no solo de las ciencias empíricas, sino también de la filosofía. A partir de su conocimiento y estudio, se

⁷² MOULINES, Carlos Ulises. La génesis del positivismo en su contexto científico. *Dianoia*, [s.l.], v. 21, n. 21, p. 31-49, 1975. p. 47.

⁷³ *Ibid*, p. 49.

formó el círculo de Viena, compuesto por estudiantes y cualquier persona que tuviera interés en la filosofía positivista durante la década de 1920, como fue el caso de Carnap, Neurath y Frank.

Para el Círculo de Viena estaba claro que su tarea era construir una unidad de conocimiento, que las áreas de biología, psicología, sociología, física e historia deben tener un punto común para que esa unidad se forme en algún momento. Por lo tanto, la forma de comunicación de cada área científica es uno de los elementos por los cuales los positivistas del Círculo de Viena se han visto a sí mismos como objeto de estudio, en la medida en que el lenguaje utilizado en cada área científica debe ser común a las otras, permitiendo la interconexión de información y datos.⁷⁴ Las expresiones, a través de las cuales permea el lenguaje, pueden darse de dos maneras, la primera, por la lógica -de la que deriva el nombre positivismo lógico- que no está necesariamente vinculada a ningún elemento del mundo empírico, porque la lógica guarda reglas estancas en sí misma, que dependiendo de su manejo pueden ser compatibles con el mundo empírico; la segunda la hacen las declaraciones sobre hechos, que se basan en la experiencia y pueden ser refutadas. Es la relación entre la lógica y el empirismo positivista lo que permite que haya un cierto comportamiento metódico en el positivismo lógico, que es un hito fundamental del Círculo de Viena.

En este sentido, se observa que la comprensión científica para los positivistas lógicos se produce a través de dos determinaciones esenciales, la primera es empírica y positivista, porque el conocimiento sólo existe a través de la experiencia, mientras que la segunda necesita ser entendida por una aplicación metodológica determinada, que es el análisis lógico del evento.⁷⁵ El rigor de tales elementos hizo que una cierta área de estudio se considerara científica, lo que no ocurrió, por ejemplo, con la filosofía, que según la comprensión del Círculo de Viena no dio forma a los requisitos necesarios, porque la filosofía misma no podía investigar un elemento de la realidad empírica, resousing en sí misma elementos propios, porque el análisis filosófico siempre estaría interconectado con otras áreas científicas.

También es importante destacar que el uso del método lógico tiene en cuenta la necesidad de uso metodológico para no encontrar una contradicción interna. Eso es porque la contradicción mostraría una irrealidad. Además, la relación con el empirismo

⁷⁴ KRAFT, Victor. **El Círculo de Viena**. Taurus: Madrid, 1996. p. 177.

⁷⁵ DA SILVA, Matheus Pelegrino. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. **Revista Ágora Científica**, Recife, v. 19, n. 2, p. 117-151, mai./ago. 2019.

está relacionada con la naturaleza empírica del positivismo mismo, y es necesario verificar en el mundo de los hechos que las afirmaciones existen en él.

Hasta ahora, se presenta la estructura del positivismo y su cadena filosófica, que, a partir de este momento, permite identificar la relación entre positivismo y derecho. La relevancia de Hans Kelsen para la teoría del derecho de autor, autor que tiene sus bases en el positivismo, es conocida casi en todo el mundo. Nació en 1881 en Praga, que en ese momento era una región perteneciente al imperio austrohúngaro y se vio obligado a huir de Europa, a los Estados Unidos cuando el nazismo tomó el poder en Alemania y comenzó a expandir su poder a través de los territorios y perseguir a algunos científicos, especialmente a aquellos que eran contrarios a sus ideales.

A pesar de algunos debates sobre su relación con el Círculo de Viena, es posible explicar su especial contacto con el grupo, lo que nos lleva a comprender que parte de su concepción filosófica, y qué estructuras de su teoría pura del derecho, tienen fundamentos en ese grupo de científicos, especialmente porque, contrariamente a la filosofía, a partir de los estudios de Kelsen el derecho había reconocido su singularidad que le permitía ser considerada como una ciencia autónoma. a cualquier otro, por sus cualidades específicas que divergían de las otras, como lo eran la física, la biología y la psicología.

El primer elemento que nos lleva a creer en la relación de Kelsen con el Círculo de Viena fue la participación de Neurath, Carnap y Frank en la traducción al idioma inglés de su obra *Imputación y causalidad (Vergeltung a Kausalität)*.

De lo contrario, en la obra *Sociedad y naturaleza*, Kelsen busca atribuir justificaciones sobre las interpretaciones de “retribución”, “justicia” y “causalidad” a través de una triple justificación científica, basada en entendimientos etnográficos, históricos, *científicos* y *jurídicos*. Esta afirmación está relacionada con la comprensión del Círculo de Viena de la singularidad de la ciencia. En su obra *Retribución y causalidad* él mismo afirma que su obra pretende investigar el significado de la justicia a través de la aportación de las diversas ciencias.

Específicamente sobre la causalidad, Kelsen busca unificar el tema de la reclamación legal, que puede ser social, para atribuir la responsabilidad legal a alguien basado en premisas científicas. Kelsen explica que toda conducta humana es la causa de un resultado, que, para atribuir responsabilidad a alguien -atribución que él llamó “imputación”- debe analizar la causa humana que generó un determinado resultado.

El intento de Kelsen de cumplir con los objetivos de la ciencia tal como los entiende el Círculo de Viena, cuando se da cuenta de su intento de construir una teoría pura del derecho, que no estaría vinculada por ninguna otra ciencia. Sucede que este propósito no es sinónimo del sincretismo de todas las ciencias, de hecho, cada ciencia tendría sus propios elementos, convirtiéndola en lo que es. Por lo tanto, para delimitar una ciencia como “pura” debe quitarse a sí misma todo lo que no es suyo.⁷⁶

Esta afirmación se evidencia cuando Kelsen analiza la sociología, la historia y la psicología del derecho, comentando que tienen sus propios métodos de análisis, cuya relevancia se les atribuye. Todos los análisis del derecho por tales áreas tienen sus propios requisitos y métodos delimitados, lo que, según él, resulta en investigaciones necesarias para una comprensión completa del fenómeno jurídico, que no se prestan a explicar el derecho, sino solo sus fenómenos.

El punto de vista de Kelsen sobre la ley cuestionaba cómo nadie y buscaba fundamentar la ley sobre lo que él tenía como fundamental y llamativo en todo el sistema legal: las normas. Para él, el estudio de las normas es lo que permitiría formar una comprensión de la ciencia jurídica, sin interferencia de ninguna otra área de la ciencia, delimitando las estructuras y elementos que le eran propios. Por lo tanto, el punto de referencia de los estudios kelsenianos se basa solo en la norma, sin considerar los efectos del sistema legal.

En su obra *La teoría pura del derecho*, Kelsen pretendía construir una teoría pura del derecho, así como una teoría de la ciencia del derecho y la ciencia normativa.⁷⁷ Esto se debe a que el primer paso de su doctrina es establecer el dualismo entre *ser* y *deber* de ser de derecho, algo que se aparta de las ciencias naturales. Este dualismo permite distinguir la teoría jurídica de las ciencias naturales, en la medida en que la validez del ordenamiento jurídico no se basa en un logro empírico, sino sólo en otra norma que confiere este estatus. Se ve, por tanto, que Kelsen recoge explicaciones de la corriente neokantiana, vinculándola con premisas positivistas.

El *ser* y el *deber* de ser tienen una profunda relevancia en la teoría pura del derecho. Kelsen explica que *ser* efectivamente representa lo que es, simplemente. Se refiere al derecho a determinar los hechos que ocurrieron en el mundo real a través de la

⁷⁶ DA SILVA, Matheus Pelegrino. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. **Revista Ágora Científica**, Recife, v. 19, n. 2, p. 117-151, mai./ago. 2019.

⁷⁷ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Una aproximación a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. **Huri-Age**, n. 3, p. 1-17, 2010.

conducta humana, independientemente de si están moldeados por la conducta prevista en una norma legal o no. Así, la diferencia entre *ser* y *debería ser* se revela en la descripción de *debería ser* en cómo *deberían ser* las cosas, como un juicio determinista, que no ocurrirá necesariamente. Esto se debe a que el *deber ser* determina y ordena una forma de actuar, que puede darse o no en el mundo de los hechos; el hecho real es el *ser*, que puede ser o no la conducta prevista en el *debería ser*.

Kelsen explica la existencia de dos tipos de *deberes*. La primera es la *subjetiva*, aquella en la que el ser cognoscente pretende que una determinada conducta humana de un segundo sujeto sea de cierta manera. Esta determinación del primer sujeto de querer que un segundo sujeto actúe de acuerdo con los dictados impuestos por el primer sujeto, sin ninguna relación de autoridad entre ellos, es el *deber* de ser subjetivo, porque su fundamento es solo una *voluntad* de quien emana la norma.

En caso contrario, el *deber de objetividad* tiene un elemento diferenciador muy relevante en la teoría de Kelsen, que se compone de una relación de autoridad u obligación entre las partes. Cuando una parte tiene el deber de actuar objetivamente, esa obligación se deriva de una norma jurídica que confiere autoridad a la parte que emana la norma o impone a una persona determinada que actúa según lo predeterminado en la norma. Se ve, por lo tanto, que él *debe ser objetivo* está ligado a la imposición de una conducta no relacionada con la mera voluntad de un individuo.

Vale la pena señalar que, al igual que los positivistas del Círculo de Viena, buscó eliminar de la interpretación legal los axiomas morales y políticos de su ciencia, en la medida en que su interferencia en el análisis no permitiría una ciencia llamada “pura”. No significa que no entienda la relación que tienen la moral y el derecho, porque establece que “todo sistema jurídico positivo puede estar de acuerdo con cualquiera de las muchas reglas de justicia”, pero señala que esta conformidad no puede considerarse como la base de validez de una norma.

En su obra, es posible entender que concibe la posibilidad de normas no jurídicas, en la medida en que llama como *normas morales* a aquellas que son juzgadas moralmente buenas o malas en base a costumbres. Afirma que una diferencia entre las normas morales y las consideradas legales es el elemento coercitivo. La ley y sus normas tienen en su núcleo coerción, en la medida en que testifica las sanciones para aquellas conductas reprimidas por la norma. No significa que las normas morales no tengan sanciones, sino que se caracterizan por la desaprobación social de la conducta bajo análisis, mientras que las normas legales están cubiertas por el elemento coercitivo,

refiriéndose a Kelsen a la posibilidad de aplicar la fuerza física para hacer que un determinado individuo cumpla con la ley.

En este punto, es posible que haya preguntas como: ¿cuál es el estándar de estudio de Kelsen? ¿Cuál es la base de la validez de esas normas? Tales preguntas son fáciles de responder. Las normas objeto de estudio en Kelsen son las consideradas legales, que, como puede extraerse de su obra, son las puestas por autoridad competente, dentro del Estado, siempre que sean válidas. La validez, a su vez, tiene una doble caracterización, la primera, está relacionada con la efectividad mínima que debe tener una determinada norma jurídica para ser considerada válida. Kelsen explica que:

Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente).⁷⁸

A su vez, el segundo elemento de caracterización de la validez de una norma jurídica se refiere a la norma fundamental. En el sistema normativo de Kelsen, la validez para que se produzca un estándar proviene de un estándar más alto, que faculta a la autoridad estatal para insertarlo en el sistema legal. Por lo tanto, en la teoría del derecho kelseniano el poder de la autoridad se origina en una norma. Por lo tanto, hay estándares superiores y estándares más bajos, en los que el estándar más alto autoriza y regula la inserción del estándar legal más bajo en el sistema legal, y de ninguna manera el estándar más bajo puede contradecir cualquier estándar más alto.

Por este complejo de normas, que autorizan la inserción de otras normas, Kelsen no parece estar familiarizado con la relación infinita de normas superiores que autorizan y regulan las normas inferiores, por lo que afirma la existencia de una norma fundamental, que rompe con la infinidad de normas y da validez a todas las demás. El poder mismo de la autoridad estatal competente para emanar cualquier norma es el fruto de su poder, no al revés. Dicho esto, la norma fundamental asume la base de validez de todo el ordenamiento jurídico.

La norma fundamental no goza de ningún contenido, sino que es sólo una condición previa para la validez del ordenamiento jurídico. Como explica el autor, “no existe ninguna conducta humana que, como tal, por razón de su contenido, esté excluida

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8.

de ser el contenido de una norma legal”.⁷⁹ Por lo tanto, la validez de una regla en el sistema legal no impregna el acuerdo con ninguna norma moral, que considera una determinada regla como amoral o mala, sino solo por el contenido de otras normas legales.

Como aclaración y profundización de la afirmación puesta en el subcapítulo 1.1 de esta obra, fue precisamente la negación de cualquier contenido moral como base de la validez de las normas jurídicas lo que permitió que el nazismo, con toda su eugenésica concepción, llegara al poder. Esto se debe a que, con la necesidad de la moralidad como elemento de validez de la Ley, diversas conductas contra la dignidad de la persona humana, como la libertad, tanto física como de conciencia, con esclavitud y muerte en masa por elemento de etnia y creencia, fueron legalizadas e incorporadas a la sociedad nazi. No hay que olvidar que la estabilidad del poder nazi en Alemania cumplió parámetros en Carl Schmitt, quien defendió el poder soberano en el que podría establecer el Estado de Excepción, que en su momento se concentró en Hitler, porque era el *Heich*, pero esto, al menos en parte, se debe a los cimientos de Kelsen. Con los efectos de la Segunda Guerra Mundial, Kelsen intentó aclarar su tesis, buscando explicar algunos elementos que pudieran eliminar la justificación de la ley por ideales nazis o amorfos, pero ya era demasiado tarde.

Esbozado este breve paréntesis, una vez entendido que la norma fundamental es la base elemental de las demás normas, es posible delimitar que las normas insertadas en el ámbito del derecho positivo son aquellas que respetan el procedimiento especial, regulado por otras normas de derecho positivo. Por lo tanto, todas las normas que no encuentren en su orden final la norma fundamental, como elemento de validez, en la medida en que las normas que prevén la elaboración e inserción de nuevas reglas en el ordenamiento jurídico se basen en la norma fundamental, no formarán parte del derecho positivo. Es imperativo señalar que la norma fundamental no pertenece al sistema legal, según Kelsen:

*Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.*⁸⁰

⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

⁸⁰ *Ibid*, p. 139.

En este sentido, la norma fundamental es la constitución del derecho positivo. El término constitución no se refiere a lo que entendemos en el sentido jurídico-positivo, que sirve para garantizar los derechos fundamentales y organizativos del Estado, sino a lo que constituye todo lo demás.

A pesar de ello, el trabajo kelseniano tiene espacio para identificar la importancia de la Constitución -ahora entendida en el sentido jurídico-positivo- en el complejo de normas existentes en el derecho positivo. Es a partir de la norma fundamental y la Constitución que se crea una estructura jerárquica entre las normas. Esta relación es una escalada, en la que la Constitución es jerárquicamente superior a las demás normas, seguida de las Leyes, que deben encontrar el cumplimiento formal y material de la Constitución y serán instituidas por normas jerárquicamente superiores, por un sistema legislativo determinado y, más tarde, por debajo de las Leyes, son los Decretos, que serán colocados por un Administrador, y estarán sujetos a reglas jerárquicamente superiores, de las Leyes y de la Constitución.

Con esta relación entre normas, Kelsen tiene una forma de prevenir conflictos normativos entre una norma y otra, especialmente en cuanto a su contenido. Señala que, por la jerarquía normativa, las normas inferiores deben ajustarse a las superiores, tanto en la forma como en el fondo, y las que no se ajustan a sus estándares más altos deben ser eliminadas de la orden. Por lo tanto, si hay un conflicto material y formal entre las normas inferiores y superiores, se debe mantener la norma superior e inferior.

Se puede ver que Kelsen, por lo tanto, se posicionó en contra de la interpretación del derecho por una visión dualista, que consiste en una teoría jurídica formada por el derecho positivo y el derecho iusnaturalista. El iusnaturalismo es una corriente jurídica basada en los derechos naturales, anterior al orden jurídico normativo, inmanente a todos los individuos. Esto se debe a que entiende que las bases de la ley natural son justo/injustas, contradiciendo cada doctrina de la ley natural entre sí, no proclamando la unidad de la ley, como pretendía hacer el positivismo. En la ley natural las normas encuentran justificación sobrehumana, a veces en Dios, moral o en una concepción metafísica racional, que termina teniendo sus orígenes en la moral, que Kelsen pretendía modificar para establecer bases sobre una teoría pura basada en el positivismo y en premisas metodológicas firmes.

A pesar de ello, reconoce que la teoría de una norma fundamental presupuesta huye de la base del positivismo, en la medida en que no puede ser probada empíricamente, según los dictados positivistas, lo cual es claramente una contradicción. Sin embargo, se opone al entendimiento de que su suposición importa al establecer bases naturales para el derecho creado por él. En sus palabras, explica que:

Dizer que podemos pressupor a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva mas que não temos necessariamente de a pressupor significa que podemos pensar as relações inter-humanas em questão, normativamente, isto é, como deveres, poderes, direitos, competências, etc. constituídos através de normas jurídicas objetivamente válidas, mas não temos de as pensar necessariamente assim, que as podemos pensar sem pressupostos, quer dizer, sem pressupor a norma fundamental, como relações de força, como relações entre indivíduos, que comandam e indivíduos que obedecem ou não obedecem – isto é, sociológica e não juridicamente. Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a qualidade do direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ética-política mas tão-só uma fundação teórico-gnosológica.

Uma doutrina conseqüente do Direito natural distingue-se de uma teoria jurídica positiva pelo fato de aquela procurar fundamento de validade do direito positivo, isto é, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por ta forma que, quando não corresponde a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido.⁸¹

Por lo tanto, está clara la intención de Kelsen de crear una teoría del derecho alejada de las bases morales, sociales y culturales. Esto no significa que no reconociera la relación entre ambos con la ley, sino que era posible ensaficer esta relación para exponer los fundamentos jurídicos sin ella.

Esto se debe a que, después de la Edad Media, especialmente con la Ilustración y el movimiento contractualista, el derecho natural cosificó, justificando y lapidando diversos sistemas jurídicos, lo que hizo que algunos autores basaran el sistema jurídico bajo este enfoque. Thomas Hobbes, por ejemplo, que vivía en Inglaterra, un país que adopta eminentemente el sistema monárquico trajo en su obra *El Leviatán* una base teórica que justificaba el iusnaturalismo y el sistema monárquico. A través de la concepción de que individuos totalmente libres, en un lugar sin ninguna regulación legal

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 152-153.

– llamado “estado de naturaleza”, proporcionarían la guerra de todos contra todos, todos los días, permaneciendo siempre vivo esa persona o grupo que era más fuerte. Fue en *El Leviatán* donde escribió su famosa frase “el hombre es el lobo del hombre”. Dicho esto, la sociedad acepta reducir su libertad con el fin de asegurar que su vida y el impedimento de una muerte abrupta. Esta aceptación se produce a través de un pacto del pueblo con el soberano, a través de un contrato social, en el que el soberano está obligado a garantizar la vida de sus súbditos. En este sentido, las normas jurídicas en la estructura de la obra hobbesiana deben contener en su contenido lo que pretende garantizar la vida de los ciudadanos, y desde el momento en que esta norma no se respeta o que el soberano deja de garantizar la vida, los sujetos pueden rebelarse contra el poder central.

Desde una concepción ligeramente diferente del estado de naturaleza, Jhon Locke en su obra *Dos tratados sobre el gobierno*, conceptualiza el estado de la naturaleza humana como bueno -a diferencia de Hobbes, que cree en su maldad- lo que le hace creer que en el estado de naturaleza los individuos se respetarían mutuamente. Continuamente, con el desarrollo natural de una vida mejor para cada persona, adquirieron propiedades de varias maneras. A pesar de su creencia en la buena naturaleza de los seres humanos, Locke acepta que habrá personas que buscarán infringir el estado pacífico del estado de naturaleza, obstruyendo la libertad de los demás, así como la propiedad. Ante esta porción de personas que obstruyen la posibilidad de ejercer la propiedad y la libertad, Locke entiende que todos parten para la formulación del contrato social, en un intento de dar poder a un grupo elegido por el pueblo, con el fin de garantizar que estos derechos no sean ofendidos. En el mismo sentido, la justificación encontrada por el Autor es un derecho natural, anterior al contrato social, que justifica la abdicación de una porción de libertad en beneficio de un bien mayor.

Por supuesto, el concepto de la existencia de un derecho natural no está presente sólo en el período contractual. En las sociedades antiguas, especialmente en Grecia y la Antigua Roma, concebían la ley natural en sus familias, que siempre estaban agriadas por la religión, hasta el punto de que la familia era un lugar de culto para antepasados y dioses, como ya se explica en el subcapítulo 1.1 de esta obra. La concepción de un derecho iusnaturalista ya existía, aunque no en los moldes que tenemos hoy.⁸²

⁸² VÉRAS NETO *apud* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 86.

Sucede que la ley natural construida después de la Edad Media se vuelve extremadamente importante porque influye en varios sistemas legales de hoy, además de enfrentar el positivismo legal. Esto se debe a que a partir de los nuevos movimientos que surgieron al final de la Edad Media, el derecho natural dejó de revelarse, a través de una autoridad divina que representa a Dios en la tierra, a un Derecho Natural conquistado, creado por el racionalismo y el intelecto humano.⁸³ Sucede que la ley natural construida después de la Edad Media se vuelve extremadamente importante porque influye en varios sistemas legales de hoy, además de enfrentar el positivismo legal. Esto se debe a que a partir de los nuevos movimientos que surgieron al final de la Edad Media, el derecho natural dejó de revelarse, a través de una autoridad divina que representa a Dios en la tierra, a un Derecho Natural conquistado, creado por el racionalismo y el intelecto humano. El movimiento humanista y racionalista también atribuyó influencia a la concepción jurídica basada en un derecho natural, movimientos que involucraron la Revolución Francesa en 1789. Con estas corrientes se estructuraron, por ejemplo, los principios de las bases procesales penales y penales, aunque a menudo a nivel teórico, así como la reserva legal, la actividad fiscal y la irretroactividad.

Así, tratamos de justificar cuál sería el derecho ideal para las características metafísicas y morales, que no analizan el derecho en sí, sino como debe ser, basándose en concepciones predeterminadas. Es precisamente de esta característica que Kelsen quiere alejarse. Se reitera que no niega la posible relación de la moral con la ley, pero aclara que analizar el derecho desde esta perspectiva no lo individualiza e impide que sea descrito a la perfección. El intento de Kelsen es comprensible, especialmente cuando entiende que en la historia de la humanidad los diversos sistemas legales encuentran fundamentos divergentes, tanto formales como sustanciales. Como ejemplo, es posible citar sociedades de Oriente Medio que obstruyen la libertad de varias mujeres para estructurar dogmas patriarcales y religiosos, mientras que las sociedades occidentales buscan cada vez más la libertad y la igualdad de las mujeres -aunque en muchas de ellas prevalezca la característica patriarcal-, la voz de las mujeres se ha escuchado cada vez más. Por lo tanto, se entiende por qué Kelsen entendió que el iusnaturalismo no podía fundamentar un sistema legal unidireccional, con una teoría jurídica generalmente

⁸³ DA SILVA FILHO *apud* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 221.

aplicable por todas las sociedades, además de todo su fundamento en los ideales neokantianos y positivistas.

La pretensión kelseniana, bajo la visión histórico-cronológica retrospectiva de los orígenes, también encuentra cobijo en otras culturas, como las sociedades antiguas, que buscaban ubicar subjetivamente el derecho dentro del propio orden normativo, amalgamando los logros del conocimiento en un reductor de patrones entonces precedentes. Exactamente en la Grecia homérica clásica era posible diferenciar la llamada ley natural de la ley denominada *nomos* (legislar), concebida por el orden jurídico para diferenciar entre ley variable e invariable. En su *Rechtssoziologie I*, Niklas Luhmann reflexiona específicamente sobre esta diferenciación:

*Em sua exposição, Aristóteles rejeitava a legitimação do direito em termos arcaico-tradicionais, posto que não tinha mais espaço na nova forma do pensamento diferenciado. No lugar do pensamento arcaico surgiu o pensamento que lidava com a seletividade da ação humana: a ética como filosofia prática. Só mais tarde, ao ser absorvida no pensamento jurídico romano, já fortemente refinado, e principalmente na Idade Média, é que aquela diferenciação entre *physis* e *nomos* obteve a forma de diferença hierárquica das fontes do direito em termos de *lex naturalis* e *lex positivo*.⁸⁴*

Por supuesto, el grado de regulación jurídica helénica de *nomos* siempre ha sido muy pequeño y reducido en relación con la *physis* natural, hasta que, más tarde, el derecho de los juristas latinos introdujo las codificaciones, tomando como paradigma las doce tablillas romanas, acuñando, a partir de ahí, la indeterminación del derecho positivo. Las distinciones entre la derecha real y la derecha ideal iusnaturalista un poco más, se acentuaron aún más, entre cómo es y qué debería ser. No todos los positivistas aplauden el método analítico de Ross y lo emplean en sus estudios jurídicos, como con el positivismo de Dworkin, repeliendo el método analítico. Posiblemente, incluso se puede explicar el uso distorsionado ocasional del término positivista en un sentido profundamente peyorativo cuando se busca erróneamente ejemplificarlo en compendios para principiantes o practicantes.

A pesar de las críticas, la estructura legal del orden legal de Kelsen se utiliza y estudia actualmente. Junto a él está Norberto Bobbio, quien contribuyó inmensamente a estructurar una Teoría del Derecho, con bases positivistas. En su obra

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito* 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1983. p. 221.

Teoría del Orden Jurídico, Bobbio se aleja de la lectura estricta de la norma para analizar lo que llamó el “sistema jurídico”, pues señala que “[...] as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si [...].”⁸⁵ Rodeado de este entendimiento, afirma que el sistema legal no existe por el conjunto de El problema identificado por Bobbio era que la pluralidad de normas existía en un orden, causando problemas a medida que entraran en conflicto entre sí. Por lo tanto, pretendía una singularidad en el sistema legal, formado por la misma jerarquía de normas propuesta por Kelsen.

Es en este punto donde radica la mayor contribución de Bobbio a una teoría del sistema jurídico, pues identifica la existencia de lo que él llamó *antinomia*, que ocurre cuando una norma se opone a otra, proponiendo métodos de resolución de conflictos. En este sentido, además del criterio jerárquico, incorpora dos criterios más. La primera es la de la especialidad, se presta para resolver la antinomia que supone cuando dos normas que están en el mismo grado jerárquico en un ordenamiento jurídico. La forma de resolución del criterio de especialidad se dará aplicando esa norma que no constituye la generalidad de los casos, sino una porción específica de las conductas, por lo que se denomina “especial”, como expone:

*A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange um uma species de genus) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.*⁸⁶

Finalmente, está el criterio temporal, que consiste en la resolución del conflicto a través del orden cronológico en que se insertaron las normas en conflicto en el ordenamiento jurídico. En tales casos, no se aplicarán las normas más antiguas, en detrimento de la norma más reciente.

Es importante señalar que reconoce que en algunos momentos estos criterios pueden aplicarse concomitantemente, pero en otros, ninguno de estos criterios resolverá el embrollo. La preocupación de Bobbio con la resolución de la orden se debe

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 20.

⁸⁶ *Ibid*, p. 96.

a su comprensión de que el sistema legal debe ser coherente. La coherencia es una norma intrínseca al ordenamiento jurídico y como tal, aunque no positiva, debe ser respetada.

Continuamente, entiende que los criterios no son suficientes para resolver otro problema: la integridad de la ley. Esto se debe a que estos criterios se prestan a resolver conflictos regulatorios, pero no a resolver la ausencia de ley para regular un caso concreto. En tales ocasiones, concibe la posibilidad de hacer analogías normativas y los principios generales del derecho a resolver el conflicto.

Ciertamente, se puede decir que años más tarde la visión de una integridad del derecho a través de principios fue una clara contribución a esto, que no se identifica con la especificidad en el trabajo de Bobbio.

En vista de lo anterior en este capítulo, es claro que el positivismo, como ciencia filosófica, condujo a un profundo pensamiento empírico de diversas ciencias, tanto en su período “propositivista”, como en el período clásico y crítico, hasta que culminó en el positivismo lógico, que Hans Kelsen recibió una clara influencia para estacionar su teoría pura del derecho.

Mientras tanto, el iusnaturalismo buscaba influir en una concepción de la ley ideal, con fundamentos morales que se aproximaran o se alejaran de lo que se consideraba correcto para cada Autor. Por supuesto, esta corriente jusfilosófica ha contribuido en gran medida a la ley, hasta el punto de que muchas de las morales expuestas por sus autores están presentes en la ley de varias naciones de todo el mundo. La teoría de Kelsen se estableció como una doctrina teórica fundamental en las academias de derecho y en la vida cotidiana de los operadores legales, cuyo tratamiento recibió la misma consideración para las teorías de Bobbio.

Es hialino que el iusnaturalismo por un lado y el iuspositivismo por el otro forman las dos grandes corrientes del pensamiento jurídico, a través de la ley natural y la ley escrita. Si es posible construir una ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias de la naturaleza, también es posible construirla basándose exclusivamente en normas sancionadas por las autoridades políticas. En consecuencia, la ciencia del derecho no puede parecerse, en el primer caso, a las ciencias de la naturaleza, ya que no tiene como objeto los hechos empíricos, sino, según Kelsen, las normas jurídicas, o el lenguaje jurídico, según Bobbio.

Del mismo modo, la comprensión del positivismo influyó en la forma en que los economistas realizan sus análisis y estudios, como metodología, basada en pensamientos utilitarios, lo que influye en cómo el Análisis Económico del Derecho se

ve impactado por esta corriente, influyendo en gran medida en su contribución a este trabajo.

2.4.1. Una cuestión de principio en Robert Alexy y Ronald Dworkin

Para profundizar en la teoría del derecho actual y su relación con el análisis del derecho, en la medida en que el derecho positivo es uno de los supuestos del Análisis Económico del Derecho, es necesario comprender cómo los principios forman parte del ordenamiento jurídico. Como se verá, entre principios y normas, hay una cierta diferencia que ha impactado en el dinamismo del ordenamiento jurídico, específicamente en cómo interpretar las reglas y cómo resolver casos difíciles. Por lo tanto, no sólo las normas son objeto de análisis económico del derecho, sino también los principios que influyeron en varios sectores de este análisis, siendo esencial su comprensión.

En un estudio específico sobre el *principio*, insertado en un trabajo jurídico que aborda la *Imunidade Tributária Recíproca – Aspectos Legais e Estratégicos a uma Gestão Orçamentária*, que refleja las características jurídicas del modelo constitucional brasileño, es necesario rediseñar el concepto básico, basando la estructura básica, o más bien, la arqueología jurídica de la propia ley actual. El hombre a menudo se encuentra con conceptos que defienden los principios como una regla fundamental, un precepto que disciplina la estructura de una institución jurídica, desde la composición hasta la aplicación del sistema normativo. Del mismo modo, aquellos que no tienen un conocimiento profundo entienden el principio jurídico-legal como algo dependiente de una predeterminación de la conciencia.

El estudio de los principios del derecho tiene relevancia, porque se incorporan al derecho positivo y se aplican diariamente en el ámbito forense de los operadores jurídicos. De tal manera, la pretensión de un estudio completo de la teoría positiva del derecho debe contener en sí misma un análisis sobre los principios, su forma de aplicación, sus propias características y los autores que hicieron notar el mundo su relevancia, en la medida en que interfieren en las decisiones del poder judicial, así como formar reglas jurídicas e interpretaciones sobre normas.

Desde una perspectiva histórica sobre la interpretación y definición del término *principio*, antes de su adopción como concepción jurídica, es importante revelar que la lógica de la construcción de la civilización occidental se basa en el conocimiento clásico que surgió en la Antigua Grecia. Cuando el hombre comenzó a cuestionar la

construcción del mundo, los presocráticos se asentaron en la ética y la lógica para instituir los principios rectores del conocimiento y los descubrimientos intelectuales. Los cuentos de Mileto, como se vio anteriormente, han sufrido el principio de que la vida, en general, está vinculada al control del agua. Pitágoras, también como se ve, se unió al principio de las cosas, descubrió el movimiento rotacional de la tierra y desarrolló las matemáticas mismas. Este es también el caso de Hipócrates en medicina y con Sólon con respecto al uso de la razón. Más tarde, Sócrates recogió los estudios desarrollados hasta ahora y creó la lógica, eligiéndolo como método de conocimiento de las verdades necesarias, o mejor dicho, de las universidades, como para reseñarse del platonismo socrático.

Aristóteles, enfatizando los principios morales de los hombres, como animales políticos dotados de racionalidad, afirmó que la vida puede parecer común a las plantas mismas, pero ahora estamos tratando de saber qué es peculiar del hombre. De esta corriente clásica de pensamiento surge la idea del lenguaje geométrico, concibiendo principios como primeras verdades o verdades verdaderas o, aún así, verdades objetivas, no siempre pertenecientes al mundo del ser, sino del deber de ser.

Como dijo Jean Boulanger, autor del primer estudio analítico sobre los tipos y categorías de principios jurídicos, los principios son el elemento indispensable de la fecundidad del orden positivo. En el ordenamiento jurídico, representan el material sobre el que la doctrina construye una sólida exégesis normativa. Así, estableció la relación entre norma y principio, pero también delimitó sus diferencias, considerándolas como dos especies normativas, que tienen sus propias características. Así, podemos identificar la existencia de una norma *latu sensu*, que es general y se establece para un número indeterminado de hechos o actos, que es el género de la especie *strictu sensu norma* y principios. Las normas *strictu sensu* califican por su especialidad en la regulación de actos o hechos, pero, a diferencia de la norma *latu sensu*, se inserta en el ordenamiento jurídico para regular determinadas situaciones. De lo contrario, los principios se comportan en una serie indefinida de aplicaciones, no específicamente destinadas a ciertas conductas o una situación fáctica.

Josef Esser, por su parte, contribuyó al reconocimiento normativo de los principios cuando los enmarcó en el sistema de normas, punto de partida para el reconocimiento de la principiología.

En esta misma línea de razonamiento, dijo que los principios tienden a ayudar en la formación de un sistema lógicamente jerárquico. Esser fue un jurista y profesor alemán, que murió en la propia Alemania y enseñó en Greifswald, Innsbruck y

Maguncia, discutiendo principios y pensamientos legales. En su obra, reeditada en 1956 en Tubinga, y publicada en 1961 en español, bajo el título *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, pretendía descubrir el papel de los principios en el derecho, en la medida en que, como se verá, no todos los principios se consideran legales. A pesar de ello, no pretende hacer un análisis estrictamente positivista, en la medida en que no encaja del todo con el movimiento positivista del derecho, pero tampoco encaja con el iusnaturalismo, distanciando su teoría de esta filosofía cuando se acercan. Su posición era contraria a la teoría del orden jurídico propuesta por Kelsen, especialmente al formato piramidal del derecho. Esser entendió que por la existencia de principios que ordenan el derecho, el movimiento del ordenamiento y la estructura del derecho sería circular, con principios de presuposición que dan fundamentos al sistema normativo, siendo una condición preliminar para el funcionamiento de las reglas.

Es importante destacar que Esser entendió los principios como *pre-legales*, es decir, incluso antes de que fueran incorporados a cualquier ordenamiento jurídico, componiendo, en este momento preliminar, por la ética social existente ante la Ley, los valores éticos no eran derechos naturales, oponiéndose, como ya se ha dicho, al iusnaturalismo. Sólo reconoce que los principios componen la ética anterior a la insertada en el ordenamiento jurídico; y que es posible incorporarlo al ordenamiento jurídico positivo.

Por lo tanto, su punto central de estudio, y un pilar fundamental del análisis, es la comprensión de que no se puede tratar de extraer el contenido de los principios de una manera totalmente racional y separada del mundo de los hechos. Esto se debe a que, en su concepción, solo es posible desentrañar el contenido de cada principio que compone un sistema jurídico analizando un hecho. Esto se debe al entendimiento de que los principios no son estáticos e inmutables, sino maleables y dotados de múltiples interpretaciones, que serán develadas ante un determinado caso que está bajo análisis del intérprete. En el ámbito judicial, este análisis corresponde al juez, que debe guiarse por todos los elementos técnicos del presente asunto para que pueda atribuir un cierto significado al principio abordado.

En este sentido, contrariamente a las normas, los principios no tienen un significado específico, sino múltiples significados, lo que promueve una apertura jurídica, al retroceso del derecho positivo. Como se ha visto anteriormente, el positivismo kelseniano era formal y bastante rígido, cuya ley estaba destinada a cada sujeto que realizaba la práctica prevista en la norma, sufriendo una sanción si la conducta era

antilegal. Debido a su rigidez, no se permitió que una norma inferior tuviera un significado diferente y opuesto a la norma jerárquicamente superior. Por lo tanto, en la hipótesis de la norma superior que prescribe “A”, las normas inferiores siempre deben estar en línea con ella, recibiendo significado de “A+B” y “A+C” hasta el infinito. En Esser, los principios constituyen el derecho positivo, pero confieren una apertura interpretativa al juez que emerge la teoría positivista, por lo que, con base en su teoría, se puede afirmar que el significado de “A” en la operación “A+B” puede ser diferente del que se encuentra en la operación “A+C”, si “A” es un principio, dependiendo principalmente de cada caso concreto para su delimitación.

Con esta variedad de interpretaciones posibles, se observa, de entrada, que el significado del término *principio* atribuido por el alemán permite la incidencia de varios significados del mismo principio bajo varias normas. Del mismo modo, es posible que bajo un mismo estándar exista la aplicación de varios principios. Este impacto conlleva más de un significado para el mismo estándar, dependiendo de qué principio se aplicará al caso específico, la definición y aplicación de la cual dependerá del intérprete-juez para delimitar, en el momento del análisis del juicio.

Se ha dicho antes que, para Esser, los principios pueden ser positivos, centrándose en ellos en el objeto de estudio de este subcapítulo. Así, los principios que no son positivos se denominan *pre-legales*, mientras que los que han sido incorporados al texto jurídico por el legislador son *normativos*, lo cual es un indicador de construcción jurídica.

Para que un principio se incorpore al sistema legal, Esser requiere que sea objeto de interrogatorio en los tribunales. Implica que, desde este punto de vista, los principios deben poder aplicarse a casos específicos, lo que es coherente con su metodología prevista desde el principio.

No obstante, los principios no son normas, tal como las conocemos. Las normas están directamente vinculadas a la decisión, como una interpretación inflexible de aplicación a un sujeto, en la que se extrae una sanción que importa en coacción, siendo un mandamiento autónomo. Los principios, a su vez, son meras pautas para la aplicación de la norma, es decir, el juez, al enfrentar un caso, debe interpretar las reglas de acuerdo con los principios, pero meramente orientadores. La regla es la regla imponente, mientras que el principio es una guía. De esta manera, los principios sirven para que el intérprete pueda aplicar un mandamiento, que son las normas.

Así, se afirma que el papel de Esser en la construcción del derecho es sumamente importante, lo que concluye su trabajo con la formulación de que los diversos principios que pueden estar presentes en el mismo ordenamiento jurídico, que se clasifican en: **(i)** principio axiomático, que tiene lugar en el sentido constructivo moderno, **(ii)** el principio problemático, y **(iii)** compuesto de ideas básicas en el sentido retórico y principios dogmáticos.

Si Jean Boulanger capitanea el estudio de los principios en el derecho francés, Josef Esser mantiene este privilegio en el derecho teuto. Ambos, de una manera peculiar, estimularon el principio a la luz de conceptos que, hasta el día de hoy, se respetan y luego se mencionan. En este sentido, es importante sumar las aportaciones de Robert Alexy y Ronald Dworkin a la hora de entender los principios como normas. A partir de este marco histórico, se pueden considerar al mismo tiempo los principios como el conjunto de supernormas que guían y armonizan ciertos sistemas jurídicos. Son, por tanto, reglas excesivas, es decir, reglas que jerárquicamente deben ser respetadas, en nombre de la homogeneidad de un sistema jurídico que, a su vez, está compuesto por un conjunto de elementos que actúan armoniosamente, apuntando al alcance de un determinado fin social, según el pensamiento alexiano.

Para el profesor Joaquim Gomes Canotilho, los principios de *Lusus* constituyen normas jurídicas imponentes, de optimización subjetiva, que en sí mismas son insusceptibles a la aplicación; las reglas son reglas que prescriben un requisito. Al tener un alto grado de abstracción, los principios pueden coexistir en una convivencia conflictiva, porque permiten el equilibrio entre valores e intereses, según su peso e importancia.

Concibe su pensamiento sobre los principios a través de una Constitución con un sistema abierto, compuesto por reglas y principios, en el que las reglas se insertan en un conjunto de normas jurídicas junto con los principios.⁸⁷ Su intención era construir el derecho constitucional de una manera más metodológica y dogmática, a través de un principio perspectivo que pudiera estructurar las bases de estudio de los principios en el ordenamiento jurídico.

Para él, en las sociedades organizadas, la composición de normas y principios en una Constitución abierta forma el ordenamiento jurídico que las rige, en el que la ley termina “constituyendo um sistema quando se reconduz, formal y

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 48.

procedimentalmente, a uma idêntica norma fundamental”.⁸⁸ Con la premisa kelseniana que presupone la existencia de una norma fundamental, pero que le atribuye la existencia de principios, Canotilho define el derecho como un sistema dinámico de normas.

En este sentido, presupone la existencia de principios constitucionales que estructuran el ordenamiento jurídico y que se basan en las Constituciones, considerándonos el *núcleo esencial* de cada Carta Magna. De este núcleo es que las Constituciones emanarán una cierta característica, y se podrá observar su identidad y estructura.

En un acto continuo, Canotilho aclara además que hay dos dimensiones de los principios estructurantes: constitutivo y declarativo. Mientras que los principios constitutivos expresan y constituyen la comprensión universal y el formato del orden constitucional, los que califican como declarativos son conceptos que sirven como subprincipios y facultan las normas constitucionales.

Por lo tanto, con los dogmas estructurantes de las Constituciones en Canotilho, promueve la concepción dogmática del derecho, vinculada a la teoría kelseniana, negando los principios metafísicos, uniendo una definición de principios basada en el orden positivo del derecho, en la que el significado de los principios se basa en un orden jurídico, a diferencia de aquellos que defienden un orden de valores de una manera supra positivista.

Por ello, es importante destacar, de nuevo, que los principios en la obra de Canotilho asumen una caracterización vinculante, pudiendo producir sus efectos en el ordenamiento jurídico y en el mundo de los hechos.

Para Francesco Carnelutti, al ser mandatos positivos, los principios generales del derecho no son necesariamente algo que existe fuera de la ley, sino dentro de ella, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentra dentro del derecho escrito como alcohol en el vino: son el espíritu o esencia de la ley, como el aroma de una flor dentro de una copa de perfume. Al referirse a la esencia de la ley, no se puede anular el pensamiento de Montesquieu, para quien las leyes eran las relaciones que derivaban de la naturaleza misma de las cosas: eran el “espíritu de las leyes”. Por otro lado, para Rousseau, el pacto social se analizó porque los hombres no podían crear nuevas fuerzas sino unir las existentes para conservar y formar mediante agregaciones la suma de nuevas fuerzas.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 49.

La historia también registra el principio de la desobediencia civil y la ruptura de la armonía social, cuando una ley contradice los principios fundamentales. Esto ocurre con Gandhi, para quien la ley consideraba delito la desobediencia civil, mientras que para él significaba un deber supremo del ciudadano. El movimiento llamado *Satyagraha*, fue liderado en la India por Gandhi desde 1913, promoviendo la paralización de las actividades de toda la administración colonial inglesa en el país. El *Satyagraha* encontró un fundamento en la religión y el espiritismo, y su *modus operandi* era la resistencia pacífica, involucrando elementos místicos, reflexivos y de acción. Su intención era proteger los derechos de todos a través de la autorreflexión, es decir, que las personas afectadas por comportamientos no violentos reflexionen sobre los reclamos. El contexto social era contrario a la colonización británica debido al *status* establecido en el país derivado de esta relación, que se basaba en el miedo, por el constante estado de alerta que se promovía con la presencia de los ejércitos, la policía y los servicios secretos ingleses. Así, Gandhi buscó promover el bienestar social de la gente, alejando este sistema de vigilancia constante. Esta visión fue enseñada por el propio Gandhi al pueblo; lo que impulsó el movimiento social que resultó en la independencia del pueblo indio de la corona inglesa el 18 de agosto de 1947, asumiendo la presidencia del congreso en 1929 hasta el año 1948, cuando murió. Gandhi es muy importante hasta el día de hoy en el país, habiendo una fiesta nacional en su nombre todos los días 2 de octubre, llamada *Gandhi Jayanti*.

Marthin Luther King también promovió una concepción de la desobediencia civil, afirmando que soñaba con ver algún día a los hijos de esclavos y a los hijos de los amos de esclavos sentados juntos en la mesa de la fraternidad; pero con Mandela, que se convirtió en el preso político más conocido del mundo contra el *apartheid*; como con Thoreau, con su anarquismo pacífico contra los poderes constituyentes.

Ciertamente, el concepto de desobediencia civil no es simple, especialmente cuando se basa en un derecho positivo, porque presupone la desobediencia a las normas y leyes que regulan la sociedad. Jhon Rawls, por ejemplo, define la desobediencia civil como un “*acto público no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno*”.⁸⁹

⁸⁹ RAWLS, Jhon. **Teoría de la Justicia**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 332.

Así, su inserción en el ordenamiento jurídico positivo puede generar un problema complejo al sistema, en la medida en que por un lado propone una sanción por incumplimiento de una norma jurídica, pero al mismo tiempo prevé la posibilidad de falta de respeto basada en un principio de carácter muy subjetivo.

No es difícil, por tanto, contactar que, en este campo de la principiología, no se puede despreciar al ser humano regalado en los austeros dominios de la hermenéutica tradicional. En este particular, Luis Alberto Warat, filósofo argentino residente en Brasil y recientemente fallecido, señala que los métodos interpretativos parecen definitivos por el imaginario jurídico, a través del sentido común de los juristas, con técnicas rigurosas que permiten alcanzar el conocimiento científico del derecho positivo.

Estas técnicas impregnan la dogmática, que elabora “*preposiciones, categorías y principios obtenidos a partir de los conceptos jurídicos, extraídos dos textos legales*”.⁹⁰ En este sentido, explica que los principios organizan la forma de operar las normas insertas en un sistema jurídico, dándole exhaustividad, lo que se puede identificar cuando las normas no son suficientes para resolver un embrollo dado, utilizando los principios para la resolución. Lo que se puede observar con esto es que, para el profesor argentino, los principios se adhieren al sistema jurídico positivista a través de su lógica y validez sistemática, y los principios generales del derecho, formados por la dogmática jurídica, llevan a cabo una construcción jurídica, pero son vistos como mera retórica por algunos autores.

Warat destaca la importancia de las reglas, porque, al igual que Esser, el cambio de una interpretación dada a un determinado principio puede provocar el cambio y la redefinición de los entendimientos de las palabras que componen una determinada ley que está vigente en el ordenamiento jurídico.

Con esta comprensión de los principios, Warat especifica que, para comprender mejor el significado de los principios, es importante mirar los aspectos que involucran la conciencia humana, en la medida en que todos los sentidos principiológicos conducen a la dirección del pensamiento del grupo, que, a su vez, está ligado al metanorma y los superconceptos.

Los principios guían no sólo la conducta humana, sino también las innovaciones interpretativas. En cierto sentido, cómo los principios se enuncian lógicos,

⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. Sobre dogmática jurídica. **Revista Sequência**, ano 1, p. 33-55, 1980. p. 35.

implícitos o explícitos, y ocupan una posición de preeminencia en los amplios cuadrantes del derecho. A pesar del respeto por los estudios de los juristas mencionados anteriormente, es necesario un análisis más profundo de los principios, que fue promovido por Alexy y Dworkin.

Ronald Dworkin nació en los Estados Unidos en 1931 y murió en Londres, Inglaterra, en 2013, mientras enseñaba en la Universidad de Oxford la cátedra de Teoría General del Derecho. En su libro *Tomando en serio el derecho*, explica que:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. [...] Nos dois últimos capítulos, argumentei que essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada; no presente capítulo, vou descrever e defender uma teoria melhor.

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.⁹¹

En este sentido, iniciando su estudio de los principios, recuerda el caso del *Riggs against Palmer*, en el que el tribunal de Nueva York, en los Estados Unidos de América, se encontró con un nieto que asesinó a su abuelo, al enterarse de que el fallecido había puesto su nombre en el testamento, lo que provocaría que el asesino recibiera la herencia. Según la decisión informada por Dworkin, el tribunal reconoció que, a juzgar por ley, en una lectura estricta, el testamento otorgaría la propiedad del abuelo al asesino, sin embargo, “todas las leyes y contratos pueden estar limitados en su ejecución y su efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario”⁹², lo que hace que el tribunal niegue el derecho al asesino a recibir la herencia.

Además de otros casos similares citados en su obra, en los que las decisiones huyen de lo habitual, como en el *common law*, en el que las decisiones se basan en la jurisprudencia, y el *civil law*, basado en la ley, los jueces se basaron en algo más allá de las normas jurídicas para lograr la interpretación final.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

⁹² *Ibid*, p. 37.

Con esta premisa, Dworking afirma que existe una diferenciación lógica entre principios jurídicos y normas. Según él, debido a que constituyen mandatos expresos, las reglas son necesariamente autónomas y, en consecuencia, excluyentes, y no hay reglas contradictorias o de validez simultánea, es lo que él llamó *todo o nada*, o la regla se aplica en su totalidad, o no será aplicable en absoluto. Esto no significa que no pueda haber excepciones a la regla y debe enumerarse y enumerarse para completar el sistema legal.

De lo contrario, señala que los principios actúan de manera diferente, cuyo primer elemento se destaca es la ausencia de una consecuencia inmediata en un caso determinado, lo que requiere el análisis y el principio, mientras que las reglas tienen una consecuencia inminente. Dicho esto, los principios no pretenden establecer una aplicación necesaria al caso específico, sino realizar análisis, interpretación o, como diría Dworkin, *el argumento en una determinada dirección*. Esta dirección puede estar influenciada por otros principios, lo que hace que se aleje o se acerque a un cierto entendimiento, dependiendo de qué principio tendrá la mayor implicación para el examen fáctico del conflicto. Con tal relación, más de un principio puede guiar una decisión o interpretación, con diferentes grados de influencia sobre ellos, lo que hará que uno preponder sobre el otro, pero siempre con la aplicación simultánea de todos los principios que lo rigen.

Dicho esto, es posible entender que el segundo elemento diferenciador entre normas y principios está relacionado con la validez. Esto se debe a que, si bien en el ordenamiento jurídico positivo puede haber dos reglas que causen antinomia, y se debe aplicar el criterio de especialidad, temporalidad o jerarquía, lo que invalidará una de las reglas para que otra siga plenamente vigente en el ordenamiento jurídico, los principios actúan concomitantemente, en los que el conflicto entre ellos no da lugar a la nulidad de ningún principio que rija el ordenamiento jurídico, pero sólo su menor intensidad de incidencia, dependiendo del aspecto fáctico esbozado.

Por lo tanto, entender ambos principios en conflicto vigentes no significa que el mismo principio prevalezca siempre frente a otro, de hecho, dependiendo del caso concreto, un principio que recibió un tratamiento menos relevante en un caso particular, cuando se analiza su conflicto con otro principio, puede tener mayor importancia que cuando está en conflicto con el mismo principio bajo análisis de otro caso con aspectos técnicos distintos al anterior, prevaleciendo sobre ella, permitiendo que ambos coexistan armoniosamente. De esta manera, Dworkin expone que:

Essa primeira diferença entre regra e princípio traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso e importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.⁹³

Aunque la teoría de los principios está relacionada para complementar la teoría del derecho kelseniano, Dworkin critica la interpretación de los positivistas y la teoría positivista del derecho. Esto se debe a que, en sus palabras, los partidarios de la teoría positivista entienden que no todos los casos pueden ser juzgados por las normas presentes en un ordenamiento. Por lo tanto, dependerá de los jueces utilizar su discreción para decidir.

En esta interpretación, si existe una norma que rija una situación jurídica, debe aplicarse en detrimento de cualquier principio. Es en este punto donde se encuentra una de las críticas de Dworkin. Porque, en el *Riggs against Palmer*, la aplicación de la norma, requeriría que el asesino recibiera la herencia de su abuelo, lo que fue impedido por la aplicación de principios.

En el mismo sentido, explica por qué la decisión del juez basada en principios no es discrecional:

Talvez signifique que o padrão dita um resultado sempre que puder ser aplicado, de tal maneira que nada mais é levado em conta. Se assim for, então certamente verdade que os princípios individuais não prescrevem resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípio pode ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em juízo de que a regra é obrigatória. [...] Essas

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando o Direito a sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

*autoridades devem avaliar os pesos relativos dos vários fatores: desse ponto de vista eles não têm poder discricionário.*⁹⁴

Así, se verifica que Dworkin entiende que la facultad de los jueces no es discrecional, en la medida en que los principios apuntan a un significado y obligan al Magistrado a decidir de acuerdo con la dirección señalada, y debe sopesar la regla/principio aplicable al caso concreto.

Así, se verifica que Dworkin entiende que la facultad de los jueces no es discrecional, en la medida en que los principios apuntan a un significado y obligan al Magistrado a decidir de acuerdo con la dirección señalada, y debe sopesar la regla/principio aplicable al caso concreto.

A partir de esta crítica, Dworkin pretende responder a la pregunta: *¿cuándo se le permite a un juez cambiar una regla existente?* Para él, hay dos maneras de que este cambio ocurra. La primera se desarrolla cuando el Magistrado considera favorable el cambio a un determinado principio, justificando la modificación. Sin embargo, establece límites para promover los cambios, en la medida en que, según él, si los Magistrados pudieran cambiar cualquier interpretación normativa basada en principios *no podríamos afirmar la obligación de ninguna regla*. En este sentido, los criterios de los cambios se imponen por la relevancia que reciben unos principios con relación a otros, algunos sin relevancia y otros con relevancia y, entre los que tienen relevancia, que algunos tienen más de ella que otros. Según estos criterios, la voluntad del Magistrado sería eliminada en detrimento del supermercado de un cierto *statu quo* legal. La segunda forma, se relaciona con el concepto anterior por parte del juez en el entendido de que su pretensión de modificar la norma debe seguir normas importantes cuando se oponen a la doctrina previamente establecida, estas “normas” son los principios, que incluyen el principio de supremacía del poder legislativo y precedente. Estos principios son la base de un Estado Democrático de Derecho y, por tanto, en la decisión que cambie la interpretación de una norma jurídica se debe considerar.

Así, se identifica que Dworkin tenía cierta preocupación por la aplicación de los principios como una forma de modificar la interpretación normativa, lo que le lleva a buscar en su filosofía criterios que impedían al magistrado poder implementar sus ideales extralegales ante “un caso difícil” que exigiría la aplicación de principios.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 54.

Es importante destacar que los principios de la filosofía de Dworkin asumen la posición de argumentos destinados a establecer un derecho individual, distinguiéndose de los movimientos e interpretaciones políticas, que avanzan hacia el establecimiento de objetivos colectivos. Para él, la diferenciación entre política y principios es importante definir la naturaleza de los juicios que se basan en el Análisis Económico del Derecho.

Como explica Dworkin⁹⁵, hay quienes entienden que un análisis por el sesgo del Análisis Económico del Derecho sería político y no de principios. Él contrarresta este argumento, afirmando que quien considera que “la suposición de un cálculo económico de cualquier tipo debería ser un argumento de política no considera la distinción entre derechos abstractos y derechos concretos”. Sólo se utiliza un elemento para disociar ambos: la competencia de los derechos. Si bien los derechos abstractos no consideran los otros derechos que compiten con él, los derechos concretos reflejan dicha competencia. Así, Dworkin asume que los principios abstractos en competencia pueden pasar a través de líneas argumentativas que alcanzan un derecho concreto, a través de la lógica económica.

Es posible entender, por tanto, la lógica esbozada, que, para Dworkin, este conflicto de derechos permite una interpretación por sesgo económico para lograr un equilibrio en este conflicto, comparando “las utilidades de [...] partes en diferentes condiciones”. El jurista entiende que el choque jurídico puede surgir de meros cálculos económicos y útiles de las partes involucradas en el caso concreto, ganando mayores proporciones. Desde este punto de vista, concluye su pensamiento coincidiendo en que, si existe un conflicto jurídico con esta alta complejidad “ningún juez puede apelar a esta proposición jurídica”, refiriéndose al análisis económico, “a menos que crea que el principio de respeto mínimo enuncia un derecho jurídico abstracto, sin embargo, si no existe tal situación, [el juez] puede armar su argumento de acuerdo con la fórmula económica sin, con esto, convierte tu argumento principal en un argumento de política”.

A partir de la tesis doctoral de Ronald Dworkin, resultó en su trabajo *Tomando los derechos en serio*, en el que se opone al pensamiento de Herbert Hart. En la tercera edición de esta obra, Dworkin se vio obligado a agregar un apéndice célebre (y respetable), titulado “respuesta a los críticos”, nominándolos como Greenwalt, Munzek,

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 154.

Richards, Soper, Nickel, Mackie y Raz. Habiendo insertado, en la segunda edición de *El Concepto de la Ley* un respetable post-escrito refutando las posiciones de Dworkin en *La Justicia de Toga*, vuelve a la cuestión de la filosofía política, volviendo a alimentar divergencias sobre los conceptos de derecho. También se opuso a la nominación de Robert Bork a la Corte Suprema, lo que provocó una profunda controversia en el poder judicial. En su crítica, un juez solo puede interpretar la ley o la Constitución, nunca enmendarla, porque sería usurpar un poder. Entendió que a lo largo de su carrera se adquieren ciertos hábitos en la forma de hablar del derecho. Hábitos que no necesitan ser justificados, evidenciando la justicia de toga. Esta teoría del incumplimiento de la ley se basa en la teoría normativa de la atribución judicial. Cuando se constituyó en 1976, en una escuela legal de los Estados Unidos, Critical Legal Studies, fuertemente inclinado hacia el lado izquierdo de la política, llegó a ser conocido como CLS. Sin embargo, la guerra de Vietnam, la libertad de prensa y el conservadurismo de la corte suprema empujaron a Dworkin más al centro, dirigiéndolo a conceptualizar (su) teoría legal liberal. Más tarde, alejándose del antipositivismo crítico de Hart, comenzó a reflexionar sobre la distinción entre reglas morales y reglas legales. Sin duda, se convirtió en el gran defensor de las minorías negras, latinas y asiáticas en los Estados Unidos de América, destinatarios legítimos de las cuestionadas vacantes especiales en la administración pública y las universidades. De ahí nació la *discriminación inversa*, dentro del centro del radicalismo jurídico en la CLS, con una nueva propuesta hermenéutica.

Así, se puede ver que los principios se enuncian en arenas genéricas que conviven con valores y reglas. Los valores, al ser ideas abstractas no contenidas en textos jurídicos, estructuran todo el sistema jurídico. Las reglas, debido a que contienen algún grado de corrección, prescriben imperativos los comandos enviados a los valores. Los principios constitucionales comprenden valores y reglas. Varían entre los extremadamente abstractos, como la isonomía, y los que se revelan a través de reglas, como la legalidad, que puede interpretarse a veces como un principio y a veces como una regla. Habida cuenta de las circunstancias, se establece una relación condicional de precedencia entre los principios generales del Derecho: la determinación de esa relación determina las condiciones en las que un principio precede al otro. En otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede resolverse inversamente, dependiendo de la causa principal.

Robert Alexy, un jusfilosofista alemán nacido en Oldenburg y profesor de derecho en la Universidad de Göttingen, es actualmente uno de los maestros más

influyentes de la literatura jurídica contemporánea, respetado profesor constitucionalista y filosofía del derecho de Kiel, experto en los pensamientos de Aristóteles y Kant, además de Kelsen, Radbruck, Alf Ross y Hart.

Antes de entrar en el tema sobre los principios, que es el tema central buscado en el análisis en su obra, es importante hablar de su comprensión del concepto de derecho. Específicamente en cuanto al derecho positivo, señala que existen dos corrientes de interpretación, la primera, guiada por el concepto de eficacia y la segunda por la estandarización, distinguiendo por el aspecto externo o interno de una norma.⁹⁶

En la corriente que busca el análisis por efectividad jurídica, se incluyen lo realista, previamente estudiado en este trabajo, y lo sociológico. En cuanto a los aspectos externos del derecho, los adherentes de la corriente sociológica, Max Weber y Theodor Geiger, quienes, para Alexy, se basan en el estudio normativo consistente en la regularidad de su observancia y/o en la sanción de su incumplimiento. También es posible realizar dicho análisis mediante la jurisprudencia y la instrumentalización pragmática del derecho, como lo hizo Holmes.

En caso contrario, el análisis de las características internas de la norma, que no son más que la búsqueda de la motivación normativa de su observancia o aplicación. Para las corrientes que se basan en la eficacia, lo relevante, según Alexy, es la “disposición psíquica”, y hay autores, según Luhmann, que también se adaptan a esta clasificación, porque entiende el derecho como “una expectativa normativa de comportamiento”.⁹⁷

De lo contrario, los conceptos de derecho que se basan en la estandarización se pueden encontrar en Alexy, ya que, por regla general, en su teoría analítica del derecho, destaca el análisis lógico o conceptual del derecho. En su concepción, lo que diferencia la conceptualización por la eficacia normativa, es que la primera es desde la perspectiva del observador del objeto de estudio, citando que son en su mayoría interpretaciones dadas por abogados, mientras que la normativa está bajo análisis de los participantes, citando como tales a los Magistrados. En este sentido, se mencionan tres juristas para ejemplificar las teorías de la conceptualización normativa: John Austin, Hans Kelsen y Herbert Hart. En palabras de Alexy, para Austin, cada derecho o regla es una orden, que se ve reforzada por una sanción. Aunque no todas las

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 17.

⁹⁷ *Ibid*, p. 19-20.

reglas que resultan en sanciones constituyen el derecho, sino solo aquellas que son determinadas por una autoridad política superior. Como se indica en el trabajo de Austin:

Of the laws or rules set by men to men, some are established by political superiors, sovereign and subject: by person exercising supreme and subordinate government, in independente nations, or independente poticial societies... To the aggregate of rules thus established, or to some aggregate formin a portion of that aggregate, the term law, as used simply and stictly, is exclusively applied.⁹⁸

Sin embargo, existe una relación simple entre la ley y la eficacia en la teoría de Austin, en la medida en que “If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk, of a given Society, that determinate a superior is sovereign in that society”, que es reconocida por Alexy, pero no deja de calificarlo de jurista positivista.

Sobre la teoría kelseniana, como ya se trabajó en este trabajo, define la ley como un ordenamiento coactivo, cuyo pilar es su norma fundamental, mientras que, en Hart, según Alexy, la ley es un sistema de reglas que se identifica a través de una regla de reconocimiento o reconocimiento, en la que esta regla corresponde a la norma fundamental de Kelsen, pero a diferencia de él, su origen es el hecho social. En palabras de Hart:

The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, prattice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. It's existence is a mater of fact.⁹⁹

Expuesto a este contexto legal, Alexy se posiciona sobre su comprensión y definición de la ley, para él, existen 3 elementos que integran su conceptualización:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos

⁹⁸ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 5. ed. Londres: John Murray, 1885. v. 2. p. 88.

⁹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of Law*. Oxford: [s.n.], 1961. p. 107.

*normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.*¹⁰⁰

Así, la definición de Maestro Alexy se acerca al normativismo de Kelsen y al post-naturalismo de Radbruch.

Una vez que se establecen los fundamentos de su doctrina legal, es posible profundizar su comprensión de los principios. Fue en su obra *Concepto y Validez del Derecho* donde hubo mayores aportes sobre este tema. Como piedra angular, Alexy describe la existencia de un “alcance de apertura” de la ley, que supera la normalidad del sistema legal. Para él, los argumentos de injusticia apuntan a una situación excepcional de una ley injusta, incluso si se puede debatir la comprensión de la existencia excepcional de leyes injustas, especialmente por el conocimiento de la metodología legal. Por lo tanto, la característica de la estructura abierta se vuelve importante.

Sobre esta dicha apertura, da especialidad al carácter vago del lenguaje jurídico, permitió contradicciones normativas, así como la existencia de lagunas y la posibilidad de juicio contrario a la expresión de ciertas normas. En este sentido, la intensidad de la apertura varía en cada orden, pero siempre estará presente para depender de los sistemas legales.

En este momento, es posible surgir la siguiente pregunta: ¿en qué casos influirá esta apertura en la ley? La respuesta que se encuentra en la obra del jurista es: en la resolución de “casos dudosos”. Como hizo Dworkin, Alexy explica que por la corriente del derecho positivo, la apertura del derecho daría al Magistrado juzgar sus casos según criterios extralegales, es decir, en criterios discrecionales, lo que conferiría al órgano judicial la facultad de crear una nueva ley, en cierto modo un poder legislativo. Por otro lado, hay una corriente que se posiciona de manera diferente, para ella, en tales situaciones el Magistrado sigue estando obligado a aplicar el derecho positivo, basado en los principios, acercando así el derecho a la moral.

Comenzando su explicación, hace una distinción entre normas y principios. En su concepción, en forma resumida, afirma que las normas son *mandamientos definitivos*, en la medida en que prescriben conductas, que, cuando se practican, determinan una consecuencia definitiva, ordenando, prohibiendo o permitiendo la realización de conductas. Así, se observa que uno de los supuestos de aplicación de la

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 22-23.

norma es la subsunción. Por otro lado, los principios se definen brevemente como “mandamientos de optimización”, ya que ordenan que “algo se logre en la máxima medida en relación con las posibilidades reales y legales”. Tal declaración significa que los criterios para aplicar los principios dependen de las posibilidades reales y jurídicas de cada caso individual.

Con esta distinción teórico-normativa, Alexy afirma que hay tres tesis que se aproximan al derecho de la moral, que son las tesis: **(i)** la incorporación, **(ii)** la moral y **(iii)** la corrección.

La tesis de la *incorporación* se basa en que todo sistema jurídico que contenga el mínimo de desarrollo se base en principios. Realizando una hipotética dialéctica con un positivista, el jurista alemán sostiene que los positivistas aceptarían que los principios están presentes en el sistema legal, pero niega que esto se relacione de alguna manera con la moral. Así, pretende verificar, desde la perspectiva de un juez, la existencia de principios en todos los ordenamientos jurídicos; para ello, crea la hipótesis de un Magistrado tratando de resolver un caso difícil, es decir, que está dentro del ámbito de apertura de la ley, en el que aplica criterios de ponderación en el intento de resolver. En palabras de Alexy¹⁰¹, “uma ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão”. A partir de este conflicto de razones se desprende que se puede identificar la presencia de principios, en la medida en que las justificaciones están directamente vinculadas a los principios o se basan en ellos.

Alexy, creando de nuevo un hipotético debate con un positivista, sostiene que el partidario de esta corriente podría afirmar que el uso de la ponderación no necesariamente importa en presencia de principios en todos los ordenamientos jurídicos, y la ponderación es un elemento extralegal, es decir, no perteneciente a la ley, sino basado en elementos morales. El argumento en contra de esto, en el que se basa el jurista, aún bajo la mirada de un Magistrado, es que en el análisis de un caso por un intérprete determinado se basa en una serie cognitiva procesal para la resolución de conflictos, aunque estos procedimientos y reflexiones no sean normativos. Sin embargo, debido a que son parte del proceso de interpretación, invariablemente componen el sistema legal.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85-86.

Se supone que otros positivistas deben impugnar esta afirmación, ya que, a pesar del juicio en casos difíciles, esto no significa que la ponderación y los principios se incorporen a la orden. Sin embargo, este argumento también se contrarresta porque, como dice Alexy, cada juicio tiene la intención de corregir algo, lo que resultará en un fallo judicial con pretensión correctiva. Así, considera que la sentencia judicial es un elemento jurídico y no meramente moral. Esto se hace, considerando esta relación, especialmente que para dar lugar a la decisión judicial y al intento de corrección, especialmente en casos difíciles, la ponderación y los principios conforman el sistema legal.

Con la refutación de quienes se oponen al sistema legal compuesto de principios, Alexy afirma que, dada la posibilidad de un sistema legal sin principios, no se desarrollaría en absoluto. Así, superando esta cuestión, Alexy afirma que “a partir de un estado mínimo de desarrollo, todos los sistemas jurídicos contienen necesariamente principios”.¹⁰²

La relación entre principio y moralismo está sólidamente fundamentada en la *tesis de la moral*. Alexy explica que la relación entre los principios, presente en casos dudosos, es que la aplicación de un principio siempre pertenecerá, a un nivel moral de mayor o menor intensidad. Esta moraleja puede ser *cualquiera*, lo que hace que la aproximación entre lo correcto y lo moral se considere débil, o puede ser *correcta*, en la que la aproximación de ambos se considere fuerte.

A su vez, cuando se trata de la *tesis de la corrección*, se argumenta que, al menos en parte, el Magistrado cuando juzga se basa en elementos morales para definir la resolución de un caso difícil, vinculando el derecho a la moral, analizando el caso específico, especialmente cuando los principios aplicados son admitidos o moralmente exigidos por la población. El principal problema, como el propio Alexy asume, es cuando se aplica una pretensión a la corrección de un principio que no es correcto, cayendo en un *ethum moral injusto* y una decisión de igual calificación. Sin embargo, las decisiones que se pretenden corregir deben basarse en una *reivindicación de la fundamentalidad*. Usando la lógica nazi de la superioridad racial, demuestra que su lógica no es fundamentalmente racional. La *reivindicación de la fundamentalidad* es aquella en la que la decisión se basa en una moral *fundacional*, que la hace correcta. Por lo tanto, la corrección no puede

¹⁰² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 90

utilizar un razonamiento irracional e injusto, limitando el poder del poder judicial en la aplicación de los principios.

Por lo tanto, se observa que Alexy apoya su tesis al comprender que los principios y las reglas son normas formuladas sobre la base del argumento de que expresan el *deber de ser*. Alexy distingue estos principios de las reglas, ya que “principio” es la norma que ordena su realización dentro de las posibilidades técnicas y legales y “regla” es la norma que debe cumplirse plenamente de manera exacta. Llamado el “concepto semántico”, diferencia entre norma y expresión normativa. La necesidad de diferenciación radica en el hecho de que una sola norma puede expresarse a través de numerosas expresiones, además de poder expresar la norma sin haber enunciado, como ocurre, por ejemplo, con las normas producidas por una señal colocada en una intersección, disculpando el tráfico y el tráfico en silencio.

El concepto semántico alexiano no se confunde con el concepto de su validez. Significa que, aunque el concepto semántico puede conciliarse con diferentes teorías de la validez de la norma, el concepto semántico no establece criterios para saber cuándo un estándar es válido. Así, sugiere tres teorías como ejemplos: a) sociológica, a través de la cual se remiten hechos sociales para reconocer normas válidas, como la desobediencia habitual o el sentimiento de obligación; b) jurídica, que reconoce la validez de la norma elaborada por una autoridad cuya competencia ha sido establecida por un nivel superior; c) ética, cuyo fundamento se basa en una validez moral. El concepto semántico no asume ninguna de estas teorías de validez, pero tampoco las rechaza. En el caso de decir que una norma es válida, primero es necesario decir qué es una norma. Y para eso, Alexy entiende que el concepto semántico es el más apropiado.

Por todo lo anterior, se puede entender la importancia de los principios para el derecho positivo, en la medida en que impactan en la forma en que actúa el poder judicial, y pueden ser inmediatamente o mediados. Para Esser, la conceptualización de los principios deriva de la aplicación en el caso específico, pues solo sobre ellos se pudo verificar qué principios se aplicarían y de qué manera, pudiendo asumir múltiples definiciones, dependiendo de cada caso.

Del mismo modo, es evidente que para muchos juristas es particularmente pertinente entender que los principios están presentes en el ordenamiento jurídico como elemento primario, no como meros tomadores de decisiones, que dan estructura y fundamento a los sistemas jurídicos, constituyendo fundamento de normas.

En esta línea de razonamiento, vale la pena recordar que Alexy y Dworkin elevaron los principios a la categoría de estándares. El primero amplió su aplicación también a los derechos colectivos; como el segundo, sólo a los derechos individuales. Dworkin entendió la necesidad de tratar los principios como un derecho, analizándolos desde una perspectiva pospositiva. Fue en este momento de la historia que los principios comenzaron a ser tratados como fuentes del derecho. Se recuerda el posicionamiento contrario defendido por los iusnaturalistas, para quienes los principios fueron colocados enteramente en abstracto a la normatividad. Para los positivistas, los principios no eran más que válvulas de escape para las ausencias legislativas, actuando ilustrativamente como fuentes subsidiarias, complementarias y llenando vacíos legiferantes, bajo el mando del antiguo (y clásico) art. 4 del Código Civil Napoleónico.

Dicho esto, todas las facetas que los principios jurídicos pueden asumir en un orden determinado impactan en las diferentes medidas de la sociedad, incluso en las diferentes interpretaciones de una palabra insertada en una norma, pues la interpretación que modifica el *statu quo ante* también modifica las relaciones de la sociedad, sirviendo a este entendimiento para entender su importancia en el Análisis Económico del Derecho.

2.5. Positivismo, Pragmatismo, Economía y Derecho

La ruptura socioeconómica con el pasado, desde mediados del siglo XVIII, provocó una verdadera explosión de nuevos hechos, que socialmente cambiaron el trazado de la historia a partir de 1760 en Inglaterra, con la transformación del sistema de producción familiar y artesanal en establecimientos industriales, adoptando instrumentos tecnológicos modernos. Obstruida la entrada de algodón indio en Europa, se estimuló toda su producción agrícola. Un hecho que impulsó la producción a gran escala fue el descubrimiento de la cargadora de volantes, poco después de la máquina de fabricación de alambre y la forma de almacenamiento en carretes. Finalmente llegó la máquina de telar accionada por la fuerza mecánica, determinante para el progreso de la industria textil.

A su lado, el hierro y el acero se convirtieron en los principales materiales propulsores del transporte. Las incipientes redes urbanas de trenes, con una extensión de aproximadamente 30 km, construidas en largos diez años, como se ha visto, se han trasladado a 32.000 km en solo 20 años. Es que el descubrimiento del vapor ha sustituido a la tediosa tracción animal por el transporte ferroviario en vagones; estimulaba la navegación mediante el uso de vapor. Está claro que la adopción de los nuevos

descubrimientos ha producido cambios profundos en el comportamiento social. El principal fue el surgimiento del proletariado y la burguesía debido a la fuerte migración de la población rural a los centros urbanos que crecieron rápidamente. Como consecuencia, el transporte de la población en masa también comenzó a utilizar los ferrocarriles, construidos para el suelo colectivo o flujo subterráneo.

Esta verdadera revolución “industrial” y tecnológica significó la constitución de un nuevo estándar económico, legal e incluso espiritual. Los economistas marxistas comenzaron a concebir tal complejidad como una interacción, produciendo efectos sociales completamente diferentes, como la “afirmación” por un lado y por el otro, la “negación” de Hegel. Para entender la realización del progreso científico, bastaría simplemente con entender lógicamente que lo negativo es igualmente positivo. Fue con la ayuda de esta dialéctica que Marx formuló las leyes de formación del socialismo. Se recuerda que Hegel ha crecido, además de la “afirmación” y la “negación”, otra tercera etapa, que lo perfilaba como la “negación de la negación”. Estas tres fases se conocían como “tesis”, “antítesis” y “síntesis”, que Hegel llamó el “método dialéctico”, utilizando el ejemplo de un huevo para completar la negación con la aparición de un ser orgánico superior. El “negativo” final pasó autopoyéticamente a un vivo y exuberante “positivo”. Las consecuencias negativas de la Revolución Industrial, paradójicamente, fueron las intensas crisis resultantes de la sobreproducción: es decir, la dolorosa miseria que crecía en los bastiones obreros urbanos; las crueles huelgas reivindicadas por el enorme avance tecnológico que redujo drásticamente la producción manual y aumentó la cantidad y calidad de los productos industrializados.

Para sobrevivir, el proletariado se vio obligado a trabajar 16 horas de viaje, así como a utilizar la fuerza de trabajo de las mujeres y también de los niños de hasta siete años. Además de este panorama laboral, el sufrimiento y la alidad social era bastante difícil. La gente vivía en casas diminutas, diminutas, poco saludables y acopladas. Estas difíciles condiciones de supervivencia determinaron el amanecer legal del derecho privado, producto de incesantes reivindicaciones, es decir, un subproducto de la Revolución Industrial Inglesa, que, en pocos años, transformó por completo toda la civilización mundial.

Es imposible dejar de señalar que, en 1875, después de solo quince años de la gran metamorfosis tecnológica al otro lado del Atlántico, las 13 colonias angloamericanas, que reunían a unos 1,5 millones de habitantes, vivían un período de

intensa preocupación política cuando el Parlamento inglés, mediante el *stamp act*, les impuso impuestos específicos y también severas medidas económicas.

Teniendo en cuenta que las Asambleas americanas estaban al mismo nivel que el Parlamento inglés, se ha ampliado el espíritu republicano de que los hombres son iguales en derechos a la vida, la propiedad, el culto, la palabra y el jurado popular. A partir de esta idea, la insurrección armada comenzó quince días después de la intensificación (tecnológica, comercial y personal) entre los estados europeos y americanos, con el advenimiento de poderosas máquinas intercontinentales propulsadas por vapor. Así que la soberanía colonial se trasladó directamente al pueblo. Sin precedentes históricos, era necesario organizar un gobierno federal completamente nuevo, sin suprimir los de los Estados.

Mientras que los artículos de la Confederación de los 13 Estados Aliados (contra Inglaterra) formaron una liga perpetua de defensa de las libertades, incluso bajo el mando militar de George Washington, el resultado de esta confederación fue la Declaración de Independencia de América del Norte el 4 de julio de 1776, y se emitió la Declaración de Derechos de Virginia, con 18 artículos que proclamaban la libertad humana, el derecho a disfrutar de la vida, a obtener felicidad y seguridad, porque toda autoridad pertenece al pueblo. Mientras que el Parlamento inglés estaba compuesto dentro de un sistema de clases, el Congreso americano se estableció dentro del sistema representativo por densidad demográfica, en el que la elección tuvo lugar por sufragio universal. Con el Senado republicano y demográfico, todos los estadounidenses podían votar y ser votados. Otro aspecto intrínseco de la geografía humana inglesa histórica fue el hecho de que no conocía los rigores de la Inquisición y, por lo tanto, no contaminada por los antepasados políticos nativos, se volvió inmune a las conquistas latinoamericanas.

Quince días después, de nuevo en el continente europeo, se desató el 14 de julio de 1789 una gran explosión popular con la toma de la Bastilla en París. Esta explosión política se ha extendido, transformando regímenes absolutistas y estructuras feudales en sociedades democráticas y capitalistas que, hasta el día de hoy, constituyen el régimen de la mayoría de sus países. La Bastilla era el símbolo formal de la agencia. Organizada por una milicia burguesa, llamada Guardia Nacional, se operó la caída de la Bastilla. A partir de ahí, se produjo un pánico colectivo natural, intensamente desorganizado. Las insurrecciones campesinas y regionales se multiplicaron, extendiéndose desde París hasta Lyon y Marsella, todas cantando el *marselhesa*.

El hombre se convirtió en el sujeto de la historia. Estaba libre. Se convirtió en un derecho a la educación pública, en lugar de depender de la caridad privada. El estado tenía que garantizar la seguridad de las personas y sus propiedades, pero cuidar a los enfermos, ancianos y discapacitados. El Estado comenzó a proteger la educación pública gratuita, al menos en niveles fundamentales. Por lo tanto, contra el absolutismo vino un nuevo estado, un nuevo pueblo y una nueva civilización. Pero hay que recordar que la Revolución Francesa no lo inventó todo, he aquí, estuvo muy influenciada por el pensamiento de Rousseau y la Guerra de Independencia norteamericana, además de aceptar el respeto a la libertad, definiéndolo como un derecho metaconstitucional natural.

Francia era un país eminentemente agrario y de repente se vio obligado a invertir dos mil millones de libras para apoyar a las 13 colonias americanas. Mientras que una población voluminosa representaba a la robusta burguesía trabajadora, una pequeña minoría argumentaba para defender los privilegios feudales. Solo el 10% de la población era urbana, mientras que el 90% vivía en el campo. Entonces el Primer Estado estaba compuesto por los obispos y el alto clero, que se identificaba con la nobleza. Este, a su vez, era exactamente el Segundo Estado. El resto, la gran mayoría de la población, representaba al Tercer Estado. Cabe señalar que los Estados Primero y Segundo gozan de amplias exenciones fiscales. Sin embargo, la enorme deuda financiera se debió a la participación francesa en la Revolución Norteamericana, el ministro Turgot fue reemplazado por Calonne, para buscar la solución. Para ello, determinó una reunión únicamente con los clérigos y la nobleza, con el objetivo de mantener la exención fiscal de ambos y, en consecuencia, dirigir el pago al pueblo, exclusivamente. Esta reunión se conoció como la “Asamblea de Notables”. Ante la fuerte oposición popular surgida, Calonne fue sustituido por Necker, que convocó a la Asamblea de Estados Generales para imponer al Tercer Estado una nueva carga fiscal (que el Primer y Segundo Estado insistieron en negar el requisito fiscal). Proclamada la “Asamblea Nacional Constituyente”, formó el ejército popular, a través de la transformación de las milicias populares, fortaleciendo el vigor militar de la Bastilla y, más tarde, la ejecución del propio Rey Luis XVI y María Antonieta. La Asamblea Nacional Constituyente extinguió todos los derechos feudales, promulgando la famosa “Declaración de derechos humanos y ciudadanos”. Robespierre, Danton y Marat pasaron a dirigir a los *jacobinos*, que representaban a la gran masa popular. Los *girondinos* representaban a la nobleza. La Fayette lideró a los *fenillants* y los independientes se posicionaron dentro del Club *Cordeliers*.

Históricamente, la escuela económica siempre ha tenido como asentamiento el estudio científico tripartito de la producción, distribución y consumo de bienes; o, mejor dicho, de riquezas (sin la menor incursión en las teorías que se le aplican). Tanto es así que la industria o la agricultura, tal como se fabrican, se utilizan en una cosecha, v.g., si no la extracción de petróleo, constituyen actividades que son privadas a disciplinas que solo le conciernen a usted. La escuela económica considera sólo el estudio de la producción de riquezas.

El economista francés más conocido fue el médico François Quesnay, quien, en su vejez, como fisiócrata, se unió al grupo de jusphilosophers enciclopédicos, publicando su famoso *Marco Económico*, pesebre del liberalismo. Entendió que, en el cuerpo social de una nación, las riquezas económicas y financieras circulan con enorme intensidad y, este fenómeno es perfectamente similar al torrente sanguíneo dentro del cuerpo humano, dándole vitalidad capilar. Este orden natural no crea nada y no reduce nada, solo proporciona riego. Esto implica reconocer que el ser humano tiene linealmente el producto de su trabajo y producción resultados de la circulación, distribución y libre comercio.

Para relacionarse mejor con Voltaire y, lo que es más importante, con Quesnay, el economista escocés Adam Smith tuvo que alejarse de su cátedra en la Universidad de Glasgow, trasladando su residencia a Toulouse y, por lo tanto, visitando constantemente Bourdeaux, editando su *Teoría de los sentimientos morales*. Más tarde, al regresar a Glasgow, presentó *La riqueza de las naciones*. Si el valor de una mercancía puede ser representado por la cantidad de obra requerida para su producción, en consecuencia, el comercio no será más que la suma de las obras gastadas en esa producción. Para este economista escocés, la suma del trabajo anual de cada nación es el fondo que le proporciona los bienes necesarios.

De manera diferente como se vio anteriormente como se posicionó David Ricardo, hijo de judíos portugueses, que se establecieron en los Países Bajos y luego en Inglaterra, autor de los *Principios de Economía Política e Impuestos*, reflexionando sobre la inflación, la pobreza y el proteccionismo de los trabajadores y capitalistas. Preguntó sobre la validez de las abundantes riquezas individuales, si el hombre está físicamente dotado a través de un estómago pequeño, y era imposible para él consumir una tonelada de comida. Quien se dio cuenta de esta contribución teórica del capitalismo fue Marx, quien en el tercer libro de *El Capital* describe el funcionamiento anormal de la producción. El propio Ricardo, en el prefacio a los *Principios de Economía Política* y

Tributación advierte que el problema de la economía política es determinar las leyes y normas que regulan la distribución. A partir de esta idea desarrolló su conocida teoría del valor, paralela a la teoría de la distribución, sirviendo ambas de base para el desarrollo económico tardío. En disonancia con las teorías ricardianas, se presentó el pesimista Tomás Robert Malthus, argumentando que la producción de alimentos no sigue el grado masivo de crecimiento poblacional, cuya distorsión genera necesidades y desequilibrios. Así, mientras la población crece geométricamente en un cuarto de siglo, los individuos pueden duplicar su número en este período, haciendo anémicos los medios de subsistencia y la miseria misma.

En consecuencia, de esta reflexión económica estructural, surgieron conclusiones analíticas, dándose cuenta de que estos fisiócratas también están regulados por normas legales que regulan las condiciones de su trabajo productivo. Por lo tanto, si, por un lado, la economía registra los hechos tal como son, de manera diferente la economía política busca averiguar cómo deberían ser. De hecho, el derecho privado se vuelve multidisciplinario, incluyendo positivamente el derecho comercial y el derecho económico, si no el derecho corporativo, relacionado con la distribución y redistribución de la riqueza eficiente, siempre persiguiendo la maximización de la producción, a satisfacción de los consumidores.

Esta breve retrospectiva histórica demuestra una relación intrínseca entre el derecho, la economía y la política. Con el crecimiento del sistema capitalista a partir del siglo XIII y con su desarrollo exponencial a partir del desarrollo científico, que desarrolló modos de operaciones nunca vistos, hizo que la relación entre la ley, la economía y la política fuera cada vez más fuerte.

A medida que la sociedad capitalista se desarrolló, se debatió cada vez más en la esfera política y su presencia en las relaciones jurídicas aumentó, hasta el punto de que había una necesidad de que el derecho encubriera las dinámicas sociales manifestadas por el capitalismo. Así, los impactos que el aumento de la producción de bienes, la prestación de servicios y la dinámica del crédito facilitado han provocado en la sociedad impusieron que, a través de la política y la legislación, los acontecimientos mundanos fueran protegidos y debatidos en la esfera pública, como, por ejemplo, las leyes antimonopolio y la regulación de algunas actividades.

En su tesis doctoral, Manuel Sanchis I Marco, aclara que contrariamente a lo que se envolvía en la sociedad griega, en la que la sociedad está estrechamente vinculada con el Estado, la modernidad promueve su separación con su concepción de la

libertad¹⁰³. El estado moderno, entonces, se apoya en los derechos naturales conferidos en la esfera social, es decir, a las personas, entre las cuales se encuentra la propiedad, promovida por Jhon Locke con *status* de ley natural.

Por otro lado, Adam Smith, influenciado por la estructura estatal inglesa, identificó que a través de las instituciones estatales sería posible lograr el buen funcionamiento del mercado y la economía. Sin embargo, no se puede perder de vista la defensa del interés propio de cada individuo como factor determinante en la sociedad, que busca sus propios intereses y, así, ayuda a los demás a través de negociaciones comerciales. Sin embargo, su estudio se basa en elementos sociales y no sólo en elementos individualistas. Como se puede ver en toda su obra *La teoría de los sentimientos morales*, existe una preocupación de Smith por el bienestar de la población, que estaría bajo la responsabilidad de los gobernantes, con la sanción de la estabilidad del sistema estatal, a través de la reconciliación de los diversos grupos establecidos entre ellos.

Con la transformación del Estado, guiada por el movimiento de la economía sobre él, provocó que el origen del Estado Social -después del Estado Moderno- hiciera presentes las instituciones sociales y públicas en las sociedades civiles, lo que, a su vez, se relacionó e insertó en el entorno comercial y empresarial. Por lo tanto, se observa que la sociedad civil está compuesta por un gobierno, operado por la ley, compuesto por varias instituciones, como el mercado. Esto hace que la política, la economía y el derecho entren en perfecta conexión desde los albores de la era moderna.

Con el seguimiento de este desarrollo, el Estado, que en su *gérmen* asumió un carácter eminentemente pasivo, en la medida en que su filosofía era interferir mínimamente en la vida humana, y, por lo tanto, sólo en lo necesario para garantizar la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad privada, con el Estado Social comenzó a intervención en diversos sectores de la sociedad. Así, no solo en las normas que caracterizan a la justicia, sino también en las normas económicas. Así, su función era establecer las reglas del “juego del libre mercado”, que ya no era tan libre como antes, sino que servía de freno a conductas de mercado poco éticas, como la que importaba en la crisis americana del 29. Sin embargo, el Estado no solo estaba apegado al establecimiento de las reglas del juego, sino que comenzó a insertarse en algunos

¹⁰³ MARCO, Manuel Sanchis I. **La justicia en economía**: racionalidad económica y criterios de demarcación del estado social. 2018. Tese de doutorado, Universitat de València, València, 2018. f. 103.

segmentos con empresas públicas, que dependiendo del modelo político de cada país, podían asumir más o menos número de actividades, así como inversionista, como, por ejemplo, con la emisión de deudas públicas en el mercado financiero.

Otra característica es la intervención del Estado en la economía a través de la aplicación de políticas públicas de estabilización económica y financiera, especialmente en macroeconomía y ante crisis que afectan a ciertos sectores de la sociedad o a ella en su conjunto, generando desempleo y recesión económica. Así, a través de las instituciones públicas -para utilizar la expresión de Adam Smith y verificar que su idea se aplica y presenta hoy- el Estado puede permitir el funcionamiento regular y el crecimiento de la economía.

Se observa que, con el desarrollo social promovido por el capitalismo, con el aumento de los negocios y los contratos, así como por la acumulación de bienes y capital en manos de los individuos, hizo que las estructuras institucionales y sociales afianzaron en sus conceptos la protección de los derechos a la propiedad privada y el derecho a los contratos. Este aumento en el negocio se involucra con técnicas comerciales mejoradas, que han ampliado la capacidad de producción y reducido los costos de producción y prestación de servicios. Por lo tanto, el capitalismo asume una maximización de las ganancias, o beneficios, basados en la propiedad privada y el capital, lo que resultó en un aumento en la producción general.

Para el profesor Jesús Ballesteros, el avance del economicismo, como interpretación hegemónica de la realidad humana y social, con la implementación del mercado como institución central de la sociedad, fue un hito definitorio de la modernidad.¹⁰⁴

Ocurre que, si bien es casi evidente la interconexión entre los ámbitos económico y jurídico, se observa que en las cátedras académicas, durante muchos años, estas áreas buscaron negarse entre sí, como Emilio Sánchez Pintado sacó a la luz en su artículo *La Ley, El Derecho y La Economía*, tal distanciamiento tiene como uno de sus elementos el exceso de formalismo, en la medida en que el derecho utiliza una matriz jurídico-formal kelseniana, concibiendo como una maraña de normas que constituyen un sistema jurídico e implican órdenes de conducta humana, mientras que la economía se

¹⁰⁴ BALLESTEROS, Jesús. **Postmodernidad**: decadencia o resistencia. Madrid: Tecnos, 1989. p. 12-29.

basa en un análisis a través del utilitarismo o conductivismo, considerando siempre el análisis a partir de elecciones individuales.¹⁰⁵

Para él, los estudios sobre la ley no prestan suficiente atención a los avances científicos de la economía, así como a las mismas normas promulgadas por la legislatura, que a menudo parecen no estar interesadas en los principios económicos y las dinámicas sociales agriadas por ellos.

Sin embargo, muchos científicos y filósofos han expuesto la relación entre la economía y el derecho, especialmente el impacto que el sistema capitalista tuvo en los fundamentos del derecho.

Evgeni Pachukanis fue un jurista soviético que murió en Moscú, Rusia, en 1937. Buscó analizar el desarrollo del derecho moderno y sus pilares en libertad, igualdad, legalidad y propiedad privada con el desarrollo mercantil. En su análisis, señala que a medida que el mercantilismo se convierte en una relación social, a través de una antonomasia, desarrolla la estructura jurídica hasta culminar en las relaciones comerciales. Que son el resultado del desarrollo del derecho civil, que no sería más que la base preliminar del futuro derecho mercantil o mercantil.¹⁰⁶

Con conceptos envueltos en mercantilismo, Pachukanis se opone a Kelsen en el intento de definir el derecho, porque, como ya se ha visto, para Kelsen la ley se define por la conexión existente de las normas jurídicas con la lógica estampada en su sistema, que las conecta. Para el autor soviético, la ley se define por la relación social entre los propietarios de mercancía, porque la economía estudia el capital, mientras que el derecho es la relación de los sujetos de derecho que comercian en el mercado. Este entendimiento es consistente con lo que ya se entiende hoy: que la ley impactará varias áreas de la economía y que el establecimiento de normas legales invariablemente impactará los mecanismos económicos. Del mismo modo, no se trata solo de grandes operaciones, sino, como también sostiene Pachukanis, incluso de pequeños contratos civiles que afectan la dinámica económica que se relacionará con las normas actuales sobre contratos.

Por su parte, economistas como Von Hayek y James McGill Buchanan Jr. defienden la extrema importancia para la economía de un sistema legal que permita el

¹⁰⁵ PINTADO, Emilio Sánchez. La Ley, el Derecho y la Economía. **Revista Empresa y Humanismo**, Espanha, v. 5, n. 1-2, p. 119-137, 2002.

¹⁰⁶ CRISTECHE, Mauro. Capital, Derecho y Economía: de la Teoría Marxista del Derecho de Pashukanis a *El Capital* de Marx. **Revista Astrolabio**, La plata, n. 20, Nueva Época, p. 110-133, 2018.

correcto desarrollo del mercado. En concreto, Friedrich August von Hayek, austriaco fallecido en Alemania en 1992, autor de *Los fundamentos de la libertad*, sostiene que una verdadera *economía de mercado* contiene en sus supuestos el ejercicio de algunas actividades estatales, ya que contribuye al funcionamiento del mercado, y se pueden implementar tantas medidas como sean necesarias, siempre que sean compatibles con el funcionamiento de este. Sin embargo, en la toma de decisiones gubernamentales, se debe analizar que la conducta coercitiva del Estado debe basarse en una estructura legal, que permita al ciudadano tener un cierto grado de seguridad jurídica sobre su futuro.¹⁰⁷

Esta concepción se orienta en el sentido de que, para Hayek, el Estado debe ser el único poseedor del monopolio del poder coercitivo, imputando a todo respeto por él. Es de esta manera que comienza el subcapítulo de su obra que trata sobre el alcance de las actividades legislativas, defendiendo los límites entre la acción estatal y su injerencia en la economía. Por ejemplo, acepta que el gobierno debe actuar en el mercado como prestador de servicios, siempre que de lo contrario -sin la prestación del servicio por parte del Estado- no estaría disponible en el mercado, y se debe analizar si los beneficios generados son mayores que los costos -similar al cálculo utilitario-. Aún así, cree que es posible que el Estado actúe en la economía cuando hay ciudadanos que ofrecen el mismo servicio, siempre que el Estado y el individuo tengan las mismas situaciones jurídicas de competencia, y haya áreas de acción estatal en la economía que reciban tanta relevancia, que no podrían ser cuestionadas. Sobre esta acción que no se puede cuestionar, Hayek explica que se trata de servicios de salud, obras públicas, investigación científica y costos militares. Sin embargo, reconoce como justificable la preocupación del sector privado por estas áreas, en la medida en que no hay forma de asegurar que los agentes del Estado respeten estos límites.

James McGill Buchanan Jr., citado anteriormente junto al austriaco Von Hayek, nació en Estados Unidos y allí construyó su vida académica, pasando por varias universidades, entre ellas Chicago, hasta su muerte en 2013. Sin embargo, sus trabajos iniciales se remontan a la década de 1950, cuando el movimiento del Análisis Económico del Derecho ni siquiera había dado su inicio histórico. Su análisis económico se basa en el funcionamiento de las medidas gubernamentales y en cómo la toma de decisiones por parte del Estado y la sociedad impactó en los diversos sectores económicos. A partir de

¹⁰⁷ VON HAYEK, Friederich August. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Editora Visão, 1983. p. 269-270.

sus estudios, identificó la necesidad de limitar la acción y la toma de decisiones de los agentes del Estado, con el establecimiento de normas legales suficientes que les permitieran elegir alternativas, pero con facultades limitadas a las reglas establecidas - que pueden entenderse como leyes- que les permitieran cubrir los costos de su proyecto. En su concepción, las reglas asumen un formato de consenso entre las diversas fuerzas que guían al Estado y a la sociedad.¹⁰⁸

Como se ha visto, la Escuela de Análisis Económico del Derecho, en 1960, intentó romper con la disociación del derecho y la economía, en la búsqueda de explicaciones de los fenómenos legalistas a través de la economía. Esto se debe a que se entendió que las diversas áreas legales tenían en su núcleo la razón económica.

Antes de que surgiera este movimiento en las esferas académica y profesional, lo que se puede observar es que la derecha, en muchos momentos no pudo lograr dinámicas sociales, lo que todavía sucede a diario hoy, pero con menos frecuencia, especialmente los cambios promovidos por la economía y el sistema fundado en el capital, lo que hace que muchos de los agentes económicos -que son todos los que participan en la economía- entiendan el derecho como un “freno” al desarrollo, creando, en ocasiones, concepciones de ilegalidad legislativa o judicial por lo nuevo, dada su incapacidad para dar forma a los cambios, y, precisamente por este desarrollo acelerado, la creación de muchas normas regulatorias consideradas como “nuevas” terminan perdiendo su utilidad en poco tiempo, o que se insertan en el ordenamiento jurídico ya desfasadas, dado el lento proceso legislativo, no cumple con los nuevos modelos de negocio que surgen a diario en la sociedad.

Parte de esta falta de dinámica presente en el derecho puede atribuirse al positivismo, que por su teoría jurídica pura crea varios formalismos y no puede lograr el derecho en su conjunto, en la medida en que la ley es mayor que la teoría del derecho propuesta por él. No quiere decir que la teoría pura del derecho no sea de suma importancia, mi centro de análisis cae bajo las normas, exclusivamente, no extrayendo de ellas lo que ocurre en el mundo de los hechos, es decir, el impacto que las normas tienen en la sociedad y su dinámica.

Aunque la ciencia positivista filosófica y otras ciencias se basan en análisis pragmáticos, en un sentido diametralmente diferente al del positivismo jurídico está el

¹⁰⁸ BUCHANAN JR, James McGill. Mirar afuera desde dentro. *In*: SZENBERG, Michael. **Grandes economistas de hoy: el testimonio vivo y la visión del mundo de los grandes economistas de hoy**. Madrid: Debate, 1994. p. 113-123.

pragmatismo surgido en los Estados Unidos con Charles Sanders Peirce en Cambridge y Gottlob Frege en Alemania a principios del siglo pasado, a pesar de que no hay conexiones directas entre ellos. Ambos desarrollaron sus investigaciones en filosofía analítica y filosofía en lenguaje.¹⁰⁹ Peirce es quien recibe los créditos más altos en relación con el pragmatismo, pero no se puede ignorar la contribución de Gottlob. En ambos, la reflexión racional sobre un objeto o hecho pretendido se identifica con sus efectos prácticos concebibles. Aunque los estudios de Peirce son fundamentales hoy en día en la filosofía analítica, su análisis fue inicialmente matemático y lógico. En su concepción, muchos de los problemas de las matemáticas estaban envueltos en el lenguaje, porque los diversos significados de un mismo elemento, desde el uso de una palabra, en lugar de otra, causaban conflictos y dificultad de resoluciones, hasta el punto de que la semántica puede asumir varias interpretaciones. No significa que las matemáticas dependan de la lógica, sino que cuando la primera se encuentre con conflictos, que, por sí solos, no podrían resolver, debería recurrir al análisis a través del prisma de la lógica, lo que permitiría encontrar la respuesta adecuada. Para dilucidar el problema, explicó la relación entre el lenguaje y los significados de las palabras y los objetos mundanos.

En Peirce, la búsqueda del pragmatismo era clarificar ideas a través de un análisis práctico, vinculado a un método lógico. Por lo tanto, el pragmatismo puede definirse como un método de reflexión -utilizando la lógica y las matemáticas- para la filosofía, que tendrá como elemento de análisis los efectos prácticos. En su obra *How to Make our Ideas Clear*, explica que los seres humanos tendemos a justificar sus pensamientos desde elementos tangibles y prácticos, siempre en la búsqueda de explicaciones.¹¹⁰ Para entender Pierce, puede citar un ejemplo de la antigua Grecia sobre 2 de los 4 elementos. En ella, se entendía que el fuego siempre “se elevaba” porque el cielo era su lugar de pertenencia, mientras que la tierra, al soltarse de nuestras manos, caía al suelo, porque buscaba el lugar al que pertenecía. El intento de explicar los antiguos griegos es un ejemplo para entender la concepción de Peirce, porque las explicaciones se basan en la justificación de elementos sensibles y prácticos.

En general, el formateo, como la adopción de políticas (públicas o privadas) de participación productiva implica decisiones pragmáticas basadas en las

¹⁰⁹ GARCÍA, César Augusto Vásquez. La herencia pragmática de Gottlob Frege y Charles Sanders Peirce. **Cuadernos de Filosofía Latinoamericana**, Colombia, v. 35, n. 111, p. 165-179, 2014.

¹¹⁰ PÉREZ, Nicolás López. Pragmatismo y Derecho: notas para un enfoque científico en la teoría jurídica del siglo XXI. **Revisita de Ciencias Sociales**, Chile, n. 65, p. 121-146, 2014.

estrategias necesarias. Suelen implicar la fijación de adjetivos, la identificación previa de posibles obstáculos y la evaluación de medios en las líneas operativas de actuación. El pragmatismo comienza a identificarse con los propios criterios técnicos de planificación.

La función del pensamiento humano, por lo tanto, es establecer generalmente una regla de acción, o más bien, una especie de hábito conductual condicionado y repetitivo, para comprender que la acción se identifica con la verdad práctica deseada en sí misma. Vale la pena recordar que la acción, en griego, es *pragma* en sí misma, apoyando, de manera relevante, la reacción pragmática contra el positivismo. El conocimiento humano es propiamente el resultado creativo de un proceso interpretativo que no se limita a reflejar la realidad, sino a transformar esta realidad misma.

En los Estados Unidos, con el fallecimiento de Peirce, sus estudiantes Dewey y James se convirtieron en sus seguidores, pero la filosofía pragmática perdió terreno, y hasta mediados del siglo XX, los estudios envueltos en pragmatismo y positivismo, promovidos por Quine y Sellars. A pesar de esto, algunos autores continuaron estudiando a Peirce, Dewey y James, lo que inculcó estudios basados en esos autores, como Putnam, estrechamente vinculados a Peirce y Richard Rorty que tienen, como núcleo de sus estudios, los trabajos de James. Específicamente en cuanto a Putnam, preliminar, entendió que en ese momento el estudio de la ciencia buscaba resultados basados en la coherencia y la simplicidad, y debía ser puramente objetivo; y trata de alejarse de lo que era subjetivo. Sin embargo, Putnam entiende que los juicios de coherencia son valores que se atribuyen a la teoría, no alejándose de la subjetividad y, por lo tanto, concluye que toda teoría presupone un cierto grado de subjetividad. Así, afirma que el valor y la norma impregnan todas las experiencias y busca descartar el establecimiento de verdades absolutas sobre las teorías, especialmente porque considera posible que estudios futuros impliquen modificaciones de las verdades presentes. Por lo tanto, aunque no se expresa, se ve como una contraposición del positivismo, especialmente en relación con el tratamiento de la coherencia -que está presente en la teoría pura del sistema jurídico- como un juicio de valor, que desmaterializa la visión estrictamente “pura” e inflexible de cualquier ciencia.

En una perspectiva actual, acentuada por Nicolás López Pérez, el pragmatismo asume la concepción de lo que busca la respuesta a través de *los hechos*, que son el resultado de una acción. El resultado es objeto de estudio de pragmáticos, preocupados por los efectos prácticos de cada acción y que son útiles para la población.

Hasta cierto punto, se puede observar que existe una similitud del pragmatismo con el realismo jurídico, ya abordado en este trabajo. Sin embargo, hay diferencias importantes entre ellos, aunque algunos autores, como Leiter y Coleman, abogan por que los realistas sean considerados pragmáticos. Joseph Singer publicó en 1988, en la edición 76 de la *California Law Review*, un artículo llamado *Legal Realism Now*, exponiendo que el realismo legal tenía una actitud pragmática, basada en la experiencia humana, la política y la ética, porque la ley era algo existente, simplemente no un “descubrimiento”, por lo tanto, no podía ser interpretado por una lógica formal. Sin embargo, concluye Pérez, el pragmatismo como ciencia autónoma tiene una doble caracterización, basada en la epistemología y la teorización, que busca exponer el lenguaje y la realidad insertados en ella, y debe corresponder a la realidad y comprometerse a lograr resultados útiles para el ser humano. Estos simples elementos diferenciadores entre realismo y pragmatismo hacen que existan diferencias entre ambas áreas de estudio – que a menudo conectan, sin embargo, como ya se mencionó, hay quienes argumentan que los realistas son pragmáticos, en la medida en que utilizan métodos pragmáticos para promover su estudio, una circunstancia que puede ser cierta, pero eso no considera la simple diferenciación entre ambos.

A través de este movimiento estadounidense, especialmente durante el siglo XX, comenzó el intento de definir el derecho a través de una teoría pragmática, como James Coleman de la Universidad de Chicago, quien la definió como *una práctica normativa*. En relación con el positivismo, afirma que la moral es una condición necesaria para la legalidad y, en consecuencia, del derecho, en la medida en que la legalidad misma es una convención social de corrección. Sigue su explicación, asumiendo que, aunque la legalidad es una convención social, el positivismo asume que el derecho está representado en lo que se considera justo o no para una sociedad determinada, pero entiende que la teoría del derecho debe ser moldeada por una determinada práctica social.

El método utilizado por Coleman en la definición de su teoría jurídica se produce por explicación y justificación teórica. Si bien la explicación tiene como objetivo aclarar la comprensión, a través de la naturaleza del objeto de estudio, que están reguladas por normas de precisión descriptivas o predictivas, en la medida en que *las cosas son como son*, la justificación se considera como un método de legitimación de conductas y reglas, que son propias de las bases morales.

La filosofía de Coleman influyó en varios otros autores pragmáticos y en el realismo legal estadounidense, como Richard Posner, Jerome Frank, Karl Llewellyn y Roscoe Pound.

A su vez, Herbert Lionel Adolphus Hart, un magistrado británico que promovió su filosofía durante el siglo XX, clasificó la ley como una maraña de expresiones analíticas y sintéticas, recurriendo a una investigación pragmática entre los conceptos de enunciaciones y la forma de hablar, y así la ley se relacionaría con los conceptos de reglas y obligaciones de cada uno sobre un objeto de estudio determinado.

Así, en su obra *The Concept of Law*, no hay exactamente un significado o una explicación del derecho, sino el intento de aclarar el uso de su palabra en los diversos contextos, porque para Hart son las conductas y prácticas humanas las que crean la ley. Hart murió antes de que pudiera cerrar su tesis perfectamente, hasta el punto de que varias aristas en su teoría no se han cerrado y son motivo de debate hasta el día de hoy.

Nicolás López Pérez observa en su obra anteriormente destacada que, en relación con el derecho, la teoría pragmática se ocupa de la idealización de un método común a todo el ordenamiento jurídico, buscando describir el derecho a través de sus efectos prácticos, insertándose actualmente en la discusión como un método riguroso de análisis jurídico.

Por lo tanto, lo que se puede identificar es que la cultura legal estadounidense, a diferencia de la mayoría de las sociedades, no se ha apoyado en el prisma positivista kelseniano, sino en una base pragmática. Esto se debe a que el sistema de coerción estatal, vinculado a la jurisprudencia de los tribunales, mucho más que a la ley, como ocurre en los países del *common law*, influye en las premisas adoptadas en un análisis del derecho basado en el *civil law*. Sin embargo, es importante destacar que la pretensión de estos autores estadounidenses en el análisis de su ordenamiento jurídico, que se enfatiza es el *common law*, no fue construir una teoría definitiva como lo hizo Kelsen, sino solo señalar análisis científicos y jurídicos que se manifestaron en su sociedad, con la intención de ser útiles a la humanidad. Su objetivo, la utilidad, se logró de alguna manera, en la medida en que permitió el análisis de la ley de acuerdo con sus efectos prácticos, lo que impactó profundamente la interpretación de la ley más allá de un conjunto normativo.

Por lo tanto, es posible afirmar que el pragmatismo se caracteriza esencialmente por su núcleo de convicciones comunes que se basan en la dinámica natural de la inteligencia humana. Rechaza espontáneamente (o acepta) como verdadera la

realidad generadora misma de la acción, pero no la produce porque sólo despierta una hipotética metodología práctica creativa, en contraposición al mecanismo positivista.

La implicación de los estudios americanos en relación con el derecho, que implicaban análisis pragmáticos o positivistas, pero inspirados en conceptos económicos, en el año 1960, se consolidó en una corriente intelectual extracurricular denominada AED – Análisis Económico del Derecho, aunque institutos jurídicos profundamente aplicables, como la propiedad, las obligaciones contractuales, las sucesiones o las sociedades mercantiles, estaban arraigados dentro del propio derecho. Sin embargo, el Análisis Económico no tuvo lugar como en Francia, reuniendo las actividades tradicionales relacionadas con él, como bancos, monedas o competiciones comerciales. De hecho, filosóficamente, la idea de recurrir a conceptos económicos para reflejar lo correcto, simplemente recuerda los pensamientos expresivos de Platón al respecto, si no los de Maquiavel, Hobbes y Locke. Pero sin duda, el análisis económico de la derecha instituido por The Americans hace casi poco, hace menos de sesenta años, constituye la corriente intelectual que más ha influido en la actividad jurídica en las últimas décadas, impulsando y fortaleciendo el imperialismo y el capitalismo en el mundo occidental contemporáneo, buscando dominar las otras ciencias sociales.

La partida, o mejor dicho, el *start* del uso de conceptos económicos para optimizar la comprensión de la aplicación del derecho vino de la Universidad de Chicago, con la aparición del *Journal of Law and Economics*, que se convirtió en el instrumento difusor de estudios de economistas en el campo del derecho; como ocurrió con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social causado en este año 1960. Aunque con constante crítica a la Escuela de Análisis Económico del Derecho – AED, por el uso de criterios económicos para el análisis del derecho¹¹¹, esto no impidió que Ronald Coase fuera reconocido y recibiera el honorable Premio Nobel treinta años después, en 1991, como se volverá a flexionar en el siguiente capítulo.

Como explica Pedro Mercado Pacheco, el trabajo del Coase fue un análisis centrado en la economía, relacionando el costo social producido por las actividades económicas, compuesto por una crítica a la práctica del bienestar social, que pretendía resolver los problemas causados por la falla del propio mercado, justificando tal conducta

¹¹¹ PINTADO, Emilio Sánchez. La Ley, el Derecho y la Economía. **Revista Empresa y Humanismo**, Espanha, v. 5, n. 1-2, p. 119-137, 2002.

solo cuando los costos eran inferiores a los causados por la falla del propio mercado, lo que se pretende que sea correcto.¹¹²

Este trabajo fue el punto de partida de la AED, encontrando elementos fundamentales de este tipo de estudio del derecho, sobre todo porque considera los efectos externos -y por tanto se relaciona con el pragmatismo- relacionados con una teoría económica, que permitía extraer el coste del derecho en la toma de decisiones, influyendo en los gestores estatales. En este momento, también, se ha permitido una aproximación entre el derecho y la economía, hasta entonces era impensable y criticado, lo que a menudo ocurre incluso hoy en día.

Guido Calabresi fue también uno de los autores que inició este análisis pragmático, legal y económico del derecho, llamado AED, con su artículo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, en 1961. Al igual que Coase, pretendía un análisis económico de la ley examinando el alcance que los diferentes significados de la noción de distribución de riesgos podrían tener en los procesos destinados a reclamar daños y perjuicios. Dicho esto, considera que la reparación de daños se guía por el criterio de imputación a una, parte, y que sus objetivos están debidamente aclarados en la obra de Pacheco:

Si el derecho de daños dice establecer unas normas cuyo fin primordial no es exclusivamente hacer que el sujeto culpable del daño tenga que correr con los costes de su acción perjudicial, sino la distribución del riesgo y de las pérdidas causadas, es preciso averiguar si este objetivo significa bien un fraccionamiento interpersonal y temporal de los daños, bien una imputación de los mismos a los sujetos que se hallan en mejores condiciones de afrontarlos, bien una imputación a las empresas que los originan, o bien las tres cosas a la vez. Y si se trata de esto último, es conveniente saber si es posible alcanzar plenamente uno de esos objetivos sin afectar sensiblemente, la consecución de los demás.¹¹³

Finalmente, en su trabajo, Calabresi señala que la aplicación de la teoría económica al derecho, especialmente la responsabilidad civil, tenía la tarea de evaluar qué estándares eran más efectivos para lograr un objetivo de eficacia óptimo.

Vale la pena recordar que, para la ciencia económica es un concepto de “grande” considera la definición del italiano Vilfredo Pareto, quien en el siglo XIX

¹¹² PACHECO, Pedro Mercado. **El Analisis Economico del Derecho, uma reconstruccion teorica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 28.

¹¹³ Ibid, p. 29.

consideraba un sistema, que alcanzó la mayor asignación de recursos, a partir de ese momento, cuando se alcanza el “óptimo”, cualquier intento de modificar la asignación de recursos a una porción específica, importará en nocividad a los demás, lo que disminuirá la asignación total de recursos. Así que lo bueno es la mayor asignación de recursos considerando todo el sistema.

Volviendo a Calabresi y Coase, con sus dos trabajos, surgieron varios otros estudios que tenían como objetivo analizar los costos del derecho a través de un análisis económico, creando un área y un método específico de análisis del derecho, surgiendo en los colegios de abogados de los cursos como un tema específico.

Este desarrollo como disciplina autónoma fue el hito fundamental de la década de 1970, con la publicación de *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner. Este trabajo, como consolidación de la AED como disciplina autónoma, se debe a varias características, como el estudio sistemático desde una perspectiva de análisis económico, que por primera vez reunió instrumentos específicos del ámbito económico envueltos en las teorías jurídicas del *commom law*, analizando áreas fiscales, comerciales, procesales y constitucionales, también contribuyó a esta independencia de la AED el uso más desarrollado de la Escuela de Chicago, pero no solo eso, en la medida en que el trabajo de Posner contenía varias críticas al sistema legal a través de la AED.

Así, durante los años setenta, la AED comenzó en las cátedras de las facultades de derecho, con publicaciones de artículos, tesis, siendo impartido por sujetos independientes, siendo considerado un nuevo paradigma. Así, nuevas áreas y tesis agriadas sobre el derecho por una perspectiva económica emergen y comienzan a extenderse en las diversas corrientes de pensamiento jurídico y áreas del derecho, no restringidas solo a las analizadas a los “creadores” del AED.

En la década de 1980, el AED se consolidó y se consideró como una *teoría institucionalizada* en la cultura jurídica, desarrollada más allá de la escuela de Chicago, pero filósofos legales de todo el mundo, especialmente europeos. El *status* de la *teoría institucionalizada* importa, según Pacheco, en un sentido de relevancia del movimiento que fue transmitido por las instituciones como un fenómeno no accidental, sino consciente por parte de quienes comandan las instituciones, ya sea en el ámbito académico, jurídico o político.

Por supuesto, la AED atrajo a varios críticos, ya que muchos no estaban de acuerdo con el análisis de la ley por instrumentos económicos. A pesar de ello, esta

crítica no fue suficiente para eliminar la institucionalización de la AED, quedando como disciplina del derecho autonómico.

No se pretende en este momento proceder a un análisis de la AED profunda, sino hacer comentarios sobre cómo se constituyó la AED, a través de sus elementos pragmáticos, positivistas, económicos y jurídicos, en la medida en que habrá un momento adecuado para profundizar en este tema en este trabajo.

Sin embargo, es innegable que la AED se ha convertido en un vigoroso movimiento intelectual, que ha despertado los intereses de los jóvenes estudiosos de las escuelas de economía y derecho estadounidenses, hasta que se alojó entre los miembros del Tribunal Superior de Justicia, como ocurrió con Holmes y Posner, reconocidos juristas occidentales. Utilizando puntos de vista cercanos al utilitarismo práctico, el debate sobre la AED se ha deducido como resultado de la eficacia en la aplicación de los valores maximizados de la ley y ha sido bien recibido por países de lengua alemana como Alemania, Austria y Suiza en Europa continental; como más tarde por Francia, en la Universidad Aix-Marseille-III, con la publicación del *Journal des Économistes et des Études Humaines*.

Por lo tanto, se observa que la corriente de la teoría pura del derecho sirve para explicar una parte específica del derecho, no para comprender su totalidad. En la medida en que las influencias externas contribuyen a su movimiento, especialmente la economía se agrió en el sistema capitalista, lo que impacta la decisión política e impone la modificación de la estructura legal y la interpretación legal de los hechos mundanos.

En el mismo sentido, sin ignorar los elementos del positivismo, el pragmatismo entiende que incluso sus elementos principales se basan en la subjetividad, como la coherencia, que perjudica una comprensión estrictamente objetiva. Así, en oposición a la rigidez del análisis jurídico desde una perspectiva positivista, el análisis pragmático busca los efectos prácticos de las normas en el mundo de los hechos, promoviendo un análisis más allá de las normas, pero describiendo y teorizando lo materialmente palpable, permitiendo lograr una comprensión jurídica más profunda de lo que propone el positivismo, porque los resultados de un sistema legal están más allá del orden mismo.

Todos estos elementos permiten que el AED nazca en las cátedras de derecho como puerta para un análisis diferenciado en el ámbito jurídico, basado en elementos positivistas, pragmáticos y económicos. Con ello, esta corriente busca mejorar

la actividad jurídica para que se resuelvan sus problemas, maximizando su eficacia y contribuyendo demasiado a la comprensión del derecho.

2.6. *Law and Economics* en Richard Posner

Desde el punto de vista del derecho económico, sin duda, el hecho histórico más relevante fue la Revolución Industrial iniciada en Inglaterra, que se extendió por toda Europa en la segunda mitad del siglo XVIII, cambiando radicalmente todo el antiguo sistema familiar de creación artesanal y fabricado en una forma industrial incesante de producción en serie en masa, más barato y más rápido. Enmarcando esta metamorfosis productiva, la máquina de vapor también vino a acelerar el transporte de la producción en viajes terrestres o marítimos de largo acceso. Como resultado de esta evolución técnica mecánica, se produjeron consecuencias sociales de todo orden, como la colonización mundial acelerada y la urbanización de las metrópolis, que resultó en una reducción demográfica natural de la población rural, así como en la formación de un proletariado, como una nueva clase social.

La combinación de estos factores comenzó a causar un efecto impredecible. Como resultado de la sobreproducción general, la miseria se instaló en los bastiones urbanos de los días de trabajo, y las huelgas exigentes se ampliaron encendidas por el anarquismo, dictando la aparición del amanecer legal del derecho privado occidental. Esta cautela política energizó a todos los pueblos y naciones mediterráneas, dándoles una nueva influencia legal. Era el utilitarismo inglés considerando la prosperidad como el más alto de los bienes, valorando la forma en detrimento del contenido.

El formalismo en la ley, puesto por las autoridades políticas, se acabó en un positivismo jurídico austriaco, contrario al viejo iusnaturalismo, totalmente sometido para que el derecho llegara a ser visto tal como estaba escrito, según las lecciones utilitaristas e instrumentalistas de Jeremy Bentham y Stuart Mill, así también llevadas a las colonias europeas de ultramar.

En 1775, como se vio anteriormente, se registró la Revolución Norteamericana, eminentemente democrática e instituyendo un federalismo político dirigido a sugregar la Confederación fraccionaria de las colonias; que proponía la defensa perpetua de las libertades civiles, aunque no del todo, hasta el punto de que muchos estados mantuvieron el sistema esclavista, que incluso después de su fin, mantuvo la

estructura segregacionista en relación con los negros que no podían usar los mismos lugares que los blancos hasta mediados del siglo XX.

Sin embargo, cien años después de la Revolución Americana en 1875, el *insuprising* continental armado popular, conocido mundialmente como la Revolución Francesa, puso fin a la agencia imperial y al despotismo, restaurando democráticamente el derecho al voto, aunque de una manera muy excluyente, en la medida en que las mujeres y las personas de diferentes etnias (distintas de los blancos) no podían votar, una situación que no cambió hasta 1944, con el sufragio universal que finalmente reconoció el derecho al voto de las mujeres. A pesar de esto, en la Revolución Francesa también hubo la garantía legal de la libertad de pensamiento y de prensa, la separación de la Iglesia del Estado, la independencia entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El hombre se convirtió en el sujeto de la historia con el reconocimiento de la soberanía popular.

Paralelamente al proceso tecnológico que sacudió las antiguas estructuras feudales, surgió un nuevo pandectismo desde dentro del espíritu del pueblo alemán, a través de la Escuela Histórica de Derecho Consagrado y amenizado en cursos universitarios, revitalizando los Institutos de Gaio, en el arbol privatista mediterráneo del siglo XVIII, que culminó con la aparición del ALR – Código Civil Prusiano, de Savigny, en 1792, como primera codificación privada.

Cabe recordar que, antes del cambio de siglo, fecha en que se constituyó Napoleón, la Comisión que redactó el Código Civil, compuesta por Portalis (de Toulon), Trouchet (de París), Preameneu (de Rennes) y Maleville (de Bourdeaux), precedió a otros cuatro proyectos franceses. La primera fue redactada en 1793, seguida de otra de 1794 y una tercera de 1796, todas por el cónsul Cambacérès; luego estaba el cuarto proyecto de Jacqueminot, seguido por la (quinta) comisión mencionada, sancionada en 1804, aunque terminada e impresa en 1801.

Diez años más tarde, el Código napoleónico en Francia se hizo eco de un grito colectivista que pedía la libertad privada individual, cuyos defensores afirmaban que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sin distinciones sociales, raza o credo, culminando con el surgimiento del ABGB suizo en el continente europeo. A medida que la legislación portuguesa continuó persistiendo en Brasil, el Gobierno Imperial Brasileño eligió al jurista Teixeira de Freitas para redactar un Proyecto de Código Civil. Debido a la enfermedad mental paralizante del jurista indicado, el borrador no se completó, no permitiendo que se convirtiera en la quinta legislación civil mundial. Sin embargo, llegó a servir de base para los Códigos Cívicos de Argentina, Paraguay y Uruguay,

principalmente para identificar en el derecho privado la igualdad entre brasileños y extranjeros, huyendo de la idea de reciprocidad establecida por el Código de Napoleón. También siguieron, en el continente europeo, el Código Civil italiano de 1855 y el Código Civil portugués de 1867, transformando la geografía del mundo occidental. Era el positivismo jurídico presentándose de la manera exactamente posible, para que las normas jurídicas pudieran aplicarse fácilmente.

Además, siguió un neopositivismo insular europeo, germinado en la Universidad de Oxford en la cátedra de Herbert L. A. Hart, visualizando y defendiendo un positivismo legalista extremo en su obra *El concepto de derecho*, dividiendo los sistemas normativos en dos categorías: las primarias, que serían las leyes positivas, y las secundarias, que regularían la aplicación de las primeras. Después de suceder a Hart en su cátedra de Filosofía del Derecho, Ronald Dworkin se alejó del antipositivismo crítico para reflexionar sobre la distinción entre reglas morales y reglas legales. La guerra de Vietnam, la libertad de prensa y el conservadurismo de la corte suprema lo habían dirigido más a favor de la teoría legal liberal, a estar en un centro radicalismo y trasladar su residencia a Nueva York.

Exactamente ese fue el realismo legal que encontró el magistrado Olive Wendall Holmes cuando asumió la presidencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, extremadamente conservador dentro de su agudo positivismo legalista. Llamado a intervenir en una litigiosidad que involucraba la jornada laboral privada de un panadero, la cuestión se desató ante la posibilidad de que el patrón capitalista negociara libremente el beneficio laboral de acuerdo con el orden económico y liberal de la época. En contra de un sólido entendimiento favorable, Holmes se propuso inaugurar una posición realista del derecho, argumentando que, por encima de la libertad formal, se planteó la salud de la ley, consolidando el realismo jurídico. El magistrado Benjamin Nathan Cardozo reemplazó a Holmes en la Corte Suprema, manteniendo viva la visión del realismo jurídico inaugurada por su predecesor.

El realismo jurídico estadounidense, pretorialmente exaltado, siguió una sociología jurídica conocida como una verdadera escuela de derecho, registrada con “jurisprudencia sociológica” en Roscoe Pound, apoyando una ley viva, eminentemente práctica. Basado en la seguridad social permanente, el sistema legal está conformado por intereses colectivos, lo que requiere que los operadores del derecho tengan una visión sociológica más profunda de las bases en las que se basa la norma jurídica. No se origina a partir de la pena de lo legislado ni de la condena judicial, ya que se enfrenta a una

multiplicidad de proyecciones. La preocupación por la sistematización de los fenómenos sociales marcó la racionalidad jurídica americana en las cuestiones relacionadas con las ciencias humanas.

En este realismo jurídico, es necesario añadir los pensamientos de tres eminentes jurisconsultos. El primero, Jerome Frank, conocido por el aspecto psicológico del realismo jurídico, introduciendo un pensamiento psicoanalítico sobre la pretensión judicial. El derecho, como categoría epistemológica, se convierte en el generador de un verdadero producto artístico, en el que los juristas, como los eruditos medievales, utilizan el conocimiento científico para lograr sus propósitos intelectuales. El segundo, Felix Frankfurter, mantenía un puro realismo jurídico americano. La realidad real penetra en el realismo jurídico, formateando un realismo especial. El antiguo formalismo austriaco, externamente positivista, no permitió que la visión bélica, durante la Segunda Guerra Mundial, permaneciera neutral o divorciada de la realidad legal. El tercero, Karl Llewellyn, sostuvo un realismo exacerbado frente a los esfuerzos militares y necesita mantener los frentes ofensivos desde el extranjero. Exactamente esta realidad política fue apoyada por él legalmente. Solo después de 1960, comenzaron las tenues protestas políticas en las universidades, frente a la contracultura llevada a cabo por jóvenes, insatisfechos con la invasión de Vietnam.

Esta levadura social, generada durante una década, tuvo la consecuencia de llevar el realismo jurídico estadounidense a un realismo de izquierda, o mejor dicho, en un radicalismo formateado en 1970 como CLS – Critical Legal Studies, instalado dentro de la Universidad de Harvard. Le tocaría al maestro estadounidense naturalizado Roberto Mangabeira Unger escribir el manifiesto impugnando el formalismo y el utilitarismo. Para CLS, la visión legal liberal de la igualdad no existe, y la justicia social es una promesa vacía, pero incluso un mito. Y dentro de este sindicalismo de izquierda estaban Duncan Kennedy y Mark Kelman. La primera, que se levanta contra la educación jurídica tradicional, basada en su perspectiva marxista, fomenta un deconstructivismo crítico utilizando las ambigüedades jurídicas existentes en el discurso del derecho. Este CLS estalló concomitantemente con la proclamación de enseñanza para la educación universitaria norteamericana a tiempo completo, con el objetivo de erradicar a los maestros eminentemente prácticos, ocupantes de un régimen de trabajo reducido para el cuidado de maestros libres. Los nuevos maestros, en otros tiempos, se inclinaron hacia una enseñanza más científica y crítica del derecho, enseñando a tiempo completo, basada en los principios filosóficos del derecho.

El deconstructivismo formateado por el formalismo de izquierda siguió una aproximación de la derecha con la literatura, despertada por el pensamiento jusfilosófico de James Boyd White. Racionalmente, la geografía humana descontinuada en los diversos períodos históricos de la humanidad se visualizó a través de las descripciones noveladas de Victor Hugo, Dostoievski, Shakespeare, Kafka y otros. Este neocontractualismo afluyó al movimiento Derecho y Literatura. Lejos de la imaginación de un hecho ficticio, el operador de la ley también está actuando en este sentido, diferenciándose únicamente al tratar con hechos reales, cuyas versiones son llevadas al caso. En cada proceso judicial, también hay una historia humana que representa imágenes de la vida social.

Respecto a este movimiento entre el derecho y la literatura, es posible citar la obra *El proceso* de Hans Kafka, que cuenta la historia de “K.”, que es acordada por dos policías en su casa y descubre que ha sido acusado en una causa penal, sobre la que no se le informa nada, desde el motivo de su acusación hasta el propio avance del proceso, ya sea por organismos públicos o por tu abogado, que solo te aconseja que no te entrometas en los pasos de la justicia y te olvides de este problema.

Sin embargo, “K.” está sumamente preocupado por la persecución y los efectos del proceso, hasta el punto de buscar en las oficinas públicas alguna forma de acceso al expediente, solo para obtener información. Pero lo que encuentra es la restricción a la edad del estado. En el paso de la obra es posible observar el impacto que el proceso tiene en la vida de “K.” y cómo se siente, cuando dice que está sufriendo abuso público y denuncia una conversación suya con el inspector de la investigación, porque:

[...] perguntei, absolutamente calmo, ao inspetor [...] por que razão eu estava sendo detido. Isso porque, horas antes havia sido acordado por policiais em virtude de uma acusação E o que responde esse inspetor, a quem vejo diante de mim, do mesmo modo como estava sentado sobre a poltrona da referida cama, como se fosse uma apresentação do orgulho mais estúpido? Meus senhores, ele não respondeu nada; no fundo, talvez ele de fato nada soubesse.¹¹⁴

Kafka criticó así la publicidad de los casos, especialmente en cuanto a la posibilidad de defender a los acusados y el poder que algunas personas tienen dentro de las oficinas públicas, acercando la crítica a lo que fue la realidad, en su momento, hasta el punto de influir, de alguna manera, en las corrientes filosóficas y jurídicas de la época,

¹¹⁴ KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 108.

hasta el punto de, actualmente, la mayoría de los juristas están en contra de un procedimiento de la forma reportada en la historia ficticia. Esto sólo demuestra que hay relevancia en la aproximación entre derecho y literatura, además de mera ficción.

El necontratualismo de John Bordley Rawls, jefe del departamento de filosofía de la Universidad de Harvard, dio una nueva y especial capa científica al clásico espíritu liberal estadounidense, asegurando la plena libertad individual para lograr el bienestar humano colectivo. Es lo que se desprende de sus obras *Teoría de la Justicia* y *Liberalismo Político*. Desarrolla su reflexión observando inicialmente los contratos sociales previamente imaginados por Rousseau, Hobbes y Locke para luego divergir de ellos, redefiniendo el utilitarismo de lo que es correcto para bien y no para bien para lo que es correcto. Esto se entiende como incorrecto para reflejar un contrato social como el medio para definir una sociedad o su forma de gobierno, ya que, mucho antes de este pactismo, existían principios asociativos, definatorios de convenios colectivos. La vida y la experiencia humana preceden a las personas jurídicas, moralmente esbozadas en principios metaconstitucionales.

En *Justicia y Democracia* y *Justicia como Equidad*, Rawls pasó a explicar un constructivismo político que concebía la justicia como equidad. ¿Se preguntó cómo una sociedad compuesta de ciudadanos libres podría vivir libremente dividida por sólidas doctrinas religiosas divergentes y antagónicas? La respuesta, para él, fue porque la solución de las divergencias era un problema de justicia para que así se resolviera el litigio orgánico. Las personas deben vivir colectivamente necesitadas unas de otras en unión social. Compartir es fruto de una concepción política de la justicia. Rawls ilustra además que en el camino a Damasco, Saulo de Tarso se convierte en Pablo, Apóstol. Este cambio en la identidad pública tiene la misma continuidad física. A los efectos de la vida pública, tanto Saulo de Tarso como el apóstol Pablo nunca dejaron de ser la misma persona, aunque con identidades diferentes, residiendo allí el liberalismo político. La sociedad se interpreta entonces como unida por su concepción política de la justicia como equidad. Un sentido de justicia imparcial se vuelve consensuadamente atrasado, totalmente encomiable por las doctrinas religiosas.

Esto fue seguido por el economicismo legal del jusphilosopher estadounidense y magistrado graduado en ciencias jurídicas de la Universidad de Harvard, Richard Allen Posner. En Harvard, tuvo contacto con Ronald Coase, quien fue su profesor y uno de los pilares para su comprensión del derecho, la economía y el *Law and Econom*. Fue en 1973 cuando publicó la obra *Economic Analysis of Law*, que impactó

al mundo entero y profundizó en todas las relaciones analíticas entre la economía y el derecho hasta entonces vistas.

Como explica Julio César Marcellino Junior, el norteamericano “entiende que la ley está en una etapa precientífica”,¹¹⁵ porque carece de objetividad. Por lo tanto, el derecho *debe ser* analizado por el sesgo de la economía, ya que es una ciencia cuyos objetos criterio son claramente identificables.

Tales declaraciones se entienden mejor en el contexto histórico en el que Posner fue incluido. Cuando escribió *Economics Analysis of Law*, hubo descontento con el fundamentalismo jurídico, que como Calabresi y Coase ya se mostraron, cómo se podía utilizar la economía para abordar esta inconformidad. Así, el *Law and Economics* acaba siendo actuales dentro del propio Análisis Económico del Derecho, que busca encontrar la relación costo-beneficio en las diversas áreas del derecho.

En *Economic Analysis of Law*, Posner termina haciendo una especie de tratado sobre el análisis económico del Derecho. Para este subcapítulo basta con hacer una explicación general de lo que se trata en el libro, pero centrándose en su primera parte, en la que el autor introduce conceptos económicos y los explora, posteriormente, relacionándolos con el derecho, en un sentido amplio, para profundizar sus enseñanzas en diversas áreas jurídicas, como el derecho penal, constitucional, contractual y tributario, entre otros. Pretendemos no profundizar en las enseñanzas en las otras áreas porque entendemos que no todos los temas tratados por él son responsables de este trabajo, sin embargo, aquellos que merecen un estudio en profundidad, como el derecho tributario, serán analizados en un capítulo posterior.

Así, en la primera parte de su libro, Posner explica la naturaleza del pensamiento económico, tratando conceptos fundamentales de la zona. Para él, los abogados ven la economía como una ciencia encargada de estudiar temas como la inflación y el desempleo, por ejemplo. Sin embargo, la economía no da sólo esto, asumiendo un concepto más amplio, como “*la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas*”.¹¹⁶ Mientras tanto, las razones para estudiar el origen de la conducta humana ya están demostradas, como en Helvétius y brevemente en Adam Smith, por ejemplo, ya que la economía es fundamental en una elección racional, así como

¹¹⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 61.

¹¹⁶ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: fce, 2007. p. 25.

el impacto de las necesidades humanas en la conducta de cada individuo, especialmente en el entorno por el cual se involucran en la búsqueda del placer y el dolor, este binomio presente en Bentham y Mill y que contribuyen a la profundización del análisis, que se guiaron por conductas basadas únicamente en la búsqueda de la satisfacción de los placeres de manera racional, ideal utilitario que fue contrarrestado por Kant, en la medida en que asume la posibilidad de actuar según nuestros deseos, pero que podemos reprimir tales deseos por la racionalidad. Por lo tanto, se observa que, aunque inconscientemente, la definición de Posner de ciencia económica termina dirigiéndose a palabras cuyos conceptos han sido delimitados en años de desarrollo científico del pasado y que no podían dejar de ser estudiados en el presente trabajo. La importancia de estos autores se hace aún más evidente cuando se explica que la tarea de la economía es la “*exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines de la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su ‘interés propio’*”¹¹⁷, hasta el punto de que esta forma de aumentar al máximo la satisfacción con la vida converge con el cálculo utilitario y la filosofía.

Sin embargo, la teoría de estos autores no se aplica en su totalidad, con elementos de encuentro, pero no del todo, incluso con la definición de ciertos términos en direcciones opuestas, pero lo que debería estar en mente es la idea detrás de la definición actual de economía, como el propio Posner reconoce, hasta el punto de que cuando explica el esfuerzo humano para maximizar la utilidad de todas las áreas de su vida afirma que “*ésta es una idea que proviene de Jeremy Bentham en el siglo XVIII, pero que recibió poca atención de los economistas hasta la obra de Gary Becker en los decenios de 1950 y 1960*”.¹¹⁸ En este sentido, Posner explica que el comportamiento racional para la economía no es necesariamente un cálculo consciente, aunque lo sea, considerándose “racional” “*cualquiera que sea el estado mental de quien escoge*”, así como que el *interés propio* no es sinónimo de *egoísmo*, y hay felicidad en las cosas buenas que ocurrieron con los demás.

En este sentido, explica Posner, el concepto económico de coste, con varios ejemplos que demuestran que la economía no se trata solo de mercado y dinero. Así, como situación hipotética, cita a una persona que está realizando sus actividades domésticas, como limpiar la casa. Este acto se califica como económico, incluso si el

¹¹⁷ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: fce, 2007. p. 25.

¹¹⁸ Ibid, p. 26.

trabajo de la persona está en su propio hogar y no tiene compensación por el trabajo. Dicha calificación se atribuye porque el desarrollo de la actividad implica un costo, porque hay tiempo y oportunidad. El costo puede tomar dos formas, la primera es el costo social, que efectivamente reduce la riqueza de una sociedad, a su vez el costo privado es uno que reordena la riqueza de una sociedad. Para entender esta afirmación, se puede utilizar la misma situación dada por el autor, afirmando que un impuesto de USD 1,000.00 (mil dólares) que se le dará a una persona pobre no es una transacción considerada costos, cuando se considera solo la operación. Esto se debe a que con la donación del monto gravado solo habrá la redistribución de recursos en la sociedad, en la medida en que los R\$ 1.000,00 (Mil dólares) continuarán siendo utilizados por los miembros de una empresa determinada. Habrá un coste social cuando se reduzca esta cantidad y se deje de integrar los recursos de la sociedad. Esta relación de redistribución entre las personas es el costo privado, mientras que la reducción efectiva del recurso en la sociedad es el costo social.

Para Posner, Ronald Coase aportó una gran contribución con su teorema, en la medida en que permitió conceptualizar, a través de su Análisis Económico del Derecho, el costo de oportunidad, aunque no sea el primero en hacerlo. De manera general, el costo de oportunidad consiste en lo que es ignorado y no disfrutado por un individuo en particular, cuando decide tomar una determinada decisión. Por ejemplo, imagina una reunión de negocios de un emprendedor con su cliente en un fin de semana, que se cancela porque el emprendedor prefiere viajar con su familia, lo que hace que el cliente renuncie a hacer negocios con el emprendedor. El efecto negativo, en virtud de su elección de viajar, que es un efecto positivo, es el costo de oportunidad. Pero como hemos visto, para Coase, los costos de transacción inexistentes, el orden de los derechos no afectará la asignación de recursos, por lo que en tal situación, si la asignación de recursos no se verá afectada, habrá un impacto en el costo de oportunidad.

La explicación de los conceptos económicos es importante para lograr la comprensión de la América del Norte, por lo que es necesario conceptualizar algunos términos económicos que tendrán un impacto en la economía y, en consecuencia, en la AED. Así, Posner conceptualiza 3 términos de extrema relevancia para nuestros estudios. El primero de ellos es *valor*, definido como “*es lo que alguien esté dispuesto a pagar por ello o, si ya lo tiene, la cantidad de dinero que pide para privarse de algo*”.¹¹⁹ De lo contrario, el término *utilidad*, que es de suma importancia para el *Law And Economics*,

¹¹⁹ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: fce, 2007. p. 36.

así como para la economía en general, puede asumir dos definiciones. El primero se asocia con el riesgo de una elección, en la que existe “*el análisis del valor de un costo o un beneficio inciertos por oposición a uno seguro*”.¹²⁰ La asociación entre riesgo y utilidad es bastante fuerte, en la medida en que definirá si la asunción de un riesgo, compensada con una posibilidad de aumentar la utilidad, justifica la posibilidad de perder parte de los activos de quienes asumen el riesgo. La disposición individual entre la toma de riesgos, o no, demuestra cuán útil puede ser un objeto dado para quién está decidiendo y qué resultado se considerará el más útil para el individuo. A su vez, la segunda definición de utilidad radica en la propia definición utilitaria, *que significa felicidad*, y es utilizada por los filósofos de esta corriente. Finalmente, como último término económico relevante que se hace necesario entender es *eficiencia*, que es así en todo análisis económico del derecho, siendo utilizado en el trabajo de Posner “*para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor*”.¹²¹

Como se verá más adelante, especialmente en el capítulo 2, en varias ocasiones se utilizarán estos términos en esta obra, y es imperativo que el lector tenga bien definida su conceptualización, para entender las explicaciones que se trabajarán.

Así, una vez establecidos estos conceptos, Posner explica brevemente la relación entre derecho y economía, señalando que esta teoría económica del derecho tiene aspectos normativos y positivistas. Aclara que los aspectos positivos del análisis económico del derecho están marcados por la racionalidad económica, buscando una explicación de las normas y resultados jurídicos, en la forma en que son, en lugar de modificarlos para mejorarlos de alguna manera el resultado encontrado, pero no explica cuáles son los aspectos normativos – aunque sea posible entender, por el conjunto de planteamientos del libro, que el aspecto normativo es el análisis económico del propio derecho, es decir, los impactos de una norma aislada o conjunto normativo, frente a la interpretación de todo el hecho jurídico, que va más allá de la norma.

Sin embargo, explica que su reclamación no pretende determinar lo que debe prohibirse, permitirse u obligatoriamente en una empresa determinada, sino mostrar las eficiencias de ciertos aspectos legales. Esto se puede observar cuando se trata del ejemplo de un robo porque:

¹²⁰ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: fce, 2007. p. 36

¹²¹ *Ibid*, p. 37.

Aunque el economista no puede decir a la sociedad si debe tratar de limitar el robo, sí puede mostrar que sería ineficiente permitir un robo ilimitado; así, puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor – la eficiencia – debe sacrificarse para alcanzar otro.¹²²

Tal razonamiento económico, según el economista estadounidense, no es explícito en las decisiones judiciales, pero esto no deleita el contexto técnico insertado en el razonamiento de los jueces, siendo *frecuente [en las] bases verdaderas de la decisión*. Es importante destacar que el análisis de Posner se enmarca en el ordenamiento jurídico del *common law* y, por tanto, su análisis del juicio es más relevante, en la medida en que tienen un papel más relevante que en los países que siguen el *civil law*, en la medida en que crea precedentes que actúan como regla para ser aplicados a futuros casos.

Así, tanto las normas como las decisiones judiciales se basan en reflexiones económicas, ya que se someten a un razonamiento económico, pero Posner señala categóricamente que esto no implica que sean necesariamente eficientes. De hecho, cree que esto sería poco probable, ya que los problemas relacionados con la ley son complejos. Así, las áreas de *derecho común* se consideran más eficientes, por su lógica intrínseca, que la estatutaria o constitucional, pero esto no se aparta del razonamiento económico de todos.

Aunque el análisis económico de la ley a menudo busca el resultado de la eficacia e ineficacia del sistema legal, Posner señala que no se puede confundir “*la teoría económica del derecho*” y la “*teoría de la eficiencia del derecho común*”. Esto se debe a que el Intento del AED es la justificación de los fenómenos jurídicos a través de los instrumentos que proporcionan las ciencias económicas, mientras que la teoría de la eficiencia del derecho consuetudinario busca la eficiencia a través de un conjunto limitado de normas e institutos jurídicos.

Así, en los capítulos que siguen en *Economics Analysis of Law*, Posner utiliza instrumentos económicos para profundizar su conocimiento de las diversas áreas del derecho a través de un sesgo económico. Es posible identificar el uso de una lógica pragmática para justificar los resultados y, una vez encontrados, que se utilice la interpretación consecuencialista de los fenómenos. Esta lógica consecuencialista es muy cercana a los métodos positivistas trabajados previamente en este trabajo, con criterios basados en elementos observables en el mundo material.

¹²² POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. 2. ed. México: fce, 2007. p. 58.

Julio Cesar Marcellino Junior explica categóricamente la comprensión de Posner del Análisis Económico del Derecho, de la siguiente manera:

[Posner] sustenta, a partir de suas convicções de livre mercado, que o poder judiciário deve ser previsível e estável para oferecer ao mercado segurança para o livre fluxo dos recursos. As decisões judiciais devem, pois, estarem livres de subjetividades valorativas decorrente da lógica jurídica principiológica e se pautarem pela diretriz da eficiência na alocação de recursos [...] Desse modo, o Direito figuraria como aparato a serviço da democracia liberal.¹²³

La lógica filosófica es fundamental para Posner, en la medida en que es a partir de ella que justifica la aplicación del *Law and Economics*. Así, recurre al pragmatismo, como en la filosofía, y propone recrear el pragmatismo, en el que asumió rasgos científicos, a diferencia de la hermenéutica imperante en la época. Esta objetividad recae precisamente en la consecuencia de decisiones judiciales que, respetando criterios económicos, serían objetivas y científicas.

Esto daría lugar a la incorporación de los principios económicos en la legislación. Este entendimiento de que los principios económicos serían aplicables a la ley nos permite preguntarnos si la aplicación de la hermenéutica quedaría en absoluto alejada de la aplicación de la ley. Esto se debe a que, como se estudió anteriormente, la aplicación de los principios económicos al derecho haría que estos nuevos elementos entraran en conflicto, varias veces, con otros principios, que serían tan cargados según el caso concreto, en las lecciones de Alexy y Dworkin. Este principio de sopesamiento no descarta el uso de la hermenéutica del derecho, pero tampoco disminuye la riqueza y la contribución a una nueva forma de interpretar la ley, presente en la obra de Posner.

De hecho, se observa desde el conjunto de enseñanzas del norteamericano que utiliza la microeconomía como instrumento para resolver las subjetividades de valor de los juicios y la adecuación del derecho a las motivaciones sociales emergentes.

El análisis económico, sin embargo, no se limita a la jurisdicción, sino también a la racionalización que promueven los agentes jurídicos para calcular lo que se puede hacer o no. Cuando estudiamos a Holmes, le explicamos que entendía que la ley no era nada más, nada menos, que una profecía sobre lo que harán específicamente los tribunales, proyecciones que también se ven en Posner, pero no exclusivamente en la

¹²³ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Análise Econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 61.

figura del abogado, como en Holmes, sino en casi todos los agentes políticos. También en las explicaciones de Julio César Marcellino Junior sobre Posner, la lógica económica:

[...] abrange escolhas do tipo: o criminoso quando decide se vai cometer outro crime; o litigante quando decide se vai ajuizar uma demanda ou acordar extrajudicialmente, o legislador quando decide se votará a favor ou conta uma proposição legislativa; o juiz quando decide como votar em um determinado julgamento; o contratante quando decide se rompe ou não o contrato; o motorista quando decide se acelera ou não o seu carro; ou até mesmo; o pedestre quando decide ter a ousadia ao atravessar um rua.¹²⁴

A través de sus estudios, concluye que la efectividad jurídica sólo se descubre cuando está ligada al producto interior bruto; o mejor dicho, una adecuación de las normas a los efectos de la producción. La función judicial, por lo tanto, es hacer del utilitarismo un instrumento sociopolítico para maximizar la riqueza. A través de un enfoque multidisciplinario, Posner reflexiona de manera diferente sobre la cientificidad de la ley en un sentido práctico y utilitario. A través de una visión multidisciplinaria, correlaciona el sistema de derecho privado con un marco público subjetivo, visualizando los intereses colectivos y proyectándolos junto con la economía, la administración y la propiedad industrial para maximizar la riqueza como un objetivo de política legal. De hecho, en todos los temas polémicos y polémicos, cuando sea necesario buscar la solución correcta, es fundamental aplicar, desde el principio, el método económico, para resolver la litigiosidad de una manera efectiva y productiva. A menudo, los edificios pretorianos deciden conflictos controvertidos eligiendo la solución que más estimula la expansión de la riqueza involucrada en el tema o incluso aquellos que mejor se proponen administrarlos beneficiando a una comunidad de personas.

En esta línea de pensamiento posneriano, la Escuela de Chicago estaba a la altura cuando los jueces estadounidenses, centrados en la línea ideológica del capitalismo, comenzaron a enfrentar a la derecha a lo largo de líneas económicas productivas. De esta manera, naturalmente, las estructuras que aseguraban la robusta autonomía egoísta de la derecha se enfriaron, volviéndose cuestionadas y consideradas como socialmente inconvenientes, ya que su independencia nunca estuvo ligada a las fuerzas económicas. El análisis económico de la ley defendido por Posner comenzó a

¹²⁴ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Análise Econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 68.

exaltar la “optimización de costes” en la orientación pretoriana. En esta línea, también se sumó el famoso teorema del británico Ronaldo Coase, ganador del Premio Nobel, buscando resaltar la eficiencia como resultado final concluyente. En otras palabras, el valor económico colocado como un factor decisivo en la medición de costos y beneficios. Richard Posner ilustra su reflexión utilitaria recordando la *Iliada* homérica, cuando Helena fue secuestrada por París, el hijo más improductivo del monarca Príamo y hermano de su comandante militar Heitor, llevándolos a una guerra militar durante diez años, extremadamente costosa y agotadora que, incluso ganando, no obtendría ningún beneficio concreto. A través de esta reflexión clásica y la maximización de la riqueza y la utilidad, se estableció la famosa controversia legal entre Ronald Dworkin y Richard Posner. Para ella, estaba claro que al estudioso de la economía solo le interesan las consecuencias de la redistribución relacionadas con la eficiencia productiva.

La pregunta que surge naturalmente entonces es si la redistribución evita o no la reasignación de la riqueza social. En *La justicia de Toga*, Dworkin utiliza todo el tercer capítulo para contradecir a Posner con el argumento de que no percibe la diferencia entre la filosofía moral, por un lado, y, por otro lado, la sociología, la psicología y la antropología. De hecho, Dworkin hace duras críticas a Posner, especialmente porque considera que Posner critica las teorías morales, pero las usa, a pesar de que dice que no se ocupa de las teorías morales, sino de la moral misma, como explica Dworkin, así como de varias otras críticas, como se explorará a continuación.

La réplica vino de Posner al final del primer capítulo (“Justicia y Eficiencia”). Su primer desafío a las afirmaciones de Dworkin se refiere a la comprensión de que la riqueza no representaría un componente del valor moral, entendió el término “valor” como algo que es digno por sí mismo, tal como Kant definió al hombre, digno por sí mismo. Esto se debe a que la riqueza asumiría un carácter meramente instrumental para lograr un fin, que sería la felicidad, pero no un fin en sí mismo.

En respuesta, Posner entiende que esta afirmación le parece bastante distante de la realidad social convencional, en la medida en que para él la riqueza es un valor moral, que podría ser el único o el más importante socialmente. Del mismo modo, desafía la definición de valor moral de Dworkin, porque considera excéntrica la comprensión de que para que algo sea considerado de esta manera, necesariamente debe ser digno por sí mismo. Para ello, argumenta que, si un individuo determinado dice que la lealtad es un valor social, al facilitar la organización de la actividad productiva, no emplearé erróneamente el lenguaje al vincular el término “valor social” a un medio, no a

un fin. Para justificar su posicionamiento, especialmente en lo que respecta al logro de la felicidad, expone el ejemplo utilizado por Dworkin, para luego contrarrestarlo:

O argumento de Dworkin apoia-se em um exemplo que oculta o caráter instrumental da maximização da riqueza. O exemplo [de Dworkin] é o seguinte, Derek tem um livro, que venderia por \$2 e pelo qual Amartya pagaria \$3. Um tirano onisciente dribla o mercado e dá o livro a Amartya sem compensar Derek. Segundo Dworkin, é difícil imaginar como a sociedade pode ter se beneficiado com o resultado disso. Mas mudemos as quantias. Suponhamos que o livro valha \$3000, para Amartya e \$2 para Derek. Nesse caso, a transferência provavelmente aumentará a quantia de felicidade na sociedade, mesmo que não se compense Derek. Isso é mais provável ainda se Derek também puder receber, a qualquer momento, um desses agradáveis presentes. Ao seguir essa linha de raciocínio, estou, obviamente, vinculando a maximização da riqueza à maximização da utilidade. Mas é meu propósito fazê-lo, pois, conforme ressalté no capítulo anterior, a felicidade é um dos principais bens que a maximização da riqueza conduz. As cifras usadas por Dworkin no exemplo obscurecem a relação entre riqueza e utilidade.

É preciso comentar ainda um outro aspecto do exemplo de Amartya e Derek: a inexistência de uma razão plausível para retirar do mercado a transação e colocá-la nas mãos de um “tirano”. Modificando-se outra vez o exemplo, suponhamos que Derek possua uma casa e que Amartya possua uma companhia aérea. Constrói-se então um aeroporto perto da casa de Derek e os aviões de Amartya produzem muito barulho, o que reduz em \$ 2000 o valor da casa. Derek processa a companhia por perturbação da paz. Acontece que as provas levantadas no julgamento demonstram que a eliminação do barulho e a conseqüente restauração do valor da casa de Derek custaria \$3000 à companhias aéreas. Com base nisso, o juiz decide que não há perturbação da paz. Analiticamente, esse exemplo é idêntico ao de Dworkin. Porém ilustra mais realisticamente que o dele a função de um sistema de maximização da riqueza no contexto do common law, além de tomar menos plausível sua afirmação de que a riqueza não é um “componente do valor social”, tomando-se essa expressão em um sentido menos arbitrário.¹²⁵

Así, se observa que Posner se guía por una libertad de mercado, la maximización de la felicidad y la explicitud de la aplicación del Análisis Económico del Derecho en la solución de los casos. La libertad de mercado se observa cuando no entiende como justificable la retirada de una negociación determinada, guiada por las partes, transfiriendo el poder a un tirano. Este tirano puede ser interpretado como acción estatal, a través de cualquiera de sus poderes, que actúan como tirano porque cosechan la libertad negociadora de las partes, imponiendo una forma de conducta, calificando la

¹²⁵ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129-130.

acción estatal como arbitraria por tales características. En el mismo sentido, el mantenimiento del poder de los partidos, en detrimento del tirano, permite la maximización de la felicidad, en la medida en que la riqueza aumenta a través de esta libertad de mercado, pero incluso si hubiera un tirano sería posible para él aumentar la felicidad de la sociedad, siempre y cuando no se confundiera como uno de los órganos de poder del Estado. Finalmente, según Posner, aunque Dworkin se oponga a él, los desafíos a la teoría del Análisis Económico del Derecho no están respaldados, especialmente en cuanto a la comprensión de que la maximización de la riqueza no es un componente del valor social, en la medida en que esta maximización ocurre tanto en los ejemplos citados, como en la propia decisión de los jueces. Según Posner, en el pasaje antes mencionado, Dworkin solo trata de ocultar la instrumentalidad de maximizar la riqueza con ejemplos oscuros, pero que cuando se analizan adecuadamente, hacen que los aspectos de dicha maximización emerjan de la profundidad, que es la intención de Posner. En este sentido, se observa que el norteamericano se preocupa menos por los aspectos morales del resultado de su estudio, en la medida en que sólo pretende identificar elementos que demuestren la realidad de los hechos, cuyo sustrato de estudio demuestre suficientemente los aspectos concretos del resultado. Aún así, no descalifica la relevancia de la moralidad.

Posner también busca aclarar otro desafío de Dworkin, con respecto a la maximización de la riqueza, en la medida en que afirma que la maximización de la riqueza parecería incapaz de producir mayores actividades que promuevan el bienestar de los demás en comparación con otras estructuras económicas y políticas más concesionables, así como apuntar a maximizar la distribución de la riqueza, la protección de los derechos y la felicidad. sería posible aumentarlos en la sociedad frente a la instrumentabilización de la riqueza. Esto se debe a que Posner entiende que tal interpretación depende del punto de vista y la afirmación que se pretende lograr. En situaciones en las que hay interés en distribuir la riqueza, es decir, la transferencia de riqueza de los más productivos a los menos productivos, establecer un objetivo posterior de maximizar la riqueza puede ser el enfoque equivocado. A pesar de que Posner reconoce que la distribución de esta riqueza está ligada a la maximización de la riqueza, aclara que esto no significa que la maximización de la riqueza implique maximizar la distribución de la riqueza, la protección de los derechos o la felicidad, sino que la maximización de la riqueza traería una de estas cosas, en la medida en que no hay moneda con la que se pueda comparar la felicidad, la cooperación y el respeto a los derechos, y es difícil saber jugar con estos tres

factores en el desarrollo de un *sistema social*. Y la maximización de la riqueza automáticamente hace concesiones mutuas entre ellos.¹²⁶

Otra crítica moral de Dworkin es la falta de valor moral en la producción para los demás cuando el que produce no busca beneficiar a los demás, sino sólo a sí mismo, porque entiende que la intención del agente es relevante para definir una conducta moral. De nuevo es posible observar una característica de Kantiana en la posición de Dworkin, así como para Kant, en la que la conducta ética es la que incluye en sí misma la intención del agente en una conducta considerada buena simplemente porque lo es, sin que la conducta tenga característica consecuyente. El pensamiento de Dworkin sigue una forma similar de pensar. La oposición de Posner se basa en el entendimiento de que la definición de Dworkin está restringida, porque cuando los deseos de cada individuo se ponen al servicio de otras personas, sin coerción, hacen que tales servicios sean más atractivos para los altruistas al participar en la elaboración de un sistema social.¹²⁷ Aunque Posner no profundiza en su posición, lo que sí se puede entender es que este altruismo de ciertos individuos, que promueven conductas con tales características, termina no solo atribuyendo mayor validez a la moral de la producción a los demás, con un propósito individualista, sino que promueve actitudes altruistas, lo que maximiza la validación de la moral es apropiada, hasta cierto punto, la comprensión de Dworkin de lo que es la conducta moral.

De hecho, lo que se puede observar con las objeciones de Dworkin es que permiten a Posner no solo aclarar sus posiciones, sino explicar, de manera más profunda, las razones de cada conclusión, mejorando la comprensión del lector de su tesis.

Así, dado todo el análisis promovido en este subcapítulo, lo que se extrae de Posner es que se basa en elementos de la ciencia económica, a través de una interpretación de los acontecimientos desde la microeconomía y los análisis positivistas, así como del propio utilitarismo, para mejorar el Análisis Económico del Derecho e identificar cómo desarrollar institutos jurídicos.

Así, reflexiona sobre el consentimiento como base de la eficiencia, en la medida en que la economía toma como punto de estudio la elección racional de cada individuo, en cuanto a la utilidad de su elección, y su implicación en el análisis económico positivo del derecho, confesando, en *La economía de la justicia*. Sin embargo, su teoría

¹²⁶ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 135.

¹²⁷ Ibid, p. 135.

moral trasciende el utilitarismo clásico y representa un verdadero criterio judicial equitativo, maximizando la riqueza de la sociedad en su conjunto. Con este enfoque, reconcilia los principios éticos contrapuestos de utilidad, libertad e incluso igualdad con el capitalismo, constituyendo siempre su bandera en la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A pesar del estudio presentado anteriormente por nosotros, deliberadamente no profundizamos en uno de los temas importantes que podrían ser trabajados en este subcapítulo, que trata del análisis económico normativo, en la medida en que se relaciona con el Análisis Económico del Derecho, pero de una manera más divergente, ya que este último se trata de un análisis de lo que *debería ser*, mientras que un análisis económico positivo busca comprender lo que simplemente *es*.

3 ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

3.1. Origen y la Escuela del Pensamiento

Comprender la ley no es una tarea sencilla para los pensadores legales. La ciencia jurídica trasciende la idea de un sistema de normas establecido por una civilización en un espacio-tiempo dado, porque el Derecho es un conjunto de experimentos, experiencias, cultura, valores, axiologías y también reglas. La sociedad y sus desarrollos político-económico-sociales crean y transforman constantemente el Derecho, entrelazándolo con otros sistemas sociales, al concebir un todo ordenado sistémico. Por lo tanto, el Derecho se puede entender en diferentes perspectivas.¹²⁸

Debido a la solidez de la conducta humana, el derecho está intrínsecamente vinculado a todas las demás ciencias que estudian la sociedad, el comportamiento humano y las relaciones entre individuos, como las disciplinas departamentales socioeconómicas. Esta área de conocimiento se ocupa de dilucidar la actividad económica, así como la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. A partir de la combinación de conocimientos jurídicos y económicos, se enumera el Análisis Económico del Derecho.

En el contexto americano, la citada teoría ha ganado gran notoriedad en las decisiones judiciales, con la introducción de nuevas normas a través de interpretaciones jurídicas innovadoras, influyendo incluso en la enseñanza del derecho de las academias jurídicas. La escuela de análisis económico se ha desarrollado especialmente en las jurisdicciones angloamericanas que adoptan el *commom law*, un sistema que proporciona mayor discrecionalidad al poder judicial, sin embargo, dicha escuela también tiene mucho que ofrecer a las jurisdicciones del *civil law*, como es el caso del sistema legal brasileño.

A partir de los años setenta, del siglo XX, la matriz teórica de la AED comenzó a desarrollarse, especialmente en EE.UU., no se puede olvidar que esta teoría obtuvo sus primeros esbozos en Europa, en el siglo XIX, y estuvo particularmente presente en países de tradición germánica.

En Brasil y otras jurisdicciones del Sur Global, el análisis económico se considera relativamente reciente y los sistemas jurídicos nacionales todavía tienen poco apoyo para las perspectivas económicas positivas. Según Pécio Arida, “é possível que a

¹²⁸ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 9.

pesquisa em direito, ao iluminar de forma radicalmente diversa a imbricação entre normas e valores, venha a sugerir caminhos para a pesquisa em economia radicalmente diversos dos até agora trilhados”¹²⁹, por lo tanto, mucho se ha aprendido y prosperado con la aplicación de esta corriente epistemológica en el pensamiento jurídico brasileño.

Esta matriz teórica está poco extendida en los países del Sur Global que adoptan el *civil law*, tanto en derecho y economía como en los tribunales, aunque sus enseñanzas pueden ser preferidas para una mejora de la eficiencia económica en las normas y para la eficacia de la isonomía jurídica. Así como “o Direito de cada país não foi criado de um dia para outro, não foi instituído”¹³⁰ es, de hecho, una construcción secular, es normal que un cambio de paradigma jurídico también delegue un cierto camino del tiempo.

En resumen, considerando que las disposiciones legales tienen la finalidad de estimular o disimular ciertas conductas, el enfoque económico tiene como principio primario la propuesta de maximizar la eficiencia, desde el punto de vista económico, de los diplomas jurídicos, fomentando conductas consideradas eficientes. Por lo tanto, el análisis económico ha introducido un nuevo dogma hermenéutico jurídico y económico mediante el desarrollo de una verdadera metodología para integrar los institutos económicos en el orden positivo y judicial.

La escuela teórica de Análisis Económico del Derecho puede no tener todas las respuestas a las eventualidades sociales, pero es una herramienta auxiliar del operador jurídico que permite analizar la ciencia jurídica bajo otros enfoques epistemológicos, lo que proporciona caminos legales inusuales que a veces pueden ser muy beneficiosos para la sociedad.

Por lo tanto, es necesario un estudio detallado sobre los subsistemas económicos y legales, a través de sus orígenes y conexiones, para examinar cómo el sesgo económico puede guiar el ordenamiento positivo.

Así, este capítulo pretende analizar las relaciones e intersecciones, así como sus efectos y retrocesos, entre el derecho y la economía, preceptos que inauguran la teoría del análisis económico del derecho, que hará un rescate histórico de su desarrollo y presentará sus principales postulados y escuelas de pensamiento. Posteriormente, se

¹²⁹ ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 63.

¹³⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Máisca Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 14.

señalarán las críticas a este movimiento, como contraste teórico, y su uso en la ley de varios países, tanto en la creación de normas como en sus interpretaciones. Finalmente, se basará en el análisis económico del derecho tributario como forma necesaria de lograr el impuesto óptimo, pasando por los numerosos subcampos legales de los impuestos, como la fiscalidad ambiental y *compliance*, cuestiones que equivalen a la conclusión del presente trabajo: el Análisis Económico del Derecho es un instrumento teórico ideal para el futuro del derecho tributario.

Es posible sintetizar que, aunque sus fragmentos iniciales ya se pueden ver desde la teoría liberal clásica de Smith, se inauguran los desarrollos de la escuela de Análisis Económico del Derecho, particularmente en dos momentos históricos¹³¹ distintos.

Primero, en el siglo XIX surgió la escuela doctrinal en Europa continental, Alemania y países de tradición germánica¹³², siendo marcada por el trabajo de Victor Mataja¹³³ de la Universidad de Viena, llamado *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (El derecho de responsabilidad civil desde el punto de vista de la economía política), que se ocupó de lo que llamó *Tort Law* (Responsabilidad Civil), analizando los efectos de los incentivos generados por la escuela, es decir, “hechos que animan o desaniman a un sujeto, tras un análisis racional y consecuencialista, a tomar una determinada actitud o actuar de determinada manera”.¹³⁴

Esta primera versión de la escuela jurídico-económica, sin embargo, no es tan conocida precisamente porque no ha avanzado mucho y no se ha expandido en Europa, con múltiples motivaciones para el declive, como detallan los autores Porto y Garoupa:

Sua popularidade na Europa continental caiu drasticamente até o período de 1930 e seus últimos resquícios foram eliminados pelo regime nazista, junto com outros movimentos interdisciplinares. Martin Gelter e Kristoffel Grechenig defendem que o principal motivo para a queda deste modelo na crescente especialização das ciências humanas, consiste no fato de que muitas universidades, principalmente na Alemanha, mantinham-se fortemente ligadas à tradição da chamada Escola Histórica, que continuava a ver o estudo

¹³¹ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and economics**. Bonn: Max Planck Society, 2014. p. 3.

¹³² Ibid, p. 3.

¹³³ MATAJA, Victor. **Das Recht des Schadensersatzes vom standpunkte der nationsloconomie**. [S.l.]: Duncker & Humblot, 1888.

¹³⁴ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1.

*do Direito como uma disciplina hermenêutica, cujo foco se mantinha na interpretação coerente das normas, baseado na consistência do sistema, conservando a política e outras disciplinas como a sociologia e a economia afastadas.*¹³⁵

La reanudación de la teoría, a través de la segunda -y más famosa- versión del AED, se manifestó en Estados Unidos, a mediados del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, a través de los estudios desarrollados en la Universidad de Chicago, especialmente de los autores clásicos de la escuela, como Ronald Coase, Richard Posner y Guido Calabresi.

Entre las numerosas distinciones entre el primer movimiento de AED en Europa y el segundo en los Estados Unidos, vale la pena destacar una marcada diferencia que puede haber sido esencial para la prosperidad actual de la escuela: el movimiento más reciente “fue dirigido por economistas que más tarde hicieron derecho de posgrado, mientras que la primera teoría cubrió solo el campo del derecho, desarrollado entre juristas sin antecedentes de graduación en economía”.¹³⁶

Adecuadamente dilucidado el origen de la escuela de AED, es apremiante pasar por las principales escuelas de pensamiento que fundaron tal corriente doctrinal. La interdisciplinariedad entre derecho y economía es innegable, esferas de conocimiento que siempre han desarrollado sus conocimientos en paralelo, influyendo una en la otra. De la unión de estas ciencias surge la teoría titulada *Análisis Económico del Derecho* (AED), más conocida como *Law & Economics* (LaE).¹³⁷

La teoría en este caso permite un examen de los problemas legales a través de institutos y soluciones en el campo económico, a menudo reduciendo los resultados inusuales y poco intuitivos en el campo legal.¹³⁸ El paradigma de la doctrina jurídica clásica que concibe y emplea el ordenamiento positivo se rompe aisladamente de las enseñanzas de otras áreas del conocimiento, en busca de una nueva directriz hermenéutica con un derecho sistémico e integrada con el conocimiento económico.

¹³⁵ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2.

¹³⁶ Ibid, p. 3.

¹³⁷ Este trabalho não diferenciará a “Análise Econômica do Direito” e “Law & Economics”. Para uma distinção desses termos, recomenda-se: FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 11.

¹³⁸ SEFER, Tiago Nasser. Segurança Jurídica Tributária: sob a ótica da Análise Econômica do Direito. In: NETO, Calilo Jorge Kzan Neto; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 273.

Se sabe que el derecho es uno y solo se subdivide con fines didácticos, pero, aunque esta afirmación es ampliamente reconocida por los operadores del derecho, la teoría jurídica tiende a menospreciar otras ciencias en la construcción de diplomas de orden positivo brasileño. Por lo tanto, el análisis económico, debido a la unión del conocimiento económico y jurídico, puede promover cambios positivos en el derecho.

Aunque siempre ha existido una interconexión entre el conocimiento jurídico y el económico, los postulados judiciales contenían un predominio de la perspectiva del derecho en detrimento de las concepciones económicas, nada más natural, ya que los encargados de hacer cumplir la ley se forman en las ciencias jurídicas. Sin embargo, aparte del uso sobresaliente del conocimiento jurídico, un desdén colosal de los otros subsistemas del conocimiento, incluso en relación con el económico, tuvo éxito. Por lo tanto, es imperativo llevar a cabo una visión histórica del movimiento teórico del análisis económico en el orden jurídico.

En la década de 1960, en el contexto del orden jurídico estadounidense, la comprensión de que el derecho era un estudio no relacionado con otros conocimientos era preponderante. Cristóbal Colón Langdell, estadounidense y decano de la Facultad de Derecho de Harvard de 1870 a 1895, fue uno de esos juristas que abogaron por la autosuficiencia y la independencia de la cognición legal. El método del caso (*case method* ou *mechanical jurisprudence*) fue desarrollado por él e introducido en la obra *Casos de derecho contractual* (*Cases on the Law of Contract*) en 1871 y entendió el derecho como un conjunto de principios, definiciones y doctrinas que se apartan del conjunto de decisiones judiciales que permitían designar la aplicación normativa mediante, el uso del razonamiento lógico y la argumentación analógica.¹³⁹

El utilitarismo, una corriente epistemológica en la que se basó este movimiento, constituyó una filosofía moral y política dominante en el contexto teórico estadounidense de la época, alcanzando una prominencia significativa con los escritos de Jeremy Bentham y más tarde sus seguidores, como James Mill, James Stuart y Henry Sidgwick.¹⁴⁰

Según Guido Calabresi clasifica: “*Bentham can be viewed as the paradigmatic Economic Analyst of Law, while Mill’s approach is the precursor of that*

¹³⁹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponible en: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287>. Acceso en: 23 abr. 2021.

¹⁴⁰ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009.

which characterizes Law and Economics".¹⁴¹ En otras palabras, Bentham puede ser visto como el paradigmático Analista Económico del Derecho, mientras que el enfoque de Mill es el precursor del que caracteriza las intersecciones entre el Derecho y la Economía.

La eficiencia del análisis económico del derecho, así como el utilitarismo de Bentham, son especies de teorías consecuencialistas: "en filosofía, el consecuencialismo es una visión de que las propiedades normativas de la conducta dependen fundamentalmente de sus consecuencias. Esto significa que la moralidad de un acto debe determinarse de acuerdo con sus consecuencias".¹⁴² Así, al transponer este sustrato teórico al análisis económico de la derecha, las acciones más eficientes son las que traen mayores consecuencias beneficiosas.

Durante este período, los intelectuales reflexionaron sobre un cierto consenso político que trascendió la idea de una cierta "neutralidad" doctrinal y esto ocurrió debido a la falta de ideologías partidarias en conflicto en evidencia. Posner reflexiona que "en un período como este era natural pensar en el derecho no en términos políticos, sino en términos técnicos, como una forma de 'ingeniería social'. Con el fin del 'consenso ideológico', el 'consenso político' también terminó".¹⁴³

Posteriormente, la pluralidad de opiniones políticas aumentó, influyendo en los entendimientos jurídicos, pasando por alto la ruptura del derecho como conocimiento independiente. Consonante ponderada Posner:

*[...] agora sabemos que se apresentamos um problema jurídico a dois pensadores de direito igualmente respeitáveis, escolhidos aleatoriamente, obteremos soluções completamente incompatíveis, decorrendo daí que, evidentemente, não podemos nos basear apenas no conhecimento jurídico para prover soluções definitivas a problemas legais.*¹⁴⁴

La visión equivocada del derecho como estudio dogmático y unidisciplinario llevó al área del conocimiento "a un aislamiento entre las propias disciplinas, haciendo de cada una su método y conceptos el único aspecto posible para

¹⁴¹ CALABRESI, Guido. **The future of Law and Economics**: essays in reform and recollection. [S.l.]: Yale University Press, 2016. p. 1. E-book.

¹⁴² SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. [S.l.]: SelectedWorkd, 2012. p. 10-11. E-book. Disponible en: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acceso en: 16 nov. 2020.

¹⁴³ POSNER, Richard A. La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. In: ROEMER, Andrés. **Derecho y economía**: una revisión de la literatura. México: Fondo de cultura económica, 2000. p. 106-107.

¹⁴⁴ Ibid, p. 106-107.

llegar a la verdad”¹⁴⁵, afirmo que encontró la insuficiencia del análisis compartimentado de las ciencias jurídicas.

En este camino, Pinheiro añade que en este periodo:

[...] a habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais; conseqüentemente, a noção de autonomia do direito decaiu, em especial pela necessidade de se socorrer do conhecimento de outras áreas, em particular a Economia.¹⁴⁶

Este hecho histórico influyó en un aumento de la lectura conjunta de los estudios económicos y jurídicos, con la AED como signo eminente de esta intersección.

Así, concomitantemente con la ruptura de la obsoleta concepción de distanciamiento del conocimiento en el ámbito procesal, se produjo el nacimiento del movimiento del “análisis económico del derecho”. Esta escuela doctrinal fue influenciada por la corriente político-económica liberal, la cual fue concebida principalmente a través de los postulados de Adam Smith, defensor del libre mercado, quien argumentó, en un compendio, que las relaciones económicas se autorregulan, no siendo necesaria la intervención estatal. Incluso en relación con las injusticias fiscales, el autor afirmó que el mercado, a través del voluntarismo y los intereses individuales, lograría eludir estos problemas, así como los frutos de una economía bien desarrollada y rentable, no proveniente de políticas estatales, beneficiarían al Estado. toda la sociedad.

Se considera que el hito preambular de la teoría llegó con la publicación del artículo *El Problema del Costo Social* (The Problem of Social Cost) no *Journal of LaE*, escrito por Ronald Coase, profesor de economía en la Universidad de Chicago, en 1961. En este trabajo, demostró que “las intervenciones gubernamentales instrumentalizadas en las decisiones judiciales no siempre fueron económicamente eficientes en la asignación de recursos cuando hubo una clara consecuencia económica de las decisiones de los magistrados”¹⁴⁷, señalando que podría haber serios obstáculos en

¹⁴⁵ SOUZA, Artur César. Análise Econômica das decisões judiciais: STF: ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF. **Revista de Processo**, ano 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009. p. 286.

¹⁴⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 87.

¹⁴⁷ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 3.

la aplicación de los institutos legales sin tener en cuenta los axiomas de la eficiencia económica.

Coase se manifestó de la siguiente manera, al enmarcar el mencionado punto de origen del Análisis Económico del Derecho:

[...] desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível, sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória.¹⁴⁸

La mencionada afirmación fue ampliamente reconocida como uno de los fundamentos de la inserción de la perspectiva económica en las decisiones judiciales y el artículo en mención posterior le valió al economista el Premio Nobel de Economía, así como el mérito de ser una de las obras de ciencia económica más citadas de la historia.¹⁴⁹

El profesor de economía llevó a cabo una tarea solemne, porque planteó preguntas fundamentales a los economistas ya pasadas por alto al rescatar en el sistema económico los postulados de los costos de transacción de mercado, una teoría que apoyó numerosas investigaciones jurídicas incluso en áreas en las que las aplicaciones de los principios económicos no eran tan evidentes.¹⁵⁰

La teoría de Coase sostiene como punto central la definición de ‘costos de transacción’, siendo simple escanear la idea principal de esta categoría:

[...] celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Luego tengo que negociar con el probable vendedor, quien también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta. Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos

¹⁴⁸ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-36, out. 1960. p. 15.

¹⁴⁹ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 429.

¹⁵⁰ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 81.

correspondientes para asegurar mi adquisición (sí, los abogados somos finalmente un “costo de transacción”). Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio. Estos costos son lo que Coase llamó costos de transacción.¹⁵¹

Aunque los conocimientos desarrollados por la Universidad de Chicago, en particular los emprendidos por Coase, apuntaron a una gran notoriedad, hay doctrinas que consideran un error limitar el inicio del análisis económico del derecho a los postulados de Coase. Esto se debe a que los estudios de Guido Calabresi, concebidos también obtuvieron una enorme importancia en el movimiento económico del derecho, en particular el trabajo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*¹⁵², publicada en 1961 en el *Yale Law Journal*, y más tarde el artículo *The Costs of Accidents*, publicado en 1970, que examinó cómo un sistema legal debería formular políticas que minimicen el costo necesario de los accidentes en la sociedad moderna.¹⁵³ De lo anterior, es posible concluir que tanto los estudios de Coase como los de Calabresi fueron primordiales para el inicio de la escuela en mención

Los precursores de la escuela de análisis económico del derecho fueron, por tanto, los teóricos económicos Coase, de la Universidad de Chicago, y Calabresi, de la Universidad de Yale, y el inicio de sus ideas crearon un discurso jurídico innovador a través de un pensamiento político-jurídico-económico más técnico-racional en detrimento de la práctica lógico-formal.¹⁵⁴ La principal discrepancia de ambas teorías es que Calabresi, diferente de Coase, argumenta que las reglas de responsabilidad contractual condicionan el mercado económico y por lo tanto es esencial examinar las consecuencias económicas resultantes de las regulaciones de las normas legales, siendo estas algunas de las premisas del consecuencialismo.¹⁵⁵

¹⁵¹ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 65. E-book.

¹⁵² CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

¹⁵³ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, Brasília, v. 10, p. 25-53, 2012.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, [s.l.], v. 1, n. 28, p. 77-122, nov. 2012.

¹⁵⁵ JIMÉNES, Javier W. Ibáñez. **Análisis Económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica**. Barcelona: Bosch, 2011. p. 26.

El pionero de los académicos Guido Calabresi y Ronald Coase, el nombre principal del AED contemporáneo, Richard Posner, se destacó especialmente debido a la publicación de la obra *Economic Analysis of Law* en 1973. En el clásico posneriano, hablamos de la necesidad de examinar la perspectiva económica de manera central incluso en situaciones en las que el derecho se superpone como conocimiento central, incluso avalando “la superioridad del análisis económico sobre otros métodos interpretativos del derecho”.¹⁵⁶ Esto ocurre, porque el autor considera que el derecho se sitúa en un plan precientífica, y debe ser elaborado e interpretado desde las premisas económicas¹⁵⁷, habiendo sistematizado varias áreas e institutos jurídicos desde la perspectiva.

Además, el economista aconseja que dicha teoría debe aplicarse para orientar las decisiones judiciales con el fin de instruir a los agentes del orden en relación con “la mejor manera de decidir causas cuyo resultado no está determinado directamente por los textos de la Constitución o la legislación infraconstitucional”¹⁵⁸, en otros términos, argumenta que los temas insertados en el campo disponible para el ejercicio de la discrecionalidad deben interpretarse mediante el uso de consecuencias económicas, las decisiones judiciales deben orientarse hacia el principio económico de maximizar la riqueza.

Además, el economista aconseja que dicha teoría debe aplicarse para orientar las decisiones judiciales con el fin de instruir a los agentes del orden en relación con “la mejor manera de decidir causas cuyo resultado no está determinado directamente por los textos de la Constitución o la legislación infraconstitucional”, en otros términos, argumenta que los temas insertados en el campo disponible para el ejercicio de la discrecionalidad deben interpretarse mediante el uso de consecuencias económicas, las decisiones judiciales deben orientarse hacia el principio económico de maximizar la riqueza.

Posner también fue estudiante en la Universidad de Chicago, e incluso fue estudiante de Coase, encontró en la facultad de economía un escenario perfecto para

¹⁵⁶ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica Austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 3.

¹⁵⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 83.

¹⁵⁸ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xv.

ampliar sus conocimientos del análisis económico del derecho. La unión de las eminentes enseñanzas de Coase, medio académico propicio y reconocido en los estudios de economía aplicada al derecho, junto con su prometedor talento, fueron los factores centrales que apalancaron a Posner como el intelectual más notable de la AED.

A través de su postulado clásico, *Economic Analysis of Law*, establecí la regulación científica que carecía de doctrina jurídica y representaba un verdadero cambio de paradigma en el movimiento AED. A partir de este trabajo, la teoría económica ha conquistado un área expresiva en el sistema legal, así como ha proporcionado subsidios para expandir la disciplina a nivel global.¹⁵⁹

Así, en compendio, en 1960, se publicó el primer trabajo considerado pionero de esta teoría económica, *The Problem of Social Cost*, de la autoría de Ronald Coase, publicado en el *Journal of Law and Economics*. Luego, en 1961, se publica el trabajo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido Calabresi, que trataba sobre el reparto del riesgo como requisito de imputación de responsabilidad, en el *Yale Law Journal*. Más tarde, en 1973, se creó el famoso periódico *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, que instituyó un nuevo paradigma sobre los estudios sobre derecho y economía.

Aunque Coase, Calabresi y Posner son considerados los tres principales exponentes de la escuela económica en derecho, el movimiento se construyó a través del aporte teórico de varios intelectuales que también desarrollan su trabajo en el área, siendo importante buscar sus obras brevemente.

Los pensadores que hicieron contribuciones significativas a LaE fueron Gerhard Kraft y Ronald Krenzel¹⁶⁰, desarrollando el ciclo metodológico de esta escuela político-económica, condensando la asociación entre las ciencias jurídicas y económicas. Esta metodología, según la lección de Bretas, funciona de la siguiente manera:

Uma questão com efeitos econômicos relevantes, quando levada a juízo dará fruto a uma decisão jurídica que acabará por criar novas consequências econômicas. Estas novas consequências econômicas, por sua vez, serão futuramente analisadas pela jurisprudência para

¹⁵⁹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 83.

¹⁶⁰ KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald. **Economic Analysis of Tax Law: current and past research investigated from a german tax perspective**. Alemanha: Martin-Luther-Universitat Halle-Wittenberg, 2003. p. 10.

*uma melhor tomada de decisões ou para, até mesmo, influenciar o aperfeiçoamento da legislação.*¹⁶¹

Bajo otro giro, es imperativo también indagar específicamente sobre las corrientes teóricas que se centraron en esta teoría que, de hecho, constituye “más un movimiento que una sola escuela”¹⁶², no limitada solo a una ideología doctrinal, por el contrario, hubo múltiples escuelas de pensamiento con el objetivo de determinar la realidad económica, así como presentar pasos para resolver problemas legales.¹⁶³

Entre las escuelas doctrinales que aplican la estructura económica teórica en el campo jurídico, urge mencionar la Escuela de Yale, Guido Calabresi, Virginia School (Functional School), Escuela de Nueva Economía Institucional (New Institutional Economics) y la Escuela de Elecciones Públicas (*Public Choice*). La más conocida, sin embargo, fue la Escuela de Chicago (Chicago Law and Economics), jugando un papel significativo en la construcción de este movimiento, sin minimizar el mérito e importancia de otras corrientes teóricas, teniendo como eminentes los nombres de Coase y Posner.

Al examinar todas estas escuelas teóricas, Roemer las sistematiza y condensa en cuatro prismas comunes: a) el enfoque tradicional de la Escuela de Chicago (*Law and Economics*); b) el enfoque Neoinstitucional (*Property Rights*); c) el enfoque denominado Elección Pública (*Public Choice*) y; d) Estudios de crítica jurídica.¹⁶⁴

Coexisten, por tanto, una multiplicidad doctrinal que se ocupa del Análisis Económico del Derecho, sin embargo, todas estas escuelas tienen un denominador común: la fuerte influencia de la política económica neoliberal. Este sistema político se desarrolló especialmente a partir de finales de la década de 1980, fundado en teorías formuladas, sobre todo, por Ronald Reagan y Margaret Thatcher, que predicán, al máximo o total, la intervención estatal en la economía.

El aspecto tradicional de la Escuela de Chicago estuvo marcado por la ética utilitarista, desde la cual los individuos actúan racionalmente a favor de la optimización

¹⁶¹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica Austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 3.

¹⁶² CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 187.

¹⁶³ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹⁶⁴ ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

permanente de sus intereses, teniendo como premisas el individualismo y la libre elección. Sus dos grandes hitos teóricos fueron el utilitario Jeremy Bentham y el pragmatismo americano especialmente abordado por el adocinador William James.¹⁶⁵

El utilitarismo, como no se ve, es una corriente consecuente. Las raíces de esta teoría se encuentran, según Salama:

[...] no Iluminismo italiano, particularmente na obra do seu maior expoente, Cesare Beccaria. No clássico Dos Delitos e das Penas (1764), Beccaria formula o pressuposto utilitarista que viria posteriormente a influenciar um de seus atentos leitores, Jeremy Bentham. A saber, trata-se do pressuposto de que a lei deveria ser tal que orientasse as ações da sociedade com vistas obter a máxima felicidade dividida pelo maior número.¹⁶⁶

Según las palabras de Posner:

[...] ainda que as origens do utilitarismo, assim como da economia, sejam anteriores [à obra de Adam Smith,] A Riqueza das Nações – elas podem ser encontradas nos escritos de Priestley, Beccaria, Hume e outros – o utilitarismo não atingiu um estágio de desenvolvimento comparável ao da economia até o trabalho de Bentham uma geração após Smith.¹⁶⁷

A través de la máxima de que las personas actúan “para maximizar la felicidad (placer) y evitar el dolor, lo que justificaría sus conductas”¹⁶⁸, A través de la máxima de que las personas actúan “para maximizar la felicidad (placer) y evitar el dolor, lo que justificaría sus conductas”, el utilitarismo es también una de las bases filosóficas del análisis de costos y beneficios realizado en el orden económico y, por lo tanto, también relevante para la matriz teórica del análisis económico del derecho.

Posner, por cierto, desarrolló sus postulados basados en el consecuencialismo, así como una segunda línea de estudio de Bentham: “la idea de que los individuos están maximizando su bienestar. Jeremy Bentham fue el primero en sugerir

¹⁶⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica*, [s.l.], v. 1, n. 28, p. 77-122, nov. 2012..

¹⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. [S.l.]: Selected Works, 2012. p. 11. E-book. Disponible en: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acceso en: 16 nov. 2020.

¹⁶⁷ POSNER, Richard A. *The economics of justice*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 49-50.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55.

que las personas maximizan su bienestar en todas sus actividades, desde la comisión de delitos hasta las relaciones familiares y políticas”.¹⁶⁹ La teoría se basa en la premisa de que, según las palabras de Bentham, “los hombres calculan, algunos con menos precisión, de hecho, otros con mayor: pero todos los hombres calculan. Ni siquiera diría que los locos no calculan” (nuestra traducción).¹⁷⁰

Otra escuela que también influyó estrechamente en el análisis económico del derecho, originada especialmente en las universidades de Columbia y Yale en la década de 1920, “fue el realismo jurídico estadounidense, en un espíritu muy pragmático, cuyo fundamento metodológico se basaba en la propuesta de interrelación entre el derecho y otras disciplinas científicas, como la economía, la estadística, la sociología y la psicología”.¹⁷¹

En la Universidad de Chicago, también hubo un gran acercamiento entre economistas y juristas de la ciudad con las ideas de Hayek sobre el libre mercado, que los profesores establecieron un diálogo con el intelectual y difundieron los preceptos liberales en el curso de derecho.¹⁷² Este enfoque comenzó en 1939 e influyó fuertemente en las concepciones de la actual Escuela de Chicago de LaE.

La rama neoinstitucional de AED, también llamada Escuela de *Property Rights*, de acuerdo con las enseñanzas de Gonçalves y Stelzer, emerge una perspectiva más social del derecho en relación con la propiedad. El uso de la tierra debe ser eficiente, por lo tanto, debe ser utilizado, así como este uso debe ser útil. Así, una de las características de esta escuela es “la generalización del rigorismo y el uso de técnicas analíticas buscando siempre la eficiencia”.¹⁷³ Este análisis económico-jurídico podría utilizarse, por ejemplo, en el caso de tierras improductivas durante mucho tiempo.

La perspectiva de la Escola Pública (*Public Choice*) emplea los dispositivos analíticos de la economía para situaciones tradicionalmente estudiadas por la

¹⁶⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner**. [S.l.]: Selected Works, 2012. p. 11. E-book. Disponible en: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acceso en: 16 nov. 2020.

¹⁷⁰ BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation**. Basil Blackwell: W. Harrison, 1948. p. 298.

¹⁷¹ TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional. **Revista BNDES** 42, [s.l.], p. 181-222, dez. 2014. Disponible en: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acceso en: 16 nov. 2020. p. 184

¹⁷² MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 82.

¹⁷³ GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 6-7.

ciencia política.¹⁷⁴ La teoría surgió en 1966 a través de la revista *Papers on Non-Market Decision Making* que, en 1968, cambió su nombre a *Public Choice*, y busca examinar la toma de decisiones gubernamentales para promover el bienestar social, a través de la defensa de los bienes públicos, como el medio ambiente, la defensa de los intereses del país, la salud y la educación.¹⁷⁵ Tal escuela tiene como marco teórico el trabajo *El Costo y la Elección una Búsqueda en la Teoría Económica*, de James Buchanan.¹⁷⁶

Finalmente, la escuela llamada “Estudios de Crítica Jurídica”, fundada a finales de la década de 1970, está marcada por el marxismo como un hito teórico y por la desaprobación del formalismo legal. La ley se entiende como una forma de legitimar la dominación social, cultural y política de los más poderosos bajo los más vulnerables.¹⁷⁷

Es imposible descubrir el análisis económico del derecho sin abordar también la Escuela Austriaca de Economía, debido a su papel inherente en el liberalismo económico mundial, influyendo visceralmente en la construcción de dicho análisis en el orden jurídico. La escuela aludida puede traducirse a la luz de la comprensión del “humanismo heredado de los pensamientos económicos de Santo Tomás de Aquino, David Hume y Adam Smith, lo que lleva a una relativización del concepto de *homo economics*, generalmente presentado por las escuelas de derecho y economía”.¹⁷⁸

La escuela tiene este nombre, ya que la mayoría de sus pensadores medulares son de origen austriaco, como Ludwig von Mises, Friederich Hayek y Carl Menger. Su peculiaridad relevante, en comparación con otras corrientes teóricas, es la “negación total del individualismo, la autonomía o un posible positivismo de la ciencia económica”.¹⁷⁹

Es entonces, en contraste con la matriz teórica liberal clásica, que la Escuela en la mención sella el individualismo, una premisa tan defendida por Smith. De hecho, la teoría austriaca examina las relaciones económicas de una manera amplia y

¹⁷⁴ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy.** [S.l.]: Michigan University Press, 1962.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude: uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, [s.l.], v. 1, n. 28, p. 77-122, nov. 2012.

¹⁷⁶ BUCHANAN JR, James M. **Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica.** Tradução de Luiz Antônio Pedrosa Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do Direito. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, [Califórnia], p. 1-18, 2007.

¹⁷⁸ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 6.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 17.

sistémica, desde diferentes ángulos y ramas científicas, incorporando elementos de la sociología, la filosofía, la historia y otras áreas del conocimiento.

En vista de todas estas confluencias de conocimiento, se denota que la escuela en mención se desvía un poco de la perspectiva liberal, que dice que todos los males económicos provienen del dirigismo, al criticar estas y otras visiones limitadas y dogmáticas del mercado. De hecho, la teoría señala que los problemas económicos son complejos y provienen de factores múltiples y herméticos.

Por ejemplo, surge la perspectiva objetiva y exhaustiva de Lionel Robbins, afirmando que la ciencia económica “estudia el comportamiento como una relación entre fines y medios escasos que tienen un uso alternativo”.¹⁸⁰ Esta definición condena a la escuela austriaca, según las enseñanzas de Soto: “La concepción de Robbins supone implícitamente un conocimiento dado sobre los fines y medios, con el que el problema económico se reduce a un problema técnico de mera asignación, maximización u optimización, sujeto a restricciones que se supone que también se conocen”.¹⁸¹ Por lo tanto, Robbins y sus seguidores tienen una percepción de los impasses económicos más alineados con las ciencias exactas, porque la teoría austriaca se adhirió a una visión más sistémica, abarcando, además de las ciencias exactas, otros conocimientos académicos.

En resumen, la AED pretende comprender el universo jurídico a través del uso de valores y métodos económicos, buscando la realización de una racionalidad jurídico-económica que influya en el ordenamiento positivo desde una visión a los nuevos valores del mercado, y el derecho debe adaptar y reinventar sus reglas a través de un enfoque dirigido al modelo de eficiencia.¹⁸²

Desafortunadamente, a menudo la ciencia jurídica tradicional no hace preguntas básicas sobre su sistema, y mucho menos trata de responderlas, como si las normas y sus interpretaciones están siendo suficientes para afectar los derechos y garantías fundamentales de la población, o si los impuestos se distribuyen equitativamente, o incluso si la pena de muerte aumenta o disminuye el número de delitos. Así, la derecha a menudo “*se distrae en discusiones dogmáticas sin sentido. Con ello*

¹⁸⁰ ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature & significance of economic science**. Londres: MacMillan & Co., Limited, 1932. p. 15.

¹⁸¹ SOTO, Jesus Huerta. **A Escola Austríaca**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 18.

¹⁸² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do Direito. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, [Califórnia], p. 1-18, 2007.

difícilmente podamos llamar al derecho ciencia. Y es que un sistema de regulación de conducta que no tiene una teoría de la conducta no sirve". Con este alcance, el análisis económico del derecho se evidencia que:

*Pretende precisamente ser una teoría de conducta. El análisis económico del derecho es un intento, entre muchos otros disponibles, para tratar de responder [...] preguntas relevantes. Para ello toma prestada de la economía su método y aproximación. El usar el método y aproximación de la que es quizás la reina de las ciencias sociales, permite descubrir aspectos del derecho que, paradójicamente, no pueden ser descubiertos usando solo derecho.*¹⁸³

Según la concepción de Caliendo, el movimiento del análisis económico de la ley tiene como características preliminares:

*i) a rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social.*¹⁸⁴

Por lo tanto, la contribución de la AED a la racionalidad jurídica es muy significativa, como señala Sunstein:

*[...] el análisis económico del derecho como campo de estudio ha revolucionado la reflexión jurídica. Bien podría afirmarse que es el desarrollo intelectual más influyente en el derecho en el último siglo. También ha tenido consecuencias extraordinarias en cómo los reguladores en Estados Unidos, Europa y todo el mundo se ocupan de la competencia, la protección ambiental, la seguridad en las carreteras, la atención sanitaria, la energía nuclear y los derechos de los trabajadores.*¹⁸⁵ (nuestra traducción).

¹⁸³ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 6. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

¹⁸⁴ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 187.

¹⁸⁵ "[...] the field of 'law and economics' has revolutionized legal thinking. It might well count as the most influential intellectual development in law in the last hundred years. It has also had a major impact on how regulators in the United States, Europe, and elsewhere deal with antitrust, environmental protection, highway safety, health care, nuclear power, and workers' rights". SUNSTEIN, Cass R. Listen, Economists! **The New York Review of Books**. v. 58, 10 nov. 2016.

Además de los temas ya mencionados, es fácil mencionar otras situaciones a las que se aplica la AED, ejemplos que se abordarán adecuadamente al final del capítulo tres.

En vista de todas estas explicaciones, es posible conceptualizar de manera introductoria la teoría político-económica-jurídica del análisis económico como:

*[...] a aplicação do instrumental analítico e empírico a economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.*¹⁸⁶

Esta perspectiva puede adoptarse desde el proceso prelegislativa, en el momento de la creación de la norma jurídica, hasta su verificabilidad en el caso concreto, pasando por la interpretación de esta por el poder judicial, siempre con la finalidad de mejorar la eficiencia económica de la estructura jurídica.

3.1.1. Presupuestos Teóricos

El Análisis Económico del Derecho, “antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el derecho”, es, en realidad, “una metodología para analizarlo”,¹⁸⁷ por lo que, para la correcta aplicación de dicha metodología, es imprescindible presentar el marco teórico que fundó esta escuela económico-jurídica, y la economía neoclásica se establece a través de estas bases filosóficas, y es importante revisar dichos estudios para la adecuada comprensión de cómo la AED ha alcanzado su relevancia actual en el escenario jurídico-financiero.

El liberalismo económico es una doctrina político-económica que surgió a mediados del siglo XVIII y fue pionera en el intelectual Adam Smith, quien contribuyó indirectamente al surgimiento del análisis económico del derecho debido a su comprensión de los elementos que pueden mejorar la eficiencia en el sistema de

¹⁸⁶ TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30.

¹⁸⁷ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 57. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

justicia¹⁸⁸, así como en la superación de la creación de una base epistemológica que sirvió de base para el nacimiento del neoliberalismo.

La esencia de la corriente político-económica del liberalismo es el celo por el individualismo y la ultra valorización de la esfera privada, por lo tanto, las cuestiones sociales y el interés colectivo no están a la luz de las preocupaciones de un estado liberal, un movimiento favorable a la autorregulación del mercado. Sin embargo, debido a la competencia reprimida y al surgimiento de monopolios abisales, se evidenció la imposibilidad de una competencia perfecta sin intervención estatal en los grandes mercados, hecho que rompió algunos mitos defendidos por el liberalismo. Por otro lado, la implantación de esta corriente ha proporcionado en muchos países el positivo de numerosas garantías individuales importantes con un gran avance en este ámbito, aunque el coste social de esta fue el aumento de la pobreza social aterradora con la diferencia cada vez mayor entre los más favorecidos y los económicamente marginados.¹⁸⁹

Sobre este contexto social, Bonavides explica que:

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insuflado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.¹⁹⁰

El Estado liberal, por todas estas cuestiones, convergió en crisis, cuando el Estado de bienestar social, más proteccionista y con fuerte desempeño del Estado, que con el tiempo también entró en declive.

El declive del Estado Social, junto con la globalización, supuso el debilitamiento del Estado en línea con el retorno del modelo liberal, pero como nuevos atributos, llamados neoliberalismo. El mundo globalizado se convierte en un puente fértil para la irradiación de la ideología neoliberal, especialmente en los sectores económico y

¹⁸⁸ PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The origins of Law and Economics**: essays by the Founding Fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 7.

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária**: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 65-66.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 477.

financiero, debido a la facilidad de movimiento de capitales, dificultando el control del Estado, lo que también comprometió su poder para garantizar los derechos sociales.¹⁹¹

Por lo tanto, es imposible tratar con LaE sin discutir el modelo político-económico que sustentó y estructuró un alcance propicio para la propagación de esta teoría: el neoliberalismo. La corriente teórica en mención fue creada después de la Segunda Guerra Mundial, específicamente en las sociedades capitalistas europeas y norteamericanas.¹⁹²

Las principales características de este modelo, como relata Marcelino Jr., es la lucha contra el estado de bienestar social y el keynesianismo, saliendo “como una nueva ortodoxia de carácter económico, teniendo como preceptos básicos: la libertad económica, el individualismo y la contención de la intervención estatal”.¹⁹³

La principal obra doctrinal de Hayek de este movimiento económico fue *El camino de la servidumbre*¹⁹⁴, de Hayek, publicado en 1944. El texto estaba dirigido a contrarrestar cualquier limitación estatal al mercado económico, por otro lado, Perry Anderson señala que, en realidad, la obra, estrenada en vísperas de las elecciones, tenía el objetivo de dismantelar el partido obrero inglés, representativo de los trabajadores y sus sindicatos, que tenía ideales contrarios al sistema de acumulación.¹⁹⁵

Más tarde, en 1947, se creó un frente neoliberal, muy organizado y sólido, a través de la combinación de varios teóricos que se identificaron con las ideas de Hayek, como Friedman y Lionel Robbins, llamado “Sociedade de Mont Pélerin”, en concomitancia, con los mismos objetivos, surgió la “Banca de Bretton Woods”. El propósito de este grupo era difundir las premisas del neoliberalismo, contrarrestar cualquier tipo de “colectivismo solidario” y defender un libre mercado sin regulaciones estatales.

Unos años más tarde, el macroproyecto global del neoliberalismo encontró un campo político ideal para expandirse. En 1973, debido a una crisis generalizada de bienestar social en los países capitalistas, el debilitamiento del mercado se debilitó con la recesión económica y la alta inflación. Para resolver esta depresión económica, muchos

¹⁹¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 69.

¹⁹² ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (org). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 9.

¹⁹³ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 47.

¹⁹⁴ HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

¹⁹⁵ ANDERSON, op. cit., p. 9.

países adoptaron políticas destinadas a amplificar la libertad de mercado sin garantías para el bienestar social, que una vez prevaleció como un modelo político-económico-social.

A finales de la década de 1970, se intensificó la actividad de las “Agencias de Bretton Woods” que jugaron un papel fundamental en la consolidación del modelo neoliberal, mediante la implementación de varios programas con el propósito de implementar este proyecto político-financiero.¹⁹⁶ Pero fue a través de la caída del Muro de Berlín, a partir de 1989, que un modelo tan ultraliberal creció de manera significativa e inconmensurable.

Aún en el análisis de la difusión del modelo neoliberal por parte de Occidente, este proyecto introdujo sus ideales en América Latina debido principalmente a los ajustes financieros derivados de los préstamos y financiamientos internacionales.¹⁹⁷

En las últimas décadas, los Estados, en el ámbito global, han volteado sus acciones a los intereses del mercado, es decir, el Estado está al servicio del mercado, especialmente en lo que respecta a las decisiones de los grandes conglomerados económicos, como las multinacionales, y también por el mercado especulativo, dando lugar al concepto de “Estado Corporativo”. Esto se debe al avance del reciente fenómeno del neoliberalismo globalizado.¹⁹⁸

En su versión teórica, el proyecto político-económico neoliberal tiene como marcos teóricos a los economistas austriaco y estadounidense, respectivamente, Friedrich August von Hayek de la Escuela Austriaca, y Milton Friedman de la Escuela de Chicago. Sus premisas de balizamiento son un desinterés por los preceptos éticos y la máxima de que el mercado debe funcionar espontáneamente, sin intervención estatal, para alcanzar su punto óptimo.

Naomi Klein¹⁹⁹ afirma que se ha inaugurado una nueva racionalidad política y económica en la sociedad globalizada, planteando como consecuencia el formato del mencionado Estado Corporativo, marcado por el proyecto político de la

¹⁹⁶ NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 10.

¹⁹⁷ SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. In: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e política sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 131.

¹⁹⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 40-41.

¹⁹⁹ KLEIN, Naomi. **A doutrina em choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

corriente neoliberal en el que el sector empresarial se apodera del dominio público revirtiendo el interés público en sus intereses privados de lucro, haciendo que la esfera pública sea rehén de los intereses corporativos de las grandes asociaciones económicas.

En su versión teórica, el proyecto político-económico neoliberal tiene como marcos teóricos a los economistas austriaco y estadounidense, respectivamente, Friedrich August von Hayek de la Escuela Austriaca, y Milton Friedman de la Escuela de Chicago. Sus premisas de balizamiento son un desinterés por los preceptos éticos y la máxima de que el mercado debe funcionar espontáneamente, sin intervención estatal, para alcanzar su punto óptimo.

Naomi Klein afirma que se ha inaugurado una nueva racionalidad política y económica en la sociedad globalizada, planteando como consecuencia el formato del mencionado Estado Corporativo, marcado por el proyecto político de la corriente neoliberal en el que el sector empresarial se apodera del dominio público revirtiendo el interés público en sus intereses privados de lucro, haciendo que la esfera pública sea rehén de los intereses corporativos de las grandes asociaciones económicas.

La perspectiva neoliberal se transforma en el mundo globalizado y adquiere un nuevo sesgo a través de eventos climáticos extremos, conflictos sociales colosales y una desigualdad social abisal entre la población, todo bajo el manto de la cortina llamada “transición democrática”, situación de la cual la implementación de la escuela de *Law and Economics* será mejor estudiada en el capítulo crítico.

Se infiere, entonces, que fue a través de los ideales liberales en las sociedades capitalistas que, más tarde, el neoliberalismo, una corriente doctrinal que se expandió en el mundo globalizado y subyace a la elaboración e implementación del Análisis Económico del Derecho. Cuando se discute el AED, por lo tanto, es imposible acercarse a los postulados del capitalismo, el liberalismo económico, el neoliberalismo y la globalización, porque conforman axiomas intrínsecos a este análisis.

Avanzando en los supuestos teóricos de la AED, insta a destacar que dicho análisis generalmente adopta cuatro premisas teóricas principales, tales como: (i) preferencias estables, (ii) individualismo, (iii) racionalidad individual y (iv) equilibrio de mercado.

Además, la estabilidad de las preferencias, según lo declarado por Gico Jr.:

[...] impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se

*as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada.*²⁰⁰

Por lo tanto, argumenta que las preferencias de los individuos, por regla general, no cambian y no se ven afectadas por la acción de terceros, permaneciendo estables.

Otro dogma económico es el del individualismo, también llamado por la doctrina del “interés propio” o “individualismo metodológico”, que no requiere que el ser humano tome sus decisiones, generalmente desde sus intereses o deseos individuales en busca de alcanzar sus metas personales.

El tercer axioma, muy conectado con el segundo, es el de la racionalidad individual, centrada en la lógica del mercado capitalista, según la cual el ser humano:

*[...] em um ambiente de recursos limitados, usa sua razão e busca agir de modo a aumentar seus ganhos, limitar seus custos e modificar sua situação atual por uma melhor. Dito de outro modo, sua conduta é racional maximizadora. Tal ideia é fruto do conceito clássico do homo economicus, que prevê que o indivíduo, em todas as suas ações, busca maximizar o seu lucro e minimizar suas perdas.*²⁰¹

La racionalidad, entonces, es económica y parte de la premisa de que los individuos están insatisfechos y tienden a comportarse de una manera que maximiza sus ganancias y suprime sus pérdidas y costos económicos.

Esta limitación de costes, a diferencia del sentido común, ni siquiera se aplica a los gastos monetarios:

*[...] se entiende que costo es algo que significa dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Pero generan, a su vez, beneficios que no se relacionan con dinero: estar con mi pareja es agradable, casarme es muy bueno porque tendré hijos, una nueva vida, placer emocional.*²⁰²

²⁰⁰ GICO JÚNIOR.; Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law review**, v.1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. p. 26.

²⁰¹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 5.

²⁰² BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 30. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

Por lo tanto, la AED examina los “costos” de todas las relaciones, abordando sus beneficios y externalidades, el malestar y el bienestar irradiado, no siendo el costo una categoría estrictamente monetaria, sino más bien capaz de ser valorado.

Como lo demuestra el trabajo de Gary Becker, ganador del Premio Nobel de Economía en 1992 por sus campos de análisis microeconómico del comportamiento humano, la AED se puede aplicar a cualquier conducta humana, ya sea involucrada o no con dinero:

Los trabajos de Becker explican los efectos de la prohibición de las drogas (señalando que sus consecuencias son peores que la legalización de las mismas), la pena de muerte (que según él sí desincentiva delitos), las razones por las que las personas se casan o divorcian, cómo se decide cuántos hijos alguien va a tener, por qué las personas se suicidan, por qué fumar o no hacer ejercicios son en el fondo suicidios voluntarios, etcétera.²⁰³

Volviendo al tema del tercer axioma, la abstracción de la elección racional es detallada por Cristiano Carvalho, al evaluar los estudios de Robert Cooter y Thomas Ulen, dice que:

[...] seus postulados fundamentais são: 1) os indivíduos são autointeressados, o que significa que agem no sentido de maximizar o seu bem-estar (ou utilidade, conforme o jargão empregado pela teoria), em face dos recursos limitados de que dispõem; 2) os indivíduos realizam escolhas consistentes, mediante a informação de que dispõem, em relação. As alternativas possíveis para alcançar os objetivos pretendidos; 3) os indivíduos reagem a incentivos.²⁰⁴

Por lo tanto, las personas tienen la necesidad de tomar decisiones y ordenarlas en prioridades.

Estos dos últimos postulados, el interés propio y la racionalidad individual, son, sin embargo, altamente simplistas, ya que reducen las actitudes humanas a dos propósitos universales. Obviamente, hay miles de personas que no buscan aumentar sus ganancias económicas y no piensan en sí mismas en primer lugar, pero la mayoría de las escuelas económicas entienden que es necesario generalizar el pensamiento humano en busca de crear y sistematizar teorías para ayudar a las políticas económicas.

²⁰³ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 30. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²⁰⁴ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56-57.

Esta concepción clásica de la racionalidad, por su parte, incorporó críticas realizadas durante las últimas décadas, principalmente en relación con el concepto de eficiencia y elección racional, a través de algunas aperturas para el conductismo o teoría del comportamiento, el experimentalismo y, más recientemente, el llamado *Law & Neuroeconomics*, “que estudia los mecanismos neuronales de los individuos para procesar los problemas económicos a los que se enfrentan”.²⁰⁵

A partir de las premisas declinada, con el fin de estructurar y compilar todos estos supuestos epistemológicos, es posible resolver las ideas centrales de cada postulado de la siguiente manera:

*a) o individualismo metodológico, ou seja, os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais; b) escolha racional, ou seja, as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais (benefits over costs); c) preferências estáveis, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências; d) equilíbrio, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado ao equilíbrio.*²⁰⁶

En relación con estas cuatro premisas teóricas, surgió una nueva concepción económica capaz de precipitarlas para influir en las mejores elecciones a través de una nueva rama de la teoría del comportamiento: el *nudge*. La traducción del término al portugués es compleja, pero puede definirse como un “pequeño empujón suave”, es decir, un pequeño incentivo o ventaja para que los individuos inclinen sus decisiones económicas a un cierto sentido.²⁰⁷

El eje central de este instituto es fomentar el consumo de determinados productos o servicios a través de pequeñas ventajas, sin reducir la libertad de elección de los consumidores en su toma de decisiones, con el fin de elegir mejores decisiones para ellos y para la sociedad en su conjunto. Esto se debe a que los empujones no son una obligación, sino que, como su nombre lo dice, pequeños cambios en la arquitectura de elección de la población capaces de alentarlos a tomar decisiones consideradas más beneficiosas por los gestores públicos.

²⁰⁵ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 5-6.

²⁰⁶ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 189.

²⁰⁷ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 160.

Además, se recomienda especialmente utilizar *nudges* en situaciones en las que el mercado, sin intervención estatal, es insuficiente para proporcionar las mejores opciones a la población. Ejemplos de políticas públicas que han emprendido un instituto de este tipo en medio de sus instalaciones pueden ser examinados en varios países.

En los Estados Unidos, para incentivar la compra de verduras, una verdura pegaba flechas verdes en el suelo para llevar a los clientes a la sección de frutas y verduras, el resultado fue sorprendente: nueve de cada diez compradores siguieron las flechas y las ventas de estos productos aumentaron. En cuanto a la donación de órganos, se encontró que en los países donde la donación es opcional, un máximo del 30% de la población registra su intención de donar, ya en países donde las personas se incluyen automáticamente en el registro de donaciones, solo entre el 10 y el 15% solicitan su retiro, lo que aumenta significativamente el número de donaciones. Otro experimento se llevó a cabo en las cantinas para mostrar los productos más saludables, lo que aumentó la compra de dichos alimentos en un 18%. En el ámbito fiscal, en el Reino Unido, los morosos comenzaron a recibir sus cargos con mensajes como “9 de cada 10 residentes de su barrio están al día con sus impuestos”, con tales tácticas, el pago de impuestos de estas personas subió un 15% en comparación con los que no recibieron dicho mensaje. Estos ejemplos demuestran la efectividad y utilidad de la adopción de esta teoría de la microeconomía para fomentar comportamientos considerados más eficientes.

Algunos gobiernos ya utilizan dicho sustrato teórico aplicado, a través de medidas sencillas y generalmente muy económicas, para mejorar sus políticas públicas y los ingresos del Estado. En el Reino Unido, por ejemplo, existen los *Nudge units* o *Behavioural Insights Team*, una unidad específica del gobierno con un equipo de profesionales que tienen como objetivo implementar acciones basadas en la metodología de comportamiento de *nudge*. Estas unidades de *Nudge* se están desarrollando en varios otros países, incluidos Alemania y Singapur, así como en el Banco Mundial, varios organismos de las Naciones Unidas y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.²⁰⁸ En Brasil, también hay una *unidad de nudge* en el ayuntamiento de Río de Janeiro que opera a través de la consultoría de proyectos con cinco agencias que

²⁰⁸ FRIED, Carla. A team of experts makes the financial case that governments should spend more on nudging. In: UCLA Anderson review. [S.l.], mar. 2018. Disponible en: www.anderson.ucla.edu/faculty-and-research/anderson-review/nudge-worth. Acceso en: 03 nov. 2020.

prueban la implementación de mejoras en el área de impuestos, educación, salud, seguridad, movilidad y calidad de vida.²⁰⁹

Se está infiriendo, en este sentido, que la implementación de esta metodología de la ciencia del comportamiento, aplicada en proyectos públicos, puede aumentar la eficiencia de iniciativas y políticas en beneficio de los ciudadanos mediante el uso de diferentes técnicas para llevar a las micro decisiones humanas a opciones más beneficiosas a corto, mediano y largo plazo.

La corriente austriaca, sin embargo, tiene una concepción divergente con respecto a la comprensión de la racionalidad económica individual. La comprensión de tales economistas es que la perspectiva subjetivista no puede valorar las acciones humanas, porque, hasta cierto punto, cualquier actitud puede considerarse racional o irracional, dependiendo de la perspectiva del juez individual. Lo que se puede suponer, por otro lado, es que las actitudes de las personas siempre buscan el mismo fin: la realización de un deseo individual, surgiendo bajo esta premisa la racionalidad, es decir, esta escuela argumenta que la búsqueda de la satisfacción personal en sí misma contiene elementos que constituyen la racionalidad.

Bajo esta consideración, Von Mises está de acuerdo y agrega que:

[...] as pessoas costumam dizer – algumas vezes aprovando, outras vezes desaprovando – que um homem que sacrifica a vida, saúde ou riqueza para atingir objetivos “elevados” (como a fidelidade às convicções religiosas, filosóficas ou políticas, ou a libertação e florescimento de sua nação) está movido por considerações irracionais. Não obstante, a tentativa de atingir esses objetivos elevados não é mais nem menos racional ou irracional do que aquela feita para atingir outros objetivos humanos.²¹⁰

Así, el cuarto postulado, el de la eficiencia económica, que se trata precisamente de la mencionada racionalidad individual, es decir, consumir la maximización de la riqueza económica, o, en opinión de los austriacos, maximizar la satisfacción individual, concebir un proceso de evolución de la eficiencia económica.²¹¹

²⁰⁹ RIO DE JANEIRO. Prefeitura Municipal. **NudgeRio**. Rio de Janeiro: Prefeitura Municipal, [s.d.]. Disponible en: www.rio.rj.gov.br/web/fjg/exibeconteudo?id=8060290. Acceso en: 03 nov. 2020.

²¹⁰ MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 44.

²¹¹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017.

Desde un punto de vista económico, para Posner el diseño e interpretación de las constituciones implican una tensión entre eficiencia y democracia, considerando que este autor sostiene “una concepción consecuencialista de la moral y la justicia”.²¹² La eficiencia se maximiza con una constitución que permite al gobierno prevenir las externalidades negativas y fomentar las positivas y, en la medida de lo posible, adoptar políticas que reduzcan los costos.²¹³

Específicamente sobre el concepto de eficiencia, hay una amplia discusión de los economistas sobre el significado y el alcance de esta categoría teórica, y esta definición es medular para el estudio de la AED. A modo de ejemplo:

*[...] cuando uno dice “ese trabajador es eficiente” lo que está diciendo es que con la misma dotación de recursos (la misma máquina, los mismos materiales, el mismo tiempo, los mismos colaboradores, etcétera) puede hacer más que otros. Puede sacarles mayor provecho a las cosas. Este concepto lego de eficiencia no es tan distante del concepto técnico.*²¹⁴

La categoría teórica de externalidad negativa, a su vez, puede entenderse como:

*[...] los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y se me inflama un ojo, esta inflamación es un costo, pues debo acudir a un médico y me duele. Esos costos han sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (su decisión de golpearme). Cuando las fábricas contaminan o los automóviles congestionan, generan externalidades negativas, es decir, costos externos (causados a terceros distintos a quien desarrolla la conducta).*²¹⁵

Las externalidades positivas son los beneficios externos, por ejemplo:

Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado. Si una mujer o un hombre se arreglan para verse mejor,

²¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner.** [S.l.]: Selected Works, 2012. p. 11. E-book. Disponible en: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acceso en: 16 nov. 2020.

²¹³ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho.** Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

²¹⁴ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho.** Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 18. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²¹⁵ Ibid, p. 45.

*generan un beneficio para alguien que los mira a pesar de que ese alguien no ha pagado por ese beneficio.*²¹⁶

Muchos institutos económicos se desarrollan para comprender lo que sería necesario para que las personas logren sus deseos personales de la manera más eficiente posible mediante la generación de un equilibrio de mercado, con dos modelos clásicos de eficiencia de asignación de recursos: la eficiencia de Pareto y la eficiencia de Kaldor-Hicks.

El modelo de Pareto considera que:

*A movimentação dos bens entre aqueles que os dão menos valor para aqueles que os consideram mais valiosos, sendo eficiente uma transação quando há o perfeito equilíbrio em uma situação. Ou seja, na qual não há qualquer possibilidade de melhorar a condição de um indivíduo sem prejudicar a do outro.*²¹⁷

Esta teoría estipula que, para tener plena eficiencia económica, uno debe tener un equilibrio de mercado saludable cuando se realizan solo transacciones cuando no hay ningún individuo, directa o indirectamente, perjudicado.

Pareto define algunos criterios para identificar técnicamente el diseño de la eficiencia:

*Primero, busca establecer cuándo una situación posterior es mejor que una situación anterior, reflejando que nos hemos movido a una situación más eficiente. Para ello formuló lo que hoy se conoce como el criterio de Pareto: una situación es más eficiente que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra. O, en otras palabras, el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró. Una segunda idea central es definir cuándo hemos llegado a la mejor situación posible, en términos de eficiencia, dada una dotación de recursos existentes. Ello se conoce hoy como el óptimo de Pareto. Una situación será óptima en términos de Pareto si, dados los recursos existentes, no es posible que alguien mejore sin que otro empeore. Bajo esta idea, se ha llegado a una situación tan eficiente de asignación que no es posible mejorar sin privar a otro de parte de los beneficios con los que ya cuenta.*²¹⁸

²¹⁶ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 31. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²¹⁷ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica Austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 7.

²¹⁸ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 18-19. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

La idea elemental del modelo mencionado es demasiado deslumbrante, pero también ingenua. La principal crítica proviene de la constatación de que, rara vez, o, quizás, nunca habrá un movimiento económico sin generar daños heridos, siempre producidos, en un recto o reflejo, a terceros. Perfecto sería el mundo si viviéramos transacciones económicas sin perjudicar a nadie, sin embargo, en un sistema capitalista esto es utópico e inverosímil.

De manera más realista, el segundo modelo se basa en la afirmación de que las ganancias obtenidas por una parte deben ser mayores que las pérdidas resultantes de estas ganancias de otros individuos, estableciendo una especie de equilibrio de compensación de aumentos y disminuciones económicas relacionadas con todos los involucrados y afectados.

Ambos modelos tienen los llamados “fallos de mercado”, brechas en los movimientos económicos que hacen que la eficiencia no sea plena, incluso cuando se adopta el modelo de Pareto o Kaldor-Hicks. Bretas advierte que esto “se refiere a los supuestos fracasos de la teoría liberal de la economía”.²¹⁹ Este fracaso de la política económica se verifica a través de la afirmación liberal de que el mercado se regula a sí mismo, no exigiendo a las entidades estatales intervenir en las relaciones entre particulares. Esta afirmación, sin embargo, se desmonta cuando se exponen las fallas del mercado.

En compendio, sistematizado por Porto y Grouper, dentro de la teoría económica, la definición de fallas de mercado “se refiere a circunstancias específicas que conducen a un sistema de libre mercado a la asignación ineficiente de bienes y servicios”.²²⁰ A su vez, Bretas añade que “las externalidades, la concentración económica, los bienes públicos y la asimetría de la información se consideran fallos del mercado”.²²¹

Como ya se ha resuelto, las externalidades pueden definirse como los efectos a terceros derivados de las transacciones económicas, en virtud de las cuales una o más personas, que no formaban parte de la actividad, se ven afectadas directa o

²¹⁹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 8.

²²⁰ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 67.

²²¹ BRETAS, op. cit., p. 8.

indirectamente, de forma positiva o negativa.²²² Por lo tanto, la existencia de una externalidad negativa puede causar ineficiencia:

*[...] porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen. Estas personas generan más costos de los que deberían pues no pagan por ellos, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente porque genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.*²²³

Un excelente ejemplo es el tema ambiental, cualquier tipo de actividad hoy en día genera algún impacto ambiental negativo, provocando, además de los directamente involucrados, que varias otras personas sufran la contaminación resultante de esta actividad. En general, la externalidad no abarca esta visión más sistémica de la contaminación, ya que esto implicaría considerar que todas las actividades humanas encajarían en esta falla del mercado. Bajo el sesgo de la teoría clásica, entonces, la externalidad abarca, por ejemplo, una empresa que, debido a la contaminación de su actividad económica, afectó la tierra y el aire de su vecindario con el fin de dañar a los residentes de la comunidad adyacente.

En el debate climatológico, para dilucidar de manera empírica, existen varias externalidades negativas resultantes de las acciones humanas éteres de gases de efecto invernadero. El calentamiento global antropogénico está elevando rápidamente la temperatura del planeta, causando que las áreas cercanas al nivel del mar se inunden. Las personas que viven en estas áreas no son responsables del calentamiento global, pero asumirán sus consecuencias.

De hecho, un caso de un refugiado climático que vive en la isla de Kiribati, en el Pacífico sur, y que buscó asilo en Nueva Zelanda para huir de su país antes de que se inundara recientemente. En esta situación, se pregunta: ¿es correcto que la población de esta pequeña isla se base en su reubicación cuando prácticamente no tiene nada que ver con el aumento de los niveles oceánicos?

La teoría económica dominante sobre las externalidades respondería a ese “no”. Se está imponiendo una externalidad negativa a los residentes de Kiribati, que debe corregirse haciendo que las personas que causaron la externalidad tengan que pagar, que

²²² PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 69.

²²³ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 32. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

en este caso serían las compañías globales más grandes de las naciones desarrolladas, que son las más responsables del cambio climático global.

Desde otra perspectiva, esta teoría también consideraría toda la ganancia económica -llamada externalidad positiva- que generó esta emisión de gases de efecto invernadero, como miles de empleos, alimentos y productos. Además, a menudo es bastante complejo probar un daño ambiental indirecto tan amplio, diferente del ejemplificado en el caso de una empresa que contamina las regiones adyacentes, siendo difícil probar el vínculo causal entre el daño externo sistémico y el principal responsable de generarlos.

En segundo lugar, el análisis del Informe sobre Desarrollo Humano (IDH) de las Naciones Unidas (ONU), realizado en diciembre de 2019, Brasil ocupa el segundo lugar en el ranking mundial de países con mayor concentración de ingresos. El 1% más rico concentra el 28,3% de los ingresos totales del país. Esta constatación demuestra un grave fallo de eficiencia económica en el mercado, que sería el descrito por el desequilibrio de las relaciones económicas a través de la concentración de la renta de una de las partes. Este escenario se da cuando existe monopolio, oligopolio, competencia monopólica y situaciones conexas que ofenden la libre competencia, así como la eficiencia, siendo necesaria en estas situaciones, la intervención del Estado, a través de leyes y reglamentos encaminados a prohibir estas prácticas nocivas.

Otra hipótesis de la falla del mercado es en relación con los llamados bienes públicos. Llama, en su mayor parte, a la diferencia entre el término de bien público y la ley y la economía, por eso “la propiedad pública es aquella que pertenece a una entidad pública, es decir, aquella cuya propiedad pertenece a una persona jurídica de derecho público o a una persona jurídica de derecho privado que pertenece a la administración pública y se ve afectada por la prestación de un servicio público”²²⁴, ya para eso los bienes públicos:

[...] são definidos como aqueles bens que geram benefícios para todos, mas cujos custos não podem ser distribuídos, pela simples razão de que não se pode excluir do consumo os indivíduos que se recusam a

²²⁴ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 9.

*pagar por eles. Tal costuma ser o caso de estradas, parques públicos, policiamento, defesa nacional, meio-ambiente, etc.*²²⁵

De esta forma, la irregularidad económica resultante del bien público “queda demostrada por el problema del *paseo (free rider)*, y esta situación se define por el uso de un efecto positivo (una externalidad) de la acción de terceros sin que el individuo tenga ningún coste”.²²⁶

Finalmente, la cuarta posibilidad de fracaso es la asimetría de información, que se da en episodios en los que una de las partes, por desconocimiento y/o falta de conocimiento, no tiene acceso a la integralidad de información necesaria para la realización de la transacción económica, caracterizando un abuso en la transparencia e igualdad de este movimiento que puede provocar un aumento excesivo en los costos de una de las partes.

Las fallas del mercado, como señalan Porto y Grouper, son imperfecciones del mercado que reflejan desviaciones de las condiciones ideales dentro de un sistema competitivo, es decir, sujetos y organizaciones, que tienen como objetivo optimizar sus intereses particulares y comienzan a actuar en discrepancia con el interés social. Los autores también señalan que a menudo se utilizan como base para que el Estado intervenga en un mercado determinado.²²⁷

En resumen, el modelo de Pareto predice que una transacción económica será eficiente si no hay terceros lesionados, mientras que el modelo de Kaldor-Hicks estipula que un movimiento económico es eficiente cuando las ganancias de un individuo son mayores que las pérdidas de otros. Ambas teorías, aunque muchas veces imprecisas en la práctica, no apoyan institutos como la justicia social, la igualdad, la discriminación positiva, y otros valores tan bien difundidos en el derecho, quedando por debajo de las llamadas perspectivas económicas, siendo posible, a partir de estas teorías, considerar una transacción eficiente, incluso injusta o inmoral desde el punto de vista jurídico-social.

A partir del agotado marco teórico, es posible creer que la principal característica del análisis económico del derecho, frente al método tradicional, se refiere

²²⁵ IORIO, Ubiratam. **Economia e liberdade: a Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1997. p. 93.

²²⁶ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 9.

²²⁷ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 67.

a las herramientas utilizadas: “Para el AED lo importante –más que la estructura de las normas y su lógica formal– son las consecuencias. El AED se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos, etcétera”.²²⁸

En el ámbito jurídico, esta teoría es especialmente importante, porque es un objetivo del derecho a generar el mayor bienestar posible, es decir:

*[...] al derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, contribuir con reglas que nos muevan a situaciones cada vez mejores (más eficientes) acercándonos al óptimo paretiano. Así se maximiza la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes.*²²⁹

Se concluye, entonces, que el análisis económico del derecho puede ser muy útil para analizar la eficiencia económica de una norma jurídica, sin embargo, debe emplearse junto con la lectura de las disposiciones jurídico-constitucionales, como los preceptos de igualdad, justicia, moral, derechos humanos, derechos ambientales y otras prerrogativas básicas que subyacen al contexto social en el que se aplica. Por lo tanto, no todas las normas legales económicamente eficientes son justas, por otro lado, por regla general, todas las normas legales económicamente ineficientes son injustas, como señala Ivo Gico Junior: “en un mundo donde los recursos son escasos y las necesidades humanas potencialmente ilimitadas, no hay nada más injusto que el desperdicio”.²³⁰

3.1.2. Derecho y Economía

La ley puede entenderse en diferentes perspectivas teóricas, siendo posible sistematizar tres significados principales:

[...] o semântico, em que prioriza a valorização do Direito, sobressaindo a base principiológica, moral e ética; o sintático, que se fundamenta em um plano estrutural, o que consiste no Direito como um ordenamento jurídico, em um sistema normativo positivo; e o sentido pragmático, que denota o empirismo inerente à sua

²²⁸ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 28. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²²⁹ Ibid, p. 21.

²³⁰ TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

*construção social, que concerne o Direito como resultado da vivência e experiências dos indivíduos em um meio social.*²³¹

Desde la perspectiva del pragmatismo jurídico, el derecho en este tema se dará a conocer, cuando se presenten los principales desarrollos del derecho y la economía, considerando el conocimiento jurídico y económico como inherente, porque ambos derechos interfieren en la Economía, ya que esto influye en la concepción del sistema jurídico, es decir, a veces el derecho moldeó la Economía y, en otros contextos, la economía ha sido aficionada al derecho. El derecho, así, ejerce un pragmatismo esquematizado por el sesgo económico, resultado de una formación filosófica, política e ideológica, y este estudio es el punto central del desarrollo del Análisis Económico del Derecho.

Szajn deja claro que la ciencia jurídica es un sistema abierto, que influye tanto en ellos como en los demás regímenes teóricos y sociales presentes en esa sociedad, por lo tanto, el conjunto de normas socialmente predispuestas está siempre a merced de organizaciones y reacciones intersubjetivas que, en algún momento, se coloca correctamente. Por lo tanto, los factores económicos están involucrados en el proceso de creación y modificación de la norma²³², y los desarrollos formados entre la economía y el derecho son un reflejo del hilo conductor pragmático normativo del sistema legal existente.²³³

En opinión de Hayek, “toda la concepción del positivismo jurídico, que atribuye toda ley a la voluntad de un legislador, es el resultado de la falacia intencionalista característica del constructivismo”²³⁴, es decir, esta forma de analizar la construcción de las reglas jurídicas es parte de la premisa de que las normas surgen solo de la voluntad del legislador, pero esto es erróneo. Además de la forma de pensar del legislador, las leyes surgen recubiertas de influencias económicas y sociales, considerando que el mercado crea tendencias en las relaciones sociales que se reflejan en las normas, y adaptan los deseos del mercado en sus textos.²³⁵

²³¹ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 9.

²³² SZTAJN, Rachel. Law and economics. *In*: ZYLBERSTAJN, Decio. STAJAN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

²³³ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 41.

²³⁴ HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 1. p. 84.

²³⁵ TAKADA, op. cit., p. 59.

Con igual pensamiento, Becker aclara que la función legal de la ley está formada para involucrar *el status quo* operativo:

São os sociólogos e os economistas os especializados na aceleração da História. Eles traduzem, imediatamente, o ritmo da evolução do homem. Mas esta evolução se introduz no Direito somente depois dum mise en forme subordinada à função moderadora, coordenadora e retificadora do método jurídico. Noutras palavras, aquela evolução só emerge no mundo jurídico depois de transfigurada pela atividade jurídica do homem que – moldando, retificando e coordenando os “dados” sociais e econômicos – constrói um desenvolvimento de ação social prática: a regra jurídica (o Direito Positivo).²³⁶

Las confluencias del conocimiento del orden jurídico y económico comenzaron mucho antes de los postulados del Análisis Económico del Derecho, de hecho, fue debido a esta historia de intercesiones e influencias que se basó este enfoque económico, con su consecuente ascenso. Precisamente, para el adecuado estudio de esta corriente hermenéutica, es imprescindible revisar sus incipientes premisas, a través de las primeras imbricaciones del conocimiento jurídico y económico.

Dado que fue a partir del reconocimiento de la economía como conocimiento científico que se produjeron las primeras conexiones más significativas entre el derecho y la economía²³⁷, vale la pena explicar brevemente la comprensión del término “economía”, que puede parecer demasiado oscuro, pero es complejo y constituye un instituto de precipicio para el examen en cuestión.

La concepción de la Escuela Austriaca del término “economía” se puede obtener mediante los estudios de Lionel Robbins, quien afirma que “es la ciencia la que estudia el comportamiento como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos”.²³⁸ Bullard, en este mismo sentido, en busca de definir la economía, se basa:

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo, esa definición no es aceptada pacíficamente hoy en día. En palabras de Gary Becker, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres

²³⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 8 .

²³⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2 ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 78.

²³⁸ ROBINS, Lionel. **An essay on the nature & significance of economic science**. Londres: MacMillan & Co., 1932. p. 15.

*supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables [...]. La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.*²³⁹

En contrapunto a la visión clásica, desde una perspectiva holística, la economía permea, además de los fenómenos directamente económicos –como los precios de los productos y servicios, la inflación, la cotización monetaria, la bolsa de valores, entre otros– por la racionalidad de los bienes de consumo.

Inaugurada por Jeremy Bentham en el siglo XVIII, esta corriente teórica entiende la economía como el estudio de las elecciones racionales, es decir, “de cómo los seres racionales moldean su comportamiento frente a los incentivos y restricciones que enfrentan, incentivos y restricciones que no siempre tienen una dimensión monetaria”,²⁴⁰ una concepción que, después de las contribuciones de Bentham, sólo se reutilizó en la Escuela de Chicago, principalmente a partir de las lecciones de los economistas Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons y Gary Becker, quienes también presentan las bases teóricas de primacía para el análisis económico del derecho.

También es importante destacar las distinciones entre “Derecho Económico” y AED. Como demuestra Araújo, el primero es un predecesor del análisis económico y surge en un contexto específico, teniendo el propósito de estudiar el sistema económico desde un sesgo del sistema legal y sus dispositivos. La AED, por otro lado, utiliza los elementos del orden económico para comprender el orden positivo, por lo que el derecho económico puede ser examinado a través de la AED.²⁴¹

En doctrina, durante mucho tiempo, el vínculo del conocimiento económico y jurídico se restringió al Derecho Económico, pero debido a la escasez de esta perspectiva ante un mundo impulsado por una sociedad en sucesivas y profundas transformaciones, tal sustrato teórico ya no era suficiente para dar respuestas contundentes a vicisitudes complejas. Tales transformaciones condujeron a un cambio de

²³⁹ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 39. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²⁴⁰ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xii.

²⁴¹ ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 222.

paradigma en la lectura entre el Derecho y la Economía y sus hilos, creando una visión más sistémica entre ambos subsistemas.²⁴²

Habermas deja claro que es en la crisis donde los arreglos sociales de una teoría dada comprenden sus limitaciones para realizar sus tesis sobre la sociedad, según sus palabras:

*As crises surgem quando a estrutura de um sistema social admite menos possibilidades de resolver problemas que o necessário para sua conservação. Contra a fecundidade desta concepção para as ciências sociais pode aduzir que negligencia as causas internas de um esforço sistêmico das capacidades de autogoverno.*²⁴³

Esta enseñanza explica el bloqueo teórico que ha encontrado el Derecho Económico, así como la base oportunista necesaria para la asimilación entre subsistemas económicos y jurídicos.

Los pensadores de la ley a menudo tienden a restringirse bajo la lógica jurídica de “percibir el mundo”, sin embargo, es extremadamente enriquecedor investigar conceptos a través de otro ángulo, una práctica que tiende a surgir resultados positivos para un enfoque más sistémico y eficiente de las normas jurídicas, ya que “el derecho no es una mera suma de reglas únicas”, por el contrario, es un “conjunto significativo”, es decir, un “valor incorporado como regla”.²⁴⁴ Lo que da sentido o apreciación a la ley, entonces, son las otras ciencias del valor, teniendo la apreciación de valores económicos especiales en el presente estudio. Así, la economía proporciona un marco epistemológico que es una herramienta importante para el análisis de las conductas humanas y del mercado económico, siendo una teoría esencial en la aplicación, interpretación y positivación del derecho.

Sobre este asunto, Bullard exuda sobre la importancia de la unión del conocimiento económico y jurídico:

Si un sistema de predicción de conductas (la economía) se junta con un sistema de regulación de conductas (el derecho) la ventaja es obvia. Si quiero regular la conducta, saber cómo las personas se comportarán me permite generar mejores normas, estén éstas contenidas en una ley, en un estatuto o en un contrato. Un abogado

²⁴² TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 15.

²⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Problema de legitimación en el capitalismo tardío**. Tradução de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999. p. 21

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 197.

*con capacidad de predicción será un mejor abogado. Pero los beneficios son una carretera de doble vía. Para un economista saber cómo funciona la lógica de incentivos del derecho le permite ser un mejor economista. El derecho crea incentivos mediante un conjunto de reglas que llamamos instituciones y que no necesariamente son comprendidas en toda su dimensión por los economistas.*²⁴⁵

Desde hace mucho tiempo, las aproximaciones entre derecho y economía se han realizado a través de diferentes enfoques. Se considera que estas conexiones se dan principalmente por el desarrollo simultáneo de este conocimiento como Ciencias Sociales, así como por sus similitudes compartidas y el fortalecimiento de sus propias instituciones, brindando un escenario de mayor intercambio de conocimientos y construcciones teóricas jurídicas.²⁴⁶

Además, posiblemente la mayor inspiración para el realismo legal (corriente que inspiró el AED, como ya se estudió), Oliver Wendell Holmes Jr., “profesor ‘pragmático’ de Harvard a finales del siglo XIX, entendió que era imposible concebir una separación entre el derecho y la economía”.²⁴⁷ Además, según las palabras de Wendell Holmes Jr., el estudio de la economía permitiría a los operadores del derecho “considerar y sopesar los propósitos legislativos, los medios para lograrlos y el costo involucrado”.²⁴⁸

Es necesario llevar a cabo un rescate histórico de estas conexiones intrínsecas. El origen de este movimiento se refiere al siglo XVIII a través de dos categorías teóricas medulares: (i) la primera se remonta a los postulados de Adam Smith, precursor del modelo político-económico liberal, que estudiaba las consecuencias económicas de los diplomas jurídicos mercantilistas y (ii) la segunda se basa en las enseñanzas de Jeremy Bentham, exponente de la corriente teórica utilitaria, que analizaba el enfoque económico de la legislación que establecía el mercado económico.²⁴⁹

²⁴⁵ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 11. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²⁴⁶ ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20.

²⁴⁷ HOLMES *apud* TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional. **Revista BNDES** 42, [s.l.], p. 181-222, dez. 2014. p. 185. Disponible en: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acceso en: 16 nov. 2020.

²⁴⁸ TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional. **Revista do BNDES**, n. 42, p. 181-222, dez. 2014. p. 95. Disponible en: <https://docplayer.com.br/13005691-A-analise-economica-do-direito-na-axiologia-constitucional-pedro-freitas-teixeira-rafael-sinay-rodrigo-rabelo-tavares-borba.html>. Acceso en: 16 nov. 2020.

²⁴⁹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 78.

Dicho esto, el primer alcance mencionado aborda la regulación de los monopolios económicos y cómo la legislación podría estipular estrategias para evitarlos, las enseñanzas de Smith que influyeron en la aplicación del conocimiento económico en el ordenamiento jurídico, incluso inspirando el derecho tributario.²⁵⁰ Junto con el economista, los investigadores ilustrados también estuvieron en la génesis del Movimiento del Derecho y la Economía, y cabe destacar a David Hume, al desarrollar la obra *A Treatise of Human Nature*, y Adam Ferguson, a través del clásico *An Essay on the History of Civil Society*.²⁵¹

Los estudios relacionados con el trabajo de Bentham, como ya se mencionó, se centraron en la economía de la positivación legal del mercado económico, y, como explica Andrés Roemer, sucedió a través de la premisa de que los individuos tienden a actuar a través de la racionalidad para efectuar sus deseos individuales, llegando esta afirmación a todos los campos de la vida, no solo en la cuestión del mercado. Sus estudios jugaron un papel muy importante especialmente en el campo del derecho penal.²⁵²

La aquiescencia de los institutos económicos por el orden jurídico estadounidense se produjo especialmente a través de los estudios de los autores Brandeis, Leander Hand, Holmes y Robert Hale.²⁵³ Con esta recepción, la economía también comenzó a desarrollar investigaciones sobre temas legales, como los impuestos federales, y los trabajos Aaron Director, Henry Simons²⁵⁴, Henry Manne y Donald Turner²⁵⁵.

Es importante tener una armonía entre el uso del conocimiento económico y jurídico, para que el intercambio entre subsistemas se lleve a cabo sin suceder al jefe de uno sobre el otro, hecho que Caliendo denomina “corrupción del sistema”, que significa “la imposición del código binario de un subsistema en otro subsistema”. A título de ejemplo:

²⁵⁰ ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6.

²⁵¹ PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The origins of Law and Economics: essays by the founding fathers**. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 3-5.

²⁵² ROEMER, op. cit., p. 7.

²⁵³ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 79-80.

²⁵⁴ PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The origins of Law and Economics: essays by the founding fathers**. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 12-13.

²⁵⁵ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 464.

[...] se houvesse a prevalência da Economia sobre o jurídico o sentido de tributação poderia corresponder a ditames econômicos e o próprio Direito seria incapaz de ter uma leitura própria do fenômeno e assim a necessária identidade interna construída por diferenciação seria ferida de morte. Tal leitura se torna ainda mais radical para aqueles que vêm a justiça ocupando um papel de destaque no Direito e, desse modo, poderíamos ver a justiça cedendo espaço para exigências de eficiência econômica.²⁵⁶

Una de las leyes económicas más básicas, e igualmente importante en el ámbito jurídico, es la regla de la oferta y la demanda. Para comprender mejor tal concepto, Bullard ejemplifica:

Cuando el precio de los zapatos sube, la cantidad demandada de zapatos baja. Y si el precio baja, la cantidad demandada sube. Es lógico. Si los individuos buscan sacarle a la vida el mayor provecho posible, un precio más alto hace menos probable que las personas deseen adquirirlo, porque la relación costo-beneficio cambiará. Pero si usted es el productor de un bien o servicio y sube el precio, la cantidad producida subirá porque usted querrá ganar más.²⁵⁷

Tal regla básica de la economía enseña a la ley que las personas reaccionan a los incentivos y sus decisiones cambian en consecuencia, y es esencial examinar la conducta humana al crear o editar una ley, o incluso establecer una interpretación judicial. Bullard complementa, además:

Si podemos entender esos incentivos, podemos predecir la conducta humana. En general la economía nos permite entender mejor cómo funcionan esos incentivos y cómo tomamos decisiones todo el tiempo. Con ello nos da herramientas para predecir cómo nos vamos a comportar. La respuesta es que los economistas han creado un modelo de predicción muy sofisticado, que basado en cómo las personas reaccionan a incentivos, les permite “adivinar” con sorprendente precisión cuáles serán los movimientos de precios. Y esos modelos se limitan a entender que si ciertos hechos se presentan, algunos estarán dispuestos a pagar más y otros a cobrar menos.²⁵⁸

En varios países, sin embargo, excepto en los campos del Derecho Financiero y Económico, áreas donde la intersección entre el derecho y la economía es

²⁵⁶ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 186.

²⁵⁷ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 9-10. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²⁵⁸ *Ibid*, p. 9-10.

evidente, la influencia de la ciencia económica en el nivel del derecho nacional sigue siendo muy descuidada, configurando de alguna manera lo que Caliendo advirtió, que la lectura desde una perspectiva puramente jurídica no proporciona espacio normativo e interpretativo para la realización de la eficiencia económica.

En otro giro, los sistemas positivos pueden moverse entre el positivismo jurídico restringido, que impone un rigorismo en la lectura de la legislación, y la libre interpretación constitucional del poder judicial, un enfoque más abierto que genera más autonomía e incluso discrecionalidad a los operadores jurídicos.

Richard Posner sostiene que el análisis económico del derecho se encuentra en medio de los dos extremos, representando un análisis intermedio de ambas corrientes, en la medida en que los jueces deben ejercer discreción, pero siguiendo los dictados de la teoría económica aplicada al derecho.²⁵⁹ La innovación, entonces, de la asociación entre derecho y economía no espera la premisa de que los jueces, al aplicar un diploma legal, hacen discreción para promover decisiones eficientes evitando el despilfarro social.

Por otra parte, Bullard sostiene que el AED nace uniendo la economía y el derecho: “Une la capacidad de predicción de los economistas con la capacidad de crear incentivos de conducta del derecho. Esa unión hizo nacer una herramienta muy poderosa”²⁶⁰, como el examen económico del derecho.

Para realizar el diseño equilibrado entre las áreas de conocimiento, la teoría neoclásica de la ciencia económica ofrece una importante lección sobre el significado de la tributación bajo su mirada, afirmando que el impuesto es un elemento de distorsión de precios de mercado, ya que genera un desincentivo del consumo:

*[...] os efeitos econômicos da tributação são de fácil percepção, uma vez que, ou preço de um produto ou serviço aumenta em decorrência dela, ou a renda ou patrimônio do consumidor sofre um decréscimo também devido a tributação, sendo que, normalmente, ambos ocorrem de forma concomitante.*²⁶¹

²⁵⁹ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xi-xii.

²⁶⁰ BULLARD, op. cit., p. 12.

²⁶¹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 16.

En esta perspectiva, la economía tiene mucho que ofrecer a los estudios forenses del derecho tributario, como el intrigante concepto de “peso muerto” que se ocupa de la designación de pérdidas de eficiencia en los mercados, demostrando la pérdida de movimientos económicos resultantes de los impuestos.

La economía, tal como se resuelve, tiene la capacidad de presumir la conducta humana a través de análisis y estudios estadísticos, teniendo así un papel importante que debe ser ocupado en el derecho:

Cuando uno comprende que el derecho es un sistema de regulación de conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar ‘consecuencia jurídica’, descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá a alcanzar o no los fines que nos proponemos.²⁶²

Tal metodología, por lo tanto, es la investigación económica.

Una visión integrada entre Derecho y Economía es esencial para el derecho tributario, porque “permite a ampliação do horizonte da tomada de decisão sob um paradigma consequencialista, o qual, em inúmeros casos, é salutar para a própria dogmática jurídica e os valores aos quais pretende proteger”.²⁶³

La doctrina del análisis económico del derecho tiene un carácter interdisciplinario a la hora de buscar:

[...] travar um diálogo com a Economia com o objetivo de dotar o Direito de instrumentos científicos advindos desta ciência, principalmente os relacionados ao campo da Microeconomia, a fim de possibilitar que as decisões judiciais, a elaboração das normas jurídicas e a formulação de políticas públicas sejam mais eficientes, levando em consideração os aspectos incentivacionais e consequencialistas a estes inerentes.²⁶⁴

²⁶² BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 42. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

²⁶³ GUASQUE, Bárbara. **Análise Econômica do Direito e as decisões judiciais**: o judiciário como uma variável econômica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, ago. 2018. f. 96.

²⁶⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito fundamental à vedação do confisco tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 144.

Por lo tanto, la Economía y el Derecho son un entrelazamiento sistemático, una producción social no autónoma que disciplina y modela los arreglos conductuales.

El instrumentalismo de las conexiones del derecho y la economía es necesario para demostrar la proposición de sesgo económico en el estudio del derecho, que van desde la función reguladora de las normas jurídicas en las relaciones económicas, como la influencia de la economía en el sistema positivo, desde esta perspectiva que se posibilitó el surgimiento del Análisis Económico del Derecho. Con este fin, la comprensión histórica y sistémica del camino de los estudios de derecho y economía fue saludable, ya que ambos constituyen un solo orden de valores, comportamientos, historicidad, intervención, comercio e ideologías.²⁶⁵

Así, a través del desarrollo de estudios de derecho y economía, se originó el análisis económico innovador del derecho, que estipuló una nueva guía hermenéutica jurídica, combinando los preceptos de las conexiones exordiais del orden jurídico y económico y enfoques más actuales para el uso de axiomas teóricos económicos en dispositivos y decisiones jurídicas.

3.2. El Discurso Económico del Derecho

Las cinco conferencias que el filósofo francés Michel Foucault dio en la Universidad Católica de Río de Janeiro, Brasil, en 1973, fueron editadas bajo el título *Vigilancia y castigo*, discutiendo formas jurídicas y registrando pasajes históricos. Dijo que Homero, en la obra de la *Ilíada*, describió el enfrentamiento entre Menelao y Antiloco. El juicio de la denuncia y la negación del hecho no se llevó a cabo a través de pruebas materiales, sino por el honor personal de los contendientes, a través de la impugnación expresa de Menelao, para que jurara ante Zeus que no cometió las infracciones. Poco después, Antiloco reconoce no ser inocente, asumiendo la culpa. Foucault también describió otro caso histórico, relatando que Edipo dice que Creonte criticó a su cuñado por modificar la respuesta obtenida en el Oráculo de Delfos. Lejos de cualquier evidencia, Creonte es desafiado a jurar en presencia de Jocasta su inocencia. La conclusión de Foucault es que una revolución socio-legal tuvo lugar en la antigua Grecia para determinar el descubrimiento judicial de la verdad a través de la producción de pruebas.

²⁶⁵ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 17.

Sin embargo, el primitivismo helénico se destacó en el derecho político de autoresplidos de la *pólis*, predicando la propiedad colectiva. Basta con echar una sola mirada al 4º Libro de Platón de Los Diálogos de la Madurez, bajo el título Política y Justicia y en el 4º Libro de los Diálogos de la Vejez, que trata de la República, para entender cómo se procesó la vida comunitaria helénica clásica. Lo mismo es reaper de Aristóteles, con su *Primera Física o Metafísica*, al abordar la Retórica en *El fin de la justicia* (en 3 libros) y la Constitución de Atenas.

Por otro lado, no es fácil penetrar en el espíritu romano para entender la fuente de la ley occidental. A los perdedores aplicaron un tipo de administración completamente nuevo: el suelo conquistado se consideraba propiedad del pueblo romano, que cedía su uso (posesión) a los perdedores, tras el pago del tributo exigido por el pretor, que, en la práctica, era un virrey de la Roma local. Así, surgió la idealización del dominio, o mejor dicho, de un poder subjetivo, además del material. Esta voluntad de dominio es lo que ha hecho que el derecho romano sea diferente de todos los demás sistemas legales. Jus aseguraba el egoísmo, diferente de los nomos de los griegos. No había nada sagrado. La justicia distributiva establecía las cargas que la sociedad tenía que soportar, mientras que la conmutativa regulaba las relaciones particulares entre los civiles.

Esto es seguido por la exaltación romana a los derechos clásicos de propiedad, responsabilidad civil contractual y extracontractual, obligaciones, adhesión y disfrute. En este desiderátum compiten los jurisconsultos romanos, adoctrinando el verdadero significado del orden subyacente que emerge naturalmente de los textos del derecho positivo, con el objetivo de permitir la comprensión a través de la interpretación jurídica de las disposiciones legales. Muy diferente ocurrió, más recientemente, con la adopción del análisis económico del derecho, de origen norteamericano.

A pesar de que el presente trabajo apunta al Análisis Económico del Derecho, es importante destacar que los discursos económicos no se limitan a él, en la medida en que el AED es uno de los elementos que involucran la economía y el derecho.

Como se explicó en el subcapítulo anterior, la profundización de los estudios relacionados con el derecho y la economía se produjo en el siglo XX, especialmente con el movimiento intelectual nacido en los Estados Unidos de América con Ronald Coase y Guido Calabresi, que originó el AED durante la década de 1960.

En contrapunto al anterior, Guido Alpa, jurista italiano, en su artículo *Interpretazione econômica del diritto (Economic analysis of law)*, que fue publicado en español bajo el título *La Interpretación Económica del Derecho (Economic Analysis of*

law), entiende que el análisis económico del derecho *entendido en su acepción genérica, no es ni siquiera nuevo*. Para ilustrar esto, cita a varios autores que promovieron una interpretación económica antes de Coase y Calabresi, como Cesare Vivante, quien, en 1882, que analizó la relación entre economía y mercado en el *Código de Comercio* italiano de 1882 de la siguiente manera:

*El legislador há delegado a los comerciante a uma parte de su poder normativo, escribiendo em el Código um artículo que disse: los usos comerciales valdrán como leyes para todos aquellos que contratan com los comerciantes. Y dado que, entre estos usos, existen muchos adoptados por acuerdo entre los comerciantes minoristas y mayoritaristas para burlar a los consumidores, de forma tal que éstos resultan constrenidos a dejarse engañar em virtude de la ley que consgra la costumbre.*²⁶⁶

De lo contrario, cita Brooks Adams, para quien la clase dominante “[...] plasmará el derecho em su própria ventaja y el código que mejor favorezca a los intereses de la classe dominante será aquél que más se acercará al ideal de justicia de cada época em particular, cujo período de sua manifestação era idêntico ao de Cesare Vivante”²⁶⁷.

Podemos dividir, em este trabajo, tres hipótesis de relaciones entre derecho y economía, como hizo Benoit Frydman, que es Director del Centro de Filosofía del Derecho de la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica, em su artículo *Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrententes*.

Desde o início, ele pontua que as políticas que a política tem perdido força, de qualidade eficaz e duradoura em intervenir na economia. Por isso, explica que existem movimientos que visam uma nova concepção entre as áreas da economia, a política e jurídica, especialmente com a ultrapassagem da predominância do Estado de bem-estar social, predominante no século XX. Así, el autor presenta tres enfoques teóricos que involucran el derecho y la economía: l’analyse économique du droit; la théorie des systèmes autopoïétiques de Niklas Luhmann et la philosophie du droit de Jurgen Habermas.²⁶⁸

²⁶⁶ VIVANTE *apud* ALPA, Guido. La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law), *Revista de Derecho Themis*, v. 42. p. 301-315, 2001. p. 304.

²⁶⁷ ADAMS *apud* ALPA, Guido. La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law), *Revista de Derecho Themis*, v. 42, p. 301-315, 2001. p. 304.

²⁶⁸ FRYDMAN, Benoit. *Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrententes*. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 1-2. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

Elegiremos analizar, respectivamente, la teoría de Luhman, Habermas y el AED. Es importante destacar, desde entonces, que, con relación a los dos primeros, los estudios no recaen exclusivamente en ellos, sino también en sus seguidores.

En este sentido, Luhman observa la sociedad moderna y se basa en lo que él llama diferenciación funcional en cada una de ellas. Así, en el sistema social global nacen varios sistemas, que se especializan en un determinado aspecto para lograr objetivos específicos, en los que el sistema social realiza la función de reducir la complejidad entre todos los sistemas. Así, Frydman explica que el crecimiento y desarrollo de estas sociedades influyen en el aumento de las interacciones entre estos sistemas, en los que la estructura del orden social behavioral expectativas.

Estos fundamentos son importantes en la medida en que en Luhman los estudios y análisis se basan principalmente en las relaciones de los sistemas, siendo incluidos en ellos los derechos y la economía. Por lo tanto, en una sociedad coexisten varios subsistemas, que se caracterizan por su autorreferencialidad y se identifican por la distinción de sus elementos internos y externos, es decir, entre el propio sistema y el entorno que lo rodea.²⁶⁹

En palabras de Luhman, en palabras de Frydman, en el sistema social le sous-système juridique a pour fonction spécifique de renforcer et de stabiliser le attentes normatives de comportement. Les attentes normatives se distinguent des attentes cognitives par la réaction qu'elles provoquent em cas de déception. En este sentido, es necesario conceptualizar lo que son expectativas normativas y expectativas cognitivas, permitiéndonos entender el subsistema jurídico. Usando la explicación de Frydman:

*Bref, les attentes cognitives sont révisées em cas de déception pa l'expérience. Par contre, le attentes normatives se maintiennent em cas de déception. Paradoxalement, leur violation dans les faits renforcent l'attente. Para exemple, um cocontractant lésé, qui constate une violation de la convection par as contrepartie, s'attend à ce que celle-ce corrige son comportement et, à défaut, peut tente d'obtenir as condamnation em justice.*²⁷⁰

²⁶⁹ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 7. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

²⁷⁰ Ibid, p. 6.

Por lo tanto, se observa que el elemento diferenciador entre *expectativa cognitiva* y *normativa* es que la primera hace que quien tiene la expectativa reformule la expectativa, mientras que la segunda, mantiene la expectativa.

Es importante aclarar cómo se hace la diferencia entre subsistemas. En Luhman, esto se debe a la semántica, en la medida en que “*Pour Luhman, le système social global, comme les sous-systèmes qui se forment em son sein, se compose exclusivement de communication. Chaque système met au pont um code binaire qu’empruntent nécessairement toutes les communication du système*”.²⁷¹

Este código binario, basado en la semántica, implica el binomio al que se refiere cada sistema, por ejemplo, para la economía, sus operaciones se definen por *pagado/no pagado* o *tener/no tener*, mientras que la ley utiliza la comunicación *legal/ilegal* (*recht/Unrecht*). A partir de este binomio se hará la distinción sobre los subsistemas e identificar los objetos que son diferentes a él. Aquellas comunicaciones realizadas por el sistema binario son necesariamente autorreferenciales, remitiéndose, en el caso del ordenamiento jurídico, a la legalidad. Así, lo que se refiere al binomio *legal/ilegal*, determinando lo que es lícito e ilícito, se refiere al ordenamiento jurídico, en el que los elementos externos, es decir, que se comunican eran de su binomio, no se consideran elementos jurídicos.

Los elementos internos y externos, hace que cada subsistema se mantenga a sí mismo elementos, pero se conecta en cierta medida con los subsistemas externos, como ocurre con la economía, que participa en diversos momentos del entorno legal, aunque sea externa a él. Así, el subsistema jurídico, y también el económico, no se pierde en la nada, quedando cerrado en los elementos que son propios, sino abierto en lo que conecta con los otros subsistemas.

Mencionamos los aspectos “cerrados y abiertos” debido al concepto de *autopoiesis*, creado dentro del ámbito de las ciencias biológicas, pero incorporado por Luhman en su estudio. Así, Luhman expone que el sistema jurídico contiene un *cierre normativo* y una *apertura cognitiva*. Si bien al *cierre normativo*, su definición está dada por el hecho de que el propio sistema confiere el carácter normativo a sus elementos.²⁷² Para dilucidar mejor, podemos hacer esta comparación entre el *cierre normativo* con la

²⁷¹ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 1-2. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

²⁷² Ibid, p. 8.

teoría pura del derecho de Kelsen, en la que una regla anterior necesita insertar una norma posterior en el ordenamiento, esta escalada de normas hace que solo el propio sistema pueda comprobar lo que es legal y lo que no lo es, lo que se asemeja a la proposición de Luhman. Con este procedimiento de inserción de nuevas normas, a través de un procedimiento normativo, hace que la ley sea modificada por su contenido, preservando la estructura normativa del sistema. En este sentido, el sistema jurídico se considera abierto cognitivamente, en la medida en que depende de los hechos, según Luhman *sont formulées de manière conditionnelle*, cuya condición depende del análisis fáctico. Se puede observar, por tanto, que *el* cierre normativo autoriza que existan elementos del subsistema jurídico que le sean propios, mientras que la *apertura* cognitiva permite que haya contacto con los elementos externos a la ley, a través del propio subsistema.

Para Frydman, a partir de esta comprensión es posible relacionar economía y derecho, en el que, dadas las enseñanzas de Luhman, hay predominio y mayor relevancia del subsistema económico en las sociedades contemporáneas. Frydman comenta sobre la participación de los subsistemas de la economía y la ley con los subsistemas de la política y la administración. Esto se debe a que, “*le droit n’est plus désormais perçu comme un instrument d’action du politique. Il poursuit, de manière autonome, sa fonction spécifique de stabilisation de attentes normatives*”²⁷³. La base de su declaración está en Luhman, quien desafía la acción política que utiliza la ley como una forma de legitimar algo, de una manera meramente anunciada, pero que la ley misma está ausente de toda efectividad, perturbando la estabilidad del sistema legal.

De hecho, la aproximación del derecho de la economía tiene lugar, para Guibentif, como una forma de “*stabilisation de attentes de comportement, le droit vacation à consolider le mécanismes nécessaires au fonctionnement des autres systèmes*”.²⁷⁴ En este sentido, la ley funciona como un medio de estabilización conductual y consolidación del funcionamiento del sistema económico en una organización social determinada. Esto se debe al contacto de la derecha con sus elementos externos.

Explicando Guibentif, Frydman continúa su explicación justificando que este contacto del derecho con la economía acabe imponiendo que las normas jurídicas se adapten a los nuevos elementos que emergen en la sociedad. Sin embargo, esta adaptación

²⁷³ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Université Libre de Bruxelles. Acceso en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. p. 9.

²⁷⁴ Ibid, p. 10.

debe tener lugar rápidamente, en la medida en que tal evento disminuiría la credibilidad de la derecha, perdiendo su función estabilizadora. Una forma de evitar que ocurra este fenómeno dañino *es el acoplamiento estructural*, que involucra instituciones legales específicas que actuarían como una forma de facilitar el impacto de los sistemas fuera de la ley.

Desde la perspectiva de Luhman, no solo el derecho termina siendo moldeado por la economía, sino que también ocurre lo contrario, recibiendo influencias mutuas en cada subsistema. De esta manera, se teje el siguiente comentario sobre el AED:

*A cet égard, il n'est pas absurde de ranger les travaux d'analyse économique du droit parmi ces mécanismes, puisque 'em effet de telles études contribuent à traduire dans le code économique le "bruit" des communication juridiques, notamment em calculant l'incidence économique de l'application des règles de droit.*²⁷⁵

De lo contrario, Habermas concibe su corriente de pensamiento basada en *subsistemas autónomos*, que se componen esencialmente de economía y administración, entendidas estas últimas como aquellas en las que el gobierno y la participación están presentes. Al igual que Luhman, Habermas entiende que estos subsistemas, a los que llamó "sistemas de integración", están compuestos de códigos específicos. Estos códigos se denominan *medio*, en los que la economía tiene como *medio* el dinero y la administración el poder.

Con la definición de ambos sistemas, sus actores terminan apuntando a cada uno de sus fines, sin preocuparse por cuestiones de los actores del otro subsistema. Así, los agentes económicos, que son actores de la economía, se centran únicamente en el éxito esperado por el sistema, que es la riqueza, mientras que los políticos, actores de la administración, se preocupan, en la tesis, por el bien común y el interés general. En palabras de Frydman, "*Cette formule ne fait que traduire la maxime libérale selon laquelle l'égoïsme rationnel doit finalement conduire à l'allocation optimale des ressources, par les soins de la 'main invisible'*".²⁷⁶

En tal dinámica, la ley asume una función *institucional*, basando "las reglas del juego" que involucrarán al mercado y al aparato estatal. A diferencia de

²⁷⁵ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 11. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

²⁷⁶ Ibid, p. 12.

Luhman, en el que el derecho asumía la definición de un sistema autopoiético, en Harbermas no es más que un instituto que sirve para absorber y reconciliar los conflictos generados entre los sistemas. Para entender esto, es importante entender que en Harbermas existe un llamado *mundo vivido* (*Lebenswelt*) en el que hay comunicación que escapa a la regla de cualquier sistematización, no siendo un sistema y no usando un lenguaje especial –ya sea dinero o poder– sino el lenguaje común. En este campo, no hay una racionalidad impulsada al éxito, sino una *racionalidad* de la comunicación, que apunta al acuerdo entre las partes involucradas. Esta racionalidad juega un papel importante, ya que es una fuente de *legitimidad normativa*.

La legitimidad normativa permite a los individuos que viven bajo la misma sociedad tener estándares comunes de conducta, manteniendo su estabilidad, estableciendo así algunos procedimientos que aseguran el vigor de los estándares a través de una “*discussion libre et transparente, menée selon la loi du meilleur argument, tendant idealmente à l'accord de tous les participants*”.²⁷⁷

Considerando entonces el papel del derecho en Frydman, expone su análisis en relación con el derecho y la economía:

*Le droit peut donc être une courroie de transmission entre le monde vécu, d'un côté, et le marché ou l'administration, de l'autre. Il n'y en a d'ailleurs pas d'autre. La Société civile a besoin du code juridique pour imposer efficacement ses exigences aux communications informelles du monde vécu, par exemple les appels, aussi répétés qu'inutiles, à “l'entreprise citoyenne” ou à “une administration à visage humain”. Le marché ne parle et ne comprend que le langage de l'argent; l'administration, celui du pouvoir. Le droit, parce qu'il institue les règles nécessaires au fonctionnement de ces systèmes autonomes, a la capacité de traduire de tels appels en injonctions obligatoires dont la violation peut être sanctionnée.*²⁷⁸

Anteriormente, habíamos señalado que Frydman señala 3 hipótesis contrapuestas en la relación entre derecho y economía, que ya hemos abordado dos, quedando, el Análisis Económico del Derecho, tratado a propósito en último lugar.

Como se observará en el estudio de los juristas que utilizan el AED en sus obras, y fue observado por Frydman, “*la règle de droit est ainsi observée à travers le*

²⁷⁷ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 14. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

²⁷⁸ Ibid, p. 13.

prisme de l'économie"²⁷⁹, que encuentra resultados basados en la eficiencia económica relacionada con las diversas áreas del derecho, ya sea en la esfera civil, con, por ejemplo, el análisis de los impactos del derecho en los contratos, áreas públicas, como el derecho tributario.

A partir de ahora, es posible observar una diferencia entre el AED y las filosofías de Luhmann y Harbermas, en la medida en que no busca relacionar el derecho y la economía, sino realizar un análisis económico de los fenómenos jurídicos, ya sea prescriptiva o descriptivamente. Sin embargo, precisamente porque busca términos económicos, especialmente de eficiencia, la AED termina evaluando, en muchos momentos, el impacto de las normas legales en la economía, como lo hicieron Luhmann y Harbermas con sus teorías de sistemas y subsistemas.

Para Frydman, la relación entre el derecho y la economía es un *droit naturel économique*, en el que el mercado en las sociedades que viven en la globalización es un elemento natural de ellas, representando un *um fait, une norme et une valeur*. Constituye un hecho, porque la realidad se impone inevitablemente, una norma porque el buen funcionamiento del mercado requiere la existencia de ciertas normas fundamentales que lo garanticen y un valor, porque el mercado debe llevarse a cabo en una situación equilibrada a un *pareto óptimo*.

Para Guido Alpa, la interpretación económica siempre ha estado presente en el derecho, como *categoría de interpretación*, especialmente en las decisiones judiciales, en detrimento de los análisis doctrinales. Con la apertura de los ordenamientos jurídicos, conferidos como cláusulas generales -similares al entendimiento que los principios tienen en Alexy, que confieren apertura jurídica- es posible aplicar interpretaciones económicas a los casos, basadas en reglas interpretativas "normales", siendo una *praxis en el plano fáctico*.²⁸⁰

Sin embargo, a pesar de respetar su posición, entendemos en un sentido diferente, en la medida en que si bien los comentarios y algunos trabajos relacionados con el derecho y la economía, anteriores al marco de la AED, no se han profundizado y difundido de tal manera que generen esta forma de estudio como elemento central del

²⁷⁹ FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre droit et économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. p. 2. Disponible en: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

²⁸⁰ ALPA, Guido. La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law). **Revista de Derecho Themis**, v. 42. p. 301-315, 2001.

método analítico, hasta el punto de crear un marco fundamental propio, que ha dado lugar a una corriente filosófica basada en un análisis económico.

Otros juristas convergen con nuestra posición. Podemos mencionar, por ejemplo, a Viktor Winkler, que estudió la monografía titulada *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, de Victor Mataja, escrita en 1888, que pretendía analizar el estudio de la aplicación del principio de eficiencia económica y analizar el derecho a la indemnización desde el punto de vista económico. Sin embargo, a pesar de esto, Winkler concluye que el estudio fue meramente accidental, de la siguiente manera:

*Der Vergleich zwischen Mataja und der ÖAR war nicht nur cursorisch (wenn auch nicht zufällig), er hat auch so getan als gäbe es die Ökonomische Analyse des Rechts. Es gibt sie nicht, auch nicht im Haftungsrecht. Die ÖAR, so wie sie durch die Arbeiten von Coase und Calabresi eingeläutet worden ist, war zu keiner Zeit ein monolithischer Block.*²⁸¹

Aunque Alpa se posiciona de esta manera, presta especial atención al procedimiento de interpretación utilizado por quienes se forman en el área económica, destaca que están “*acostumbradamente dedicados a estudiar los mecanismos del mercado in vitro, prefieren examinar normas para jus condendum*”.²⁸² Así, explica que el procedimiento de análisis económico permea 3 fases: (i) examen de los datos económicos, (ii) *la creación del dato normativo que traduce en precepto las sugerencias extraídas de la andadura del mercado* e (iii) controlar los efectos de los datos normativos sobre la *función de las reacciones del mercado*.

Explica, sin embargo, que este método interpretativo presenta una carencia, ya que se distancia de la realidad, pues es un modelo abstracto de interpretación, reduciendo los espacios de aplicación. En este sentido, expone un segundo método, basado en un modelo abstracto, pero confrontado con el modelo real. De esta manera, se intenta hacer una adaptación del modelo real a lo abstracto. Así, “*la letra de la norma, el sentido integral de la misma, son entendidos [...] de un modo tal que los efectos que*

²⁸¹ WINKLER, Victor. *Okonomische analyse des rechts: vor Hundert Jahren!* **German Working Papers in Law and Economics**, paper 16, p. 1-20, 2003.

²⁸² ALPA, Guido. La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law). **Revista de Derecho Themis**, v. 42. p. 301-315, 2001. p. 305.

*produzirían sean en lo más posible, aderentes al modelo abstracto assumido como critério ordenante”.*²⁸³

Por consiguiente, recomienda que estos métodos interpretativos se utilicen en los sistemas de derechos que no están codificados:

*[...] donde la estrutura elástica de los principios permite, por la via de interpretación judicial, adptar el derecho a las exigências reales”. En sentido oposto, o entendimento acerca do método interpretativo econômico nos sistemas codificados, que majoritariamente são norteados por uma estrutura jurídica positivista, se assemelha, no contexto fático, de uma função servil, pois serve para informar minuciosamente y aconsejar al legislador; sirve para forma al jurista; y a veces, sirve para tomar decisiones judiciales en lasque las argumentaciones económicas [...] son de continuo enmascaradas com argumentaciones formales.*²⁸⁴

Para una mejor comprensión del movimiento sobre el análisis económico del derecho, vale la pena transcribir el pensamiento belga de Josse Mertens de Wilmars:

*[...] bom número de instituições jurídicas clássicas como o usufruto, a acessão ou cláusula de reserva de domínio nada mais são que uma regulamentação de relações econômicas subjacentes. Contudo, como se encontram ancoradas dentro do direito positivo civil, não as percebemos senão como institutos jurídicos, sem nos darmos conta de seus significados econômicos.*²⁸⁵

Jusfilosofos Ejan Mackaay y Stéphane Rousseau aún ilustran la reflexión advirtiéndolo: “Imagínese, por ejemplo, si en una piscina, un nadador, al saltar, lastima a otro que estaba en el agua. ¿Quién debe tener prioridad y quién debe ser considerado negligente? Posner propone adivinar, en tales casos, cómo se comportarían las partes interesadas si hubieran podido contratar”.²⁸⁶ En cuanto a la eventualidad económica, todavía se registran muchas otras conductas, así como la responsabilidad libre de culpabilidad y la relación causal por daños debidos a fuerza mayor o fortuita. La posible interrupción en el suministro de electricidad urbana sin duda causa lesiones graves generalizadas. Cuanto mayor sea la paralización, mayores serán las consecuencias. Pero

²⁸³ ALPA, Guido. La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law). **Revista de Derecho Themis**, v. 42. p. 301-315, 2001. p. 305.

²⁸⁴ Ibid, p. 305.

²⁸⁵ WILMARS *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 7.

²⁸⁶ POSNER, Richard A. **A Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 18-19.

¿cómo invocar la responsabilidad por este malestar colectivo sin una prueba efectiva del daño indemnizado?

¿Cómo afrontar una sedimentación efectiva producida por las corrientes marinas, reduciendo partes de un inmueble para incrementarlo por adhesión en otra parte? Mientras que el derecho privado trata de estandarizar el instituto jurídico de adhesión, el análisis económico del derecho internaliza la externalidad, haciendo que cada uno asuma las consecuencias.

Varios juristas trataron de responder a estas y otras preguntas mediante el Análisis Económico del Derecho, que a medida que se desarrollaba, surgieron nuevas corrientes, que se distinguían por el detalle, pero que tenían la base de autores clásicos, como Calabresi y Coase. Estas cuatro corrientes se dividen de la siguiente manera: **(i)** *Law and economics ortodoxo*, **(ii)** la escuela de New Haven, **(iii)** el AED institucional y **(iv)** el AED neoinstitucional.

A partir de ahora, cabe explicar que pretendemos guiar este trabajo principalmente por el *Law and Economics* ortodoxo, representados, por ejemplo, por Posner. Por lo tanto, esa será la última cadena en la que se trabajará en este subcapítulo. Sin embargo, esto no significa que tengamos la intención de excluir las otras corrientes de este trabajo y que no las usaremos en varios momentos. Aunque nos guiamos por una cierta corriente, esta justificación sólo pretende dilucidar al lector la corriente y el método que el presente Autor buscará seguir, pero también presentar las otras corrientes filosóficas que pueden ser adoptadas en varios momentos de la obra.

Tratando con la primera corriente, la escuela de New Haven, parte del análisis económico sobre la regulación del estado moderno, centrándose en las políticas públicas y la teoría del *social choice*. Dado su objeto de estudio, existen algunos elementos fundamentales que se orientan: **(i)** la definición de justificación económica por acción pública, **(ii)** buscar en su análisis de las instituciones políticas y burocráticas el método realista, **(iii)** definir situaciones en las que el sistema jurídico es útil dentro de un sistema de políticas públicas.²⁸⁷

Para esta corriente, la búsqueda de problemas se basa en la poca regulación del Estado sobre algunos sectores de la sociedad. No significa que se opongan al sistema capitalista y de libre mercado, pero reconocen que hay resultados más ventajosos y por

²⁸⁷ PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuário Jurídico*, Colômbia, p. 117-150, 2002.

lo tanto más eficientes si hay una mayor regulación en ciertos sectores del mercado, en la medida en que entienden que el mercado puede presentar varias fallas, incluso si su sistema de asignación de recursos escasos es bueno. Es bajo estas fallas que el análisis económico busca estudiar y encontrar soluciones para mejorar la eficiencia del sistema.

Así, para esta corriente, la intervención regulatoria del Estado en el mercado solo se justifica para corregir las fallas del mercado, cuya intención correctiva debe centrarse no solo en la eficiencia, sino en la distribución de alguna noción de justicia, observando todos los costos y beneficios sociales que generarán impacto por la intervención estatal.²⁸⁸

El principal legado de sus estudios radica precisamente en la preocupación no solo por la eficiencia, sino también por la distribución y la justicia. Calabresi, que es una de las fuentes fundamentales de esta corriente, afirma que el sistema de accidentes debe tener objetivos básicos, y debe buscar reducir los costes de los accidentes. Esta comprensión no se aplica solo al llamado *derecho de accidentes*, sino también a cualquier área del derecho. El fundamento de este pensamiento en el autor italiano se basa en la comprensión de la opinión pública de que el sistema legal debe estimular una conducta buena y justa, incluso si estas normas no son tan eficientes como las normas injustas. En el posicionamiento de Calabresi, es posible identificar elemento de una filosofía utilitarista, pero no de Bentham, con cálculo utilitario extremo, sino un utilitarismo que se acerca a Mill, en la medida en que todavía lleva dentro de sí la incorporación de elementos metafísicos y morales que deben aplicarse en detrimento de maximizar un resultado, que en Calabresi es la eficiencia, mientras que en Mill y Bentham era el del binomio placer/dolor.

Aunque guiados por tales entendimientos, los adherentes de esta corriente no entienden que la norma, en su sentido abstracto, debe apuntar a la distribución de la riqueza y la propiedad.²⁸⁹

Este modelo de análisis, especialmente centrado en el análisis de las leyes y la minoría de las decisiones judiciales, hace que la Corriente del Nuevo Cielo difiera de él *Law and Economics* ortodoxo, en la medida en que esta última se dedica principalmente al análisis de las decisiones judiciales. Con esto, esta corriente busca estudiar cómo

²⁸⁸ PARDO, Mauricio Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuario Jurídico*, Colombia, p. 124, 2002.

²⁸⁹ *Ibid*, p. 125.

operan las instituciones oficiales y utilizar herramientas para evaluar las políticas públicas.

A su vez, la AED institucional se caracteriza por un intento de resaltar la relevancia que las instituciones públicas ejercen en el funcionamiento de la economía. Históricamente, los estudios que involucran la interconexión de las áreas económicas y legales que originaron el AED y, entre los estudiosos del área, se consideran *institucionalistas*. Se pueden citar Commons, para los cuales las instituciones públicas representaban la acción colectiva en control de *la acción individual, libera y expande la acción individual*, mientras que, para Veblen, retrataron *hábitos* de pensamiento y práctica aceptados que prevalecen en cualquier período. Lo que se puede observar desde esta corriente es una metodología contraria al tratamiento exacerbado y basada exclusivamente en el racionalismo de la acción individual, según cada caso, buscando explicar el comportamiento humano. En el mismo sentido, se identifica una contraposición a ideales formalistas que se aplicaron tanto al derecho como a las ciencias económicas durante el siglo XX. hasta entonces, predominaba el método de análisis abstracto e inductivo, basado en la razón, como ya hemos dicho.²⁹⁰

Thornstein Veblen es considerado uno de los más grandes autores de la AED institucional, proponiendo un análisis de la sociedad de forma evolutiva. Desde esta perspectiva, identificó que, en el desarrollo humano, como la tecnología, estimulaba el nacimiento de ciertos elementos sociales, que eran naturalmente propensos a desarrollarse, condicionando la evolución de las instituciones.

A su vez, Robert Lee Hales, que pertenece a la corriente del realismo jurídico, pero que teje enfoques en sus estudios que se vuelven rentables para la AED institucional, entendió que la economía se desarrollaba a través de las diversas interconexiones que se basaban en el poder coercitivo del propio mercado. Por lo tanto, considerar la relación de economía y estado, en la que la estructura coercitiva, acepta pasiva o activamente por el gobierno -que puede leerse como un Estado- no debe condenar los intentos de cambiar la distribución del ingreso, en la medida en que la estructura económica impone su estructura.

En John Commons la institucionalidad tenía una “vestimenta diferente”, constituyendo la economía de derechos, deberes, libertad y riesgos. Aunque divergieron

²⁹⁰ PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuário Jurídico*, Colômbia, p. 117-150, 2002. p. 126.

en algún momento de otros juristas y economistas, mantuvieron la oposición al individualismo metodológico -que es el epicentro de la teoría del *Law and Economic* ortodoxo-, así como a la comprensión de la armonía de intereses. Con ello, profundizó sus estudios en los conflictos de interés que consideraba inseparables de la economía moderna.²⁹¹

Con ello, es posible identificar, como hicieron Ana María Arjona Trujillo y Maurício Rúbio Pardo, los elementos específicos de esta corriente:

*(i) El comportamiento económico está condicionado por el entorno pero, a su vez, lo afecta; (ii) la interacción entre instituciones y el comportamiento de los individuos es un proceso evolutivo; (iii) el centro del análisis debe ser el conflicto dentro de la esfera económica u no un supuesto orden armonioso de libre interacción cooperativa, espontánea e inconsciente en los mercados; (iv) existe la necesidad de canalizar este conflicto inherente en las relaciones económicas estructurando instituciones que establezcan un sistema de control social sobre la actividad económica; (v) se requiere de un enfoque interdisciplinario, que tenga en cuenta los aportes de la psicología, la sociología, la antropología y el derecho para poder entender el comportamiento de los actores económicos.*²⁹²

Por lo tanto, brevemente, se afirma que el AED institucionalista se guía por el análisis de la relación entre el sistema legal y económico, con sus relaciones mutuas, alejándose de una aplicación de la microeconomía a cuestiones jurídicas – típicas del *Law and Economics* ortodoxos. También difiere de la Corriente de la Nueva AED

Heaven, porque no se molesta en analizar las normas o la jurisprudencia específicamente, como elemento predominante, en la medida en que consideran sólo manifestaciones particulares del Estado y la Economía, no llegando a un ámbito más amplio de aplicación de la AED a la ley.

Habiendo entendido *el modus operandi* de los juristas y economistas de la AED institucional, es posible iniciar el estudio de la AED Neoinstitucional, también llamada AED (NEI), que mantiene un elemento similar a la AED institucional. Tal similitud existe porque la AED (NEI), adopta las instituciones estatales como agentes relevantes en la estructuración económica de una sociedad.

²⁹¹ PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuário Jurídico*, Colômbia, p. 117-150, 2002. p. 126.

²⁹² *Ibid*, p. 126-127.

En el AED (NEI) es posible identificar dos áreas de análisis predominantes. El primero asume la racionalidad de los individuos en el sentido de buscar satisfacer sus intereses personales, pero que están sujetos a ciertas restricciones.²⁹³ Respecto a esta corriente, es mejor comprender las razones para estudiar previamente a Mill, Bentham y Kant, ya que los rasgos racionales de cada individuo encuentran refugio en Kant, mientras que el movimiento hacia la satisfacción de los placeres está presente en Mill y Bentham, aunque son limitado a determinadas circunstancias, involucrando todos estos movimientos filosóficos sobre la base de la teoría AED. Con este breve comentario expuesto, podemos aclarar la segunda área de análisis, que se centra en la estructura institucional de las sociedades y su relación con el desempeño económico, en la que se intenta comprender las diferencias en el desempeño del Estado a partir de la comprensión de cada área de actividad de las distintas instituciones. Por tanto, esta segunda forma de análisis de la AED (NEI) se basa en un intento de comprender cómo opera el Estado, en su conjunto, especialmente en la economía, y cómo las distintas instituciones modifican este funcionamiento.

Los partidarios de AED (NEI) no se ajustan al mantenimiento de instituciones ineficientes, en términos económicos, para cumplir con algunos propósitos estatales. Entre los que pertenecen a esta cadena se encuentra Douglas North, que diferencia entre *organizaciones* e *instituciones*. En su trabajo, las instituciones son las que establecen las reglas del juego, mientras que las organizaciones son los jugadores. Con este entendimiento de que hay un juego por jugar, la interacción entre organización e institución termina determinando el *camino institucional*, que consiste en delimitar la dirección que seguirán las instituciones de una sociedad. Para North, establecer este entendimiento es importante, porque las reglas del juego no son necesariamente las que pone un legislador, sino que se originan “desde dentro”, porque dependen del interés y el poder de los *jugadores exitosos*, sin importar, necesariamente, en un reflejo del interés público. De esta manera, se aparta de cualquier noción de que las reglas establecidas en este “juego” tienen algún propósito económico.²⁹⁴

Las reglas internas y la dependencia histórica que tienen estas normas endógenas guían las instituciones de la sociedad y repercuten de tal manera que las afectan. Por lo tanto, guiados por el entendimiento de North, las formas que buscan

²⁹³ PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuário Jurídico*, Colômbia, p. 117-150, 2002. p. 127.

²⁹⁴ NORTH *apud*. Ibid, p. 128.

modificar una cultura institucional son lentas, lo que se justifica por dos razones. La primera es la existencia, junto a las reglas formales -como las leyes- están las informales, formadas por los jugadores exitosos, que tienen raíces culturales, históricas e ideológicas, que no cambian repentinamente, sino gradualmente, especialmente porque los cambios repentinos hacen que los jugadores afectados tengan demasiada resistencia a lo nuevo, especialmente aquellos que ya se han adaptado con el *modus operandi* de la institución y los *jugadores exitosos*. Así, con el cambio gradual, movido por los elementos formales - que es fundamentalmente la ley- se genera una tensión entre lo que los adherentes de lo viejo y los que se adhieren a lo nuevo, creando un punto de equilibrio entre los extremos que mueven una nueva forma de actuar.²⁹⁵

Con la concentración de la AED (NEI) en tres aspectos principales, a saber, el derecho de propiedad, los contratos y el costo de las transacciones. Sus estudios terminan centrándose en los costos que los *agentes* terminan incurriendo para lograr el cambio y celebrar su negocio, lo que se llama “costo de transacción”. La explicación de por qué el aumento de costos en la transacción encuentra dos elementos que son suficientes para resolver este problema: la información y las reglas del juego. Información, porque los afectados quieren poder medir los atributos y características de lo que se está transmutando. A su vez, las reglas del juego aumentan los costos de las transacciones porque delimitan la forma en que se cumplen el acuerdo, los contratos y los compromisos, siempre rodeando cualquier negociación.²⁹⁶

Así, la AED (NEI) termina encontrando cuatro elementos que son decisivos para definir el costo de la transacción y que son cruciales para un enfoque acorde a la misma: **(i)** la definición del derecho a los derechos de propiedad, **(ii)** el tamaño del mercado, que determinará cuán impersonal será el entorno cambiario **(iii)** la capacidad del Estado para hacer cumplir la Ley – especialmente frente a las reglas endógenas, **(iv)** actitudes ideológicas, que se relacionan con las reglas del juego, en la medida en que son percepciones individuales sobre su legitimidad.

Basándonos en el discurso económico de la ley actual del AED del New Heaven, AED institucional e AED (NEI), podemos abordar el *Law And Economics* ortodoxo. Richard Posner divide en tres momentos históricos el AED, el primero predominante hasta los años sesenta, que se limitó bastante al análisis antimonopolio. El

²⁹⁵ PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuario Jurídico*, Colombia, p. 117-150, 2002. p. 128.

²⁹⁶ Ibid.

segundo momento involucró las obras de Guido Calabresi y Ronald Coase, como hemos explicado anteriormente. A su vez, el tercer momento histórico nace con la obra de Gary Becker, sobre la conducta delictiva.

Haciendo algunos comentarios sobre el primer marco de tiempo de Posner, los estudios antimonopolio coincidieron con los ideales libertarios estadounidenses que prevalecían en ese momento. Con la defensa del mercado, los monopolios fueron considerados malos por los partidarios actuales -lo que en su momento ni siquiera se consideraba AED, pero que impactó en su creación-, pero también un aspecto ocasional y transitorio dentro de un mercado libre, que sería corregido por el propio mercado a través del funcionamiento de la *mano invisible*. Desde este entendimiento, Posner explica que los economistas que han estudiado las leyes antimonopolio se han opuesto al rigor exacerbado de las leyes antimonopolio; algunos incluso abogaron por la inutilidad de leyes reguladoras en este sentido, en la medida en que podrían empeorar el contexto político de las creaciones monopólicas, dada la ineficiencia del gobierno.²⁹⁷

En cuanto a la segunda etapa, ya hemos comentado antes Coase y Calabresi y, concretamente sobre la primera, habrá un subcapítulo para ella después. Por tanto, no comentaremos más sobre este momento histórico.

A su vez, el tercer momento, influenciado por Gary Becker, es un hito crucial ya que los estudios ya no están envueltos exclusivamente en empresas y mercados, sino que profundizan en el área de acercamiento al individuo. Con este tipo de análisis, han surgido muchas controversias, especialmente en lo que respecta a los supuestos adoptados, hasta el punto de que sus partidarios comenzaron a tratar como maximizar la utilidad, o eficiencia, a los individuos, lo cual es difícil de cuantificar, bastante lejos de las ganancias de las empresas, que pueden cuantificarse por unidades monetarias. Otra característica que impulsó Becker se relaciona con las propuestas de políticas públicas, especialmente en lo que respecta a la minimización de los costos sociales y del sistema penal, que hasta entonces partía del análisis previo de la legislación o la jurisprudencia. Este aspecto finalmente liberó a los propios economistas de los juristas, ya que este método evaluativo ignoraba aspectos estrictamente legales y solo podía ser llevado a cabo por economistas.

²⁹⁷ POSNER *apud* PARDO, Mauricio Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. **Anuario Jurídico**, Colombia, p. 117-150, 2002.

En términos generales, el *Law and Economics* ortodoxos se distinguen del otro por varios elementos, sin embargo, es posible delimitar las principales diferencias, que consisten en: aplicación directa de métodos y fundamentos de la microeconomía, teoría de precios y análisis del sistema legal. Este enfoque incorpora básicamente tres premisas. La primera es la consideración de que los individuos son seres racionales, quienes, igualmente en el AED (NEI) – que destaca la presencia de corrientes utilitarias en el AED, maximizan la utilidad de diversas situaciones fácticas a través de la racionalidad, tanto de mercado como fuera de él. La segunda premisa considera que las acciones de los individuos reaccionan a los incentivos de precios de mercado y los incentivos legales, y pueden asimilar los precios en situaciones fuera del mercado. Así, el *Law and Economics* ortodoxo considera que el ordenamiento jurídico y todos los impactos que provoca debe pasar por el prisma de la eficiencia, como criterio necesario. Por lo tanto, como lo delimita Posner, difiere en algunos aspectos de las otras corrientes del AED, pero mantiene sus raíces, ya que mantiene la posición de que todo el sistema legal debe buscar la eficiencia.²⁹⁸

Lo que se observa sobre la racionalidad el *Law and Economics* ortodoxo es que toma la forma de una “noción consciente de comportamiento”, que consiste en un mecanismo de respuesta a los incentivos sociales y económicos, especialmente al sistema de precios. Es importante que, así, las leyes y normas, al establecer sanciones, hagan que los individuos asimilen el costo de alentar a *no hacer algo*, componiendo el objeto del análisis de AED. Así, según Posner, la economía, con su ideal de máxima eficiencia y maximización de la riqueza, tiene como incentivo la ley, que, a su vez, tiene en sí misma la función básica de modificar o mantener incentivos individuales a un determinado estándar de conducta. Con esto, es posible ajustar el nivel agregado de las actividades del mercado simplemente ajustando los valores implícitos que están presentes en una norma y una ley. De lo contrario, si se quiere reducir la conducta, deben incrementarse los precios jurídicos de la infracción de dicha conducta.

Dado lo anterior, es claro que el acercamiento entre derecho y economía es aceptado en la sociedad, la política y las academias. Mirando los discursos actuales, cada vez más en el ámbito político el debate sobre el costo que ciertas conductas gubernamentales conllevan ha cobrado relevancia, sobre todo porque la disminución o

²⁹⁸ MERCURO; MADEMA *apud* PARDO, Mauricio Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Económico del Derecho. *Anuario Jurídico*, Colombia, p. 117-150, 2002.

aumento del gasto muchas veces impacta en el presupuesto estatal y la recaudación de impuestos. A medida que se reduzcan los costos, es posible reducir el impuesto y, por otro lado, aumentar los gastos, cuanto más altos serán los impuestos. Ciertamente, no todos los ingresos estatales provienen de la recaudación de impuestos, pero, sobre todo, el Estado tiene tales ingresos como su principal fuente de ingresos.

En este sentido, las aportaciones de Harbermas y Luhman son de gran valor, porque nos permiten entender, en un sentido más amplio, la relación entre los ámbitos económico y jurídico y cómo se relacionan estos “sistemas” en el ámbito social. Su contribución es especial en el sentido de que reconoce y aproxima las áreas de las ciencias políticas -también incluidas aquí, la práctica política cotidiana-, la economía y el derecho como interdependientes, pero reconoce sus particularidades.

Sin embargo, los movimientos económicos con una mirada reflexiva a la ley no solo entienden este contexto de interconexión de las áreas, sino que también forman un método interpretativo y evaluativo de la eficiencia de la ley. Este método no solo critica los problemas, sino que permite prospectar formas de mejorar la ley y, en consecuencia, la sociedad en su conjunto, siendo un importante instrumento de análisis tanto para juristas como para políticos, lo que demuestra una vez más que las teorías de Luhman y Harbermas eran correctas al interconectar los sistemas.

A pesar de esto, no existe un solo método AED. Como hemos mostrado, las distintas corrientes que permean el AED se clasifican en 4, que son el *Law and Economics* ortodoxos, el AED de New Heaven, el AED Institucional y el AED Neoinstitucional – AED (NEI). cada corriente y cuál es su foco de análisis. Esto permitirá al lector de este trabajo comprender cuál de las corrientes se adoptará, además, en el análisis de cada tema del trabajo, aunque hay una posición principal por parte de este Autor.

Aunque hemos expuesto varios elementos de la AED, solo ahora podemos profundizar en aquellos que entienden que contribuirán en gran medida a este trabajo. El primero de estos autores será Ronald Coase en su aproximación a los problemas del *Social Cost*.

3.2.1. Análisis Económico Positivo y Normativa de Derecho

Dada la complejidad del movimiento del Análisis Económico del Derecho, existen diferentes formas de realizar el análisis, dividiéndose en dos prismas bien

delineados, denominados: Análisis Económico Positivo del Derecho y Análisis Económico Normativo del Derecho. Ambos trabajan con diferentes metodologías que proporcionan apoyo teórico a la introducción de herramientas económicas por ley.

De manera preliminar, se encuentra que el enfoque positivo, también llamado descriptivo o empírico, no iuspositivista²⁹⁹, se limita a describir, a partir de elementos económicos, los hilos resultantes de las normas actuales, es decir, se aplican componentes y técnicas no legales con el fin de ascender a una visión y comprensión más amplia del derecho, como el uso de la teoría de juegos.

El profesor Bruno Meyerhof Salama, junto con la comprensión de Cooter, denota que también hay tres metodologías de enfoque de este primer análisis: la reduccionista -según la cual es plenamente posible suprimir el Derecho a la Economía-, la explicación -que defiende la posibilidad de comprender el orden positivo como resultado de decisiones para maximizar las preferencias de las personas en un entorno de escasez- y la predictiva -que pretende anticipar las consecuencias de las normas jurídicas en relación-. conducta de los individuos.³⁰⁰

En este sentido, la insuficiencia o escasez de recursos se aborda con una premisa económica de que los seres humanos viven en un planeta de recursos finitos y, debido a este hecho, los comportamientos humanos necesitan orientarse a un mejor uso de estos recursos. Estos recursos no siempre serán escasos, ya que depende de la oferta y la demanda de un espacio y lapso de tiempo determinados, y hay, entonces, una oferta menor que la demanda, la escasez se configurará.

El fenómeno de la escasez efectiva es una coalición fatal entre las ciencias jurídicas y económicas, porque, al tratar este problema, es el papel del derecho determinar las pautas legales que disciplinarán y limitarán el disfrute de los recursos³⁰¹, es decir, las disciplinas correctas el fenómeno económico de la finitud de los recursos.

A su vez, el prisma normativo apunta no sólo a utilizar institutos y métodos económicos para retratar la ciencia jurídica, sino a reformar el derecho a través del conocimiento económico compatible con la “regla de formación”, como la llama

²⁹⁹ POSNER, Richard. **A Economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xvii.

³⁰⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-53.

³⁰¹ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Caliendo³⁰², de la epistemología jurídica. Así, los preceptos jurídicos deben ser analizados junto con los económicos, por lo que los diplomados jurídicos actuales -así como los proyectos jurídicos- deben buscar fomentar ciertas conductas humanas que se señalan, por ejemplo, como económica y legalmente más eficientes.

Por ejemplo, es posible aplicar los institutos económicos y legales para analizar la eficiencia de una norma, porque “*a veces el nivel de cumplimiento (o incumplimiento) de una norma nos dice algo sobre su eficiencia*”³⁰³. En este camino:

*[...] como los individuos buscan maximizar su utilidad, es usual que el desacato de una norma expresa se deba a la existencia de un problema en la norma misma, pero ello no siempre es así. Muchas veces la desobediencia a una norma no responde a que la norma esté mal, sino a que no existe capacidad coactiva o efectiva que la ponga en vigencia. El problema no es que la norma esté o no, sino la falta de un mecanismo que la garantice, que la institucionalice. Que muchos roben no quiere decir que la norma que prohíba el robo sea ineficiente. Pero uno sí puede encontrar situaciones donde la gente transgrede la norma precisamente porque es ineficiente.*³⁰⁴

Por lo tanto, la AED positiva es equivalente al análisis global de los efectos económicos resultantes del uso del orden positivo, a través de técnicas económicas, determinando el derecho tal como es al examinar el mundo de los hechos. La relación entre estos dos planes se explica explicando la ciencia jurídica y su eficacia, con el fin de concluir el nivel de eficiencia económica de las normas jurídicas.

En otro giro, el AED normativo es más amplio al abarcar no solo lo que es la ley, sino lo que debería ser, a través de la investigación de la realidad. Analizamos los efectos económicos de las normas actuales para determinar una estimación de cómo estas reglas tendrán un impacto futuro en la ley y el terreno de los hechos. Después de este pronóstico, es posible estipular medidas para reformar esta norma y aumentar su eficiencia económica.

Como señala Guasque, el enfoque normativo:

[...] ao prescrever como o mundo deveria ser, tem por essência que os aplicadores do Direito devem refletir, ponderar, sobre as prováveis consequências das variadas interpretações que a norma permite. É

³⁰² CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009.

³⁰³ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 47. E-book

³⁰⁴ Ibid, p. 33.

*um estudo das relações entre meios e fins. A análise normativa será efetuada a partir da fixação de um critério normativo pré-estabelecido, o qual será perseguido para constatar qual política deverá ser adotada em detrimento da outra, ou qual a maneira mais eficiente de se resolver determinado litígio, levando em conta as suas consequências diretas bem como as consequências de segunda ordem.*³⁰⁵

Por ejemplo, “si el objetivo es reducir el número de secuestros relámpago, el AED normativo puede ayudarnos a identificar la mejor política de castigo, cuál es la mejor estructura procesal para este tipo de delitos, etc”.³⁰⁶

Así, la dimensión normativa de la AED es responsable “de la propuesta de políticas públicas y del establecimiento de normas que, con un impacto central en el consecuencialismo económico, recomendarán la adopción de medidas encaminadas a obtener resultados satisfactorios en términos de eficiencia económica”.³⁰⁷ Esta dimensión configura una teoría consecuente “que pretende que se elaboren, alteren y apliquen normas, políticas públicas y decisiones judiciales”³⁰⁸, señalando, sobre todo, “las consecuencias que generará en el mundo real, en detrimento de valores infundados y carentes de prueba empírica”.³⁰⁹ No sólo son las consecuencias directas de la investigación y la consideración, sino las que repercuten en la sociedad en el segundo momento, indirectamente, como un efecto plausible de segundo orden.³¹⁰

Por lo tanto, las dos dimensiones del Análisis Económico del Derecho, tanto positivas como normativas, analizan los efectos económicos de las normas vigentes en el campo del ordenamiento positivo y el campo de los hechos, el discernimiento entre ambos aspectos se eleva en el juicio basado en un conjunto particular de valores. Esto ocurre, porque el AED Normativo también realiza el análisis de cómo debe ser la norma y cuáles podrían generar los efectos, proponiendo una modificación normativa en busca de aspirar a la máxima eficiencia. Esta propuesta de cambio de norma se lleva a cabo en

³⁰⁵ GUASQUE, Bárbara. **Análise Econômica do Direito e as decisões judiciais**: o judiciário como uma variável econômica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, ago. 2018. f. 122.

³⁰⁶ GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis os Law Review**, [s.l.], n. 1, v. 1, p. 7-33, 2020. ISSN 1022-4057. p. 20. Disponible en: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acceso en: 20 de mar. 2020.

³⁰⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito fundamental à vedação do confisco tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 169.

³⁰⁸ GUASQUE, op. cit., f. 122.

³⁰⁹ GICO JÚNIOR, op. cit., p. 20.

³¹⁰ GUASQUE, op. cit., p. 123.

base a un sistema de valores específicos e ideológicos. Un ejemplo que Coase³¹¹ proporciona sobre el uso de este método, es la hipótesis de una regla que causa una hambruna generalizada, una situación que no abre lagunas a las dudas: la regla es ineficiente.

Se infiere, desde tales perspectivas, que “el AED permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia sus consecuencias en la realidad”³¹², al proporcionar una visión sistemática y holística del derecho, el análisis económico del sistema jurídico va desde su origen hasta su despliegue en la realidad social y económica.

Vale la pena mencionar que ambos análisis son ideológicos en cierto punto, considerando que ninguna ciencia humana está libre de valores, y es imposible pronunciar una supuesta “neutralidad”, por otro lado, se percibe que una investigación puede tener más o menos juicio de valor, como sucede en el presente análisis. En este sentido, el AED Positivo también tiene juicio de valores al observar los efectos de la norma, sin embargo, el AED Positivo realizó de manera más marcada este juicio de valor analizando también, desde una determinada ideología, como debe ser la norma.

3.2.2. Análisis Económico del Derecho en la *Common Law* y en los países de la línea romano-germánica

El *Common Law*, también conocido como *derecho común*, y el *Civil Law*, son sistemas legales que predominan en todo el mundo, siendo aplicados por varias naciones. Aunque cada pueblo guarda en sí mismo sus especificidades respecto a la aplicación del derecho, es un hecho que los elementos comunes que permiten clasificar las diversidades en el *Common Law* o *Civil Law*.

Inicialmente, para entender ambos sistemas jurídicos, es necesario un análisis histórico, abofeteado por el contexto político y social que impactó en sus creaciones. Como discutimos anteriormente, después de la caída del Imperio Romano, los pueblos que fueron esclavizados o dominados por él se extendieron por toda Europa.

Con la fuerza emergente de la Iglesia Católica y la descentralización del poder, que ya no estaba en manos de un poder central que imponía órdenes, nació una

³¹¹ COASE, Ronald H. *Essays on economics and economists*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

³¹² BULLARD, Alfredo. *Análisis Económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 34. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

nueva forma de organización social. Algunos pueblos se organizaron en tribus, otros en feudos, cada uno protegiendo costumbres y creencias propias de cada localidad.

Estas costumbres guiaron la ley y causaron que las diversas capas de poderes dentro de cada sociedad chocaran, ya sea el feudo o las tribus, en las que todas contenían sus propias normas que a menudo chocaban entre sí y causaban diversa inseguridad jurídica. La ascensión social también fue bastante difícil, en la medida en que predominó el analfabetismo, con poco acceso al conocimiento, que estaba restringido a los nobles y a la iglesia, con poca comercialización entre los pueblos y dentro de ellos, hasta el punto de que la producción se realizaba entre señores y vasallos, a través del trueque, que consistía en la entrega de productos a los señores feudales a cambio de seguridad, hogar y comida, aunque a menudo esto no se implementó por completo. Durante los siglos V y X, llamada la alta Edad Media, esta fue la estructura que se encuentra en Europa.

Sin embargo, en el siglo X ya era posible identificar nuevos movimientos de mercado en el continente europeo, que diferían de la escoria porque el intercambio de bienes no se debía a una subordinación entre las partes involucradas, sino al interés individual de cada una. Con el tiempo, este grupo de personas se conoció como comerciantes, una clase emergente en la sociedad, que no tenía nada noble pero ganó fuerza. Aunque la Iglesia Católica abominaba del movimiento de comerciantes, especialmente cuando su búsqueda de ganancias se hizo más evidente, los efectos de la persecución promovida por ella se debilitaron cada vez más, porque la fuerza misma de los comerciantes era cada vez más frecuente.

Los comerciantes también exigían mayor seguridad jurídica y fue de este grupo que, por ejemplo, surgieron los valores de crédito como la letra de cambio, que permitían el intercambio de bienes con seguridad y garantizaban la recepción del precio ajustado. Esto se debe a que el intercambio entre dos individuos de feudos lejanos era peligroso, porque la distancia entre ellos -fuera del feudo- no estaba protegida por nadie, en la medida en que cada ley se aplicaba dentro de cada feudo, lo que hacía peligroso el viaje, con el riesgo de asaltos. Así, la letra de cambio permitía que, tras el intercambio de bienes en un determinado feudo, se entregara la letra de cambio, en lugar del pago en *pecunia*, un título que se cambiaría por el importe correspondiente en el banco, dentro del feudo, tras la devolución del viaje.

Así, hubo un renacimiento con los mercaderes de la vida urbana, en el que las rutas comerciales mediterráneas se convirtieron en de gran rentabilidad, pues para

ellos los productos comercializados, especialmente en otros continentes, se distribuían al interior de Europa. Los comerciantes fueron más tarde llamados burguesía, compuesta por artesanos, comerciantes, banqueros y propietarios de empresas comerciales.

Esta retrospectiva es importante porque fue durante la Baja Edad Media y el comienzo de la Edad Media que nacieron los sistemas del *common law* e del *civil law*, es decir, durante los siglos X e XIII.

Guillermo I, también conocido como Guillermo el Conquistador, fue rey de Inglaterra durante el siglo 11, gobernando durante los años 1.066 a 1.087, cuando murió. Su trono se originó a partir de la invasión normanda de Inglaterra dirigida por él contra el rey Harald III de Noruega, que había invadido Inglaterra en 1066, después de la muerte del rey Eduardo el confesor, que no dejó herederos. Harald III murió en batalla contra Guillermo I, que se convirtió en rey.

La importancia de Guillermo I fue saludable para el *common law*. Durante su reinado se enfrentó a varios conflictos internos y revueltas, sin embargo, promovió cambios significativos en la organización social, como la abolición de la esclavitud y la adopción de la lengua normanda, así como la proclamación de la ley anglosajona. Fue con la proclamación de estos derechos que Guillermo I impactó a los jueces ingleses, centralizando el poder.

Sin embargo, las innovaciones de Guillermo I no fueron recibidas con buenos ojos por todos los ingleses. Verdaderamente, contribuyó a la centralización del poder, moviendo la estructura tribal que prevalecía en Inglaterra hacia lo feudal, pero no lo suficiente como para poner fin a los conflictos existentes. Fueron los conflictos los que hicieron que se rodeara de partidarios a su alrededor, así como de ejércitos, centralizando el poder.

En este contexto, como un intento de apaciguar situaciones conflictivas, Guilherme I implementó el *common law*, que se originó en una codificación amplia, en la que las sentencias se basaban en el análisis de otras sentencias, basadas en las similitudes técnicas y jurídicas de un caso y otro. Estas similitudes formaron lo que se llamó el *precedente*, en el que los juicios futuros, en casos idénticos, deberían recibir la misma decisión. Por lo tanto, los precedentes terminaron creando una especie de “ley”, que no solo debía vincular a las partes, sino a los juicios posteriores que contenían los mismos aspectos técnicos.

Los juicios fueron realizados por jueces pertenecientes al Real Tribunal de Justicia, que en el siglo XIII se llamaría *Westminster*. Convivió con él, el Tribunal

Eclesiástico, que competían en el juicio de las normas eclesiásticas, por lo tanto, ya había una delimitación en cuanto a la jurisdicción de cada tribunal para el juicio de cada caso. Esta delimitación se produjo sólo con la incorporación de las normas promovidas por Guillermo I, con la conquista normanda. El juicio del rey solo se celebró en casos excepcionales, en los que se exigía la llamada *alta justicia*. Estos juicios se calificaban así cuando había peligro para la paz del reino, hasta el punto de hacer imposible aplicar la justicia por métodos normales. Existían las *curia regis*, tribunales exclusivos para porciones estrictas de la sociedad.

Así, con la vinculación de estos precedentes, se pretendía establecer un *derecho común*, que, si bien existen leyes insertas en el ordenamiento jurídico, vinculaba los precedentes con la fuerza legislativa, y debían ser analizados, también en un caso de juicio. Este es el elemento característicamente predominante en el *derecho consuetudinario*, que en palabras de Teresa Arruda Alvim Wambier³¹³ el *common law* no siempre fue como es hoy, pero su característica principal siempre ha estado presente: los casos concretos se consideran la fuente del derecho.

De hecho, el *common law* se ha arraigado en la tradición del pueblo inglés, que actualmente se aplica en Inglaterra, cambiando a un sistema centrado aún más en la jurisprudencia, esencialmente sin dejar atrás lo positivo.

El *common law* comenzó a extenderse con el tiempo por los diversos países, inicialmente los más cercanos a Inglaterra, como Gales, Irlanda del Norte e Irlanda.

Sin embargo, con el descubrimiento del *nuevo continente* a través de navegantes, las expediciones inglesas partieron en busca de nuevos territorios a través de barcos, cuando encontraron lo que hoy se conoce como América del Norte en el siglo XVI, especialmente para difundir la religión puritana. En ese momento la región se llamaba *Nueva Inglaterra* y estaba compuesta por colonias como Massachusetts, Connecticut, Rhode Island, New Hampshire, Nueva York, Delaware, Pensilvania, Nueva Jersey, Carolina del Norte y del Sur, Georgia, Maryland y Virginia, lo que provocó que países de América del Norte, como los Estados Unidos de América terminaran adoptándolo como el sistema legal actual y Canadá.

³¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de Direito. *Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, Porto Alegre, v. 57. n. 384, p. 53–62, out. 2009.

Desde el siglo XIX hasta principios del siglo XX, el Imperio Británico fue el más grande en extensión no continua en el mundo, llegando a colonias en todo el continente global, haciéndolo emerger como la mayor potencia. A través de esta influencia, del *common law* se extendió a otros países. Australia adopta este sistema en su totalidad, mientras que otros, como India, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Brunei, Pakistán, Singapur y Hong Kong adoptan un sistema que se adapta a este sistema legal, pero que identifican la orientación del *common law* como predominante, entre otros países que también adoptan este sistema.

Actualmente, lo que se observa en el *common law*, especialmente en comparación con el *civil law*, es que predominan las normas en sí mismas inculpidas por el poder judicial. Esto no importa en ausencia de leyes escritas, sino el predominio de precedentes judiciales, que forman jurisprudencia, especialmente cuando un caso no tiene un precedente aplicable, en el que la Corte debe crear una regla de aplicación para el caso específico, es decir, legiferar, en lugar de un órgano legislativo o ejecutivo. Por supuesto, hay particularidades para la comprensión plena del *common law*, pero aquí solo uno pretende dar el contexto general de su aplicación.

El *civil law*, a su vez, tiene sus raíces en la cultura románico-germánica y su difusión ganó fuerza en un momento cercano al derecho consuetudinario durante los siglos XII y XIII, en el contexto político narrado anteriormente. Lo que sí se puede destacar, únicamente, es que en cierta medida la cultura romana y germánica se acercó con la invasión de los bárbaros al Imperio Romano, provocando que hubiera influencia de estas dos corrientes en la creación *civil law*.

Durante los siglos XII y XIII la creencia en la ley como un epíteto de justicia y moral nos llevó a creer que sólo el progreso sería posible para ellos, especialmente con la influencia de los ideales de la Ilustración, el *orden* y el *progreso*. El orden era lo correcto, y hacía posible el progreso. No sabemos que el movimiento de la Ilustración ocurrió solo en el siglo XVIII, pero para que este tipo de pensamiento ocurriera durante el siglo XVIII, nació tímidamente a principios de los siglos XII y XIII, aunque no se puede clasificar como iluminación.

Por lo tanto, el movimiento que surge en los siglos XII y XIII es una demanda de justicia y eliminación de gres de conceptos sobrenaturales, especialmente aquellos envueltos en juicios eclesiásticos, que requieren juicios basados en una sociedad civil basada en la ley. Por lo tanto, es a partir de este movimiento que comienza la separación de la ley y la religión. Tal disociación también fue impulsada por el

movimiento antropocéntrico, que colocó al hombre como el centro de las cosas, en lugar de Dios, aislando los dogmas religiosos de los legales.

De hecho, las normas comenzaron a regularse por escrito, pero el sistema imperante hasta entonces dificultaba que la igualdad fuera amplia y estuviera presente en la sociedad, ya que se les permitían muchas facilidades y esa modificación legal era a menudo arbitraria. Sin embargo, el colapso del sistema monárquico permitió que se produjeran nuevos cambios, ganando fuerza un sistema parlamentario, que se sostiene por la fuerza de la burguesía.

Por supuesto, los magistrados no estaban de acuerdo con este sistema, en la medida en que sus poderes fueron prohibidos por las reglas muy estrictas, pero fueron ellos quienes, en la concepción de la época, especialmente por los ideales de la Revolución Francesa, que a las personas se les permitió ser iguales, a pesar de que esta igualdad estaba bastante tergiversada en muchos lugares, manteniendo prejuicios de raza y género, así como libre, lo que permitiría una sociedad fraterna.

Especialmente cuando se trataba de la sociedad francesa en el momento de su revolución, esta consternación aumentó la persecución de los magistrados, hasta el punto de que la mayoría de ellos eran cercanos o nombrados por el propio rey caído. Por lo tanto, la retirada del poder de los magistrados en Francia también tenía una segunda razón: asegurar que las reformas de la revolución se implementaran sin que el poder judicial las obstaculizara.

La revolución, promovida por el pueblo, dividida entre girondinos, pertenecientes a la burguesía, y jacobinos, pertenecientes a la baja burguesía, culminó con los girondinos en el poder. Sin embargo, más tarde fue tomada por los jacobinos. En el período jacobino el gobierno siempre estuvo en alerta constante, temeroso de golpes internos, llegando al punto en que el Gobierno pagó para denostar a los enemigos del gobierno, causando una grave inestabilidad. Por lo tanto, como los Magistrados eran antiguos aliados de los Reyes, sus poderes decrecientes tuvieron lugar de tal manera, concentrándolo en el parlamento que ni siquiera podía transferirlo al poder judicial.

La gran relevancia de la cultura francesa para el *civil law* fue la codificación napoleónica, que organizó las normas sistemáticamente, reuniendo cada tema en un solo libro, lo que facilitó la comprensión del derecho. Así, se promulgaron el Código Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio. Esta innovación fue seguida por varios

otros pueblos, que tomaron la base de los códigos franceses para producir los suyos propios.

Así, con la estabilización del *civil law* especialmente en los países de origen romano-germánico, la caracterización de este ordenamiento jurídico se debió al predominio de la legislación positiva, es decir, inserta por normas previas en el ordenamiento jurídico, y legislada, que consiste en un órgano específico para la promoción de leyes, en el que estaría vigente esta norma, puesta en el orden por este método, en detrimento de otras fuentes del Derecho, ya sea la costumbre o la propia jurisprudencia, aunque a veces sea posible aplicar las decisiones sobre la base de la jurisprudencia.

Insta a aclarar que entre el *Civil Law* e *Common Law* existen puntos de encuentro, pero la relevancia que se produce es el predominio en su ordenamiento jurídico de algunos elementos que guiarán el juicio. Así, predomina el derecho en *Civil Law*, mientras que la jurisprudencia es la que es matriz en *Common Law*, que no importa en ausencia de Derecho en el segundo y la ausencia de sentencias basadas en jurisprudencia en el primero.

Para ejemplificar, podemos usar un ejemplo del procesalista brasileño Pontes de Miranda, explicando sobre los tipos de acción. Aclara que en una acción desconstitutiva siempre habrá elementos de declaración, pero esto no anula el carácter disconstitutivo de la acción, en el mismo sentido, en una acción mandamental habrá rastros de una acción declarativa y ejecutiva *latu sensu*. En esta situación, explican que, si bien hay elementos de otras acciones, lo que definirá lo que es una acción es aquella que predomina.

Para los amantes del vino, podemos usar un segundo ejemplo. Muchos vinos tipo *blend* reciben el nombre de su uva predominante, como *Cabernet Sauvignon*, que tienen en su composición una cierta cantidad de uva *Merlot*, aunque su volumen es menor que el de la uva que le da nombre, pero no tanto por qué ya no llamamos al vino *Cabernet Sauvignon*. Asimismo, los vinos *Merlot* tienen uvas *Malbec* en su composición, aunque en menor cantidad. Esto es fundamental para entender las dinámicas que involucran el *Common Law* y el *Civil Law*, lo que los define es su composición predominante.

En este sentido, con las diferencias establecidas entre *Common Law* y *Civil Law*, es posible iniciar el estudio del Análisis Económico del Derecho en países de origen inglés y romano-alemán.

Para enfatizar nuestros estudios utilizaremos inicialmente una entrevista otorgada por Guido Calabresi realizada en el *Seminario de análisis económico del Derecho: Solución al problema*, publicada pela *Revista de Derecho Themis 60*, bajo el título de *El Análisis Económico del Derecho y El Derecho y Economía en El Sistema de Common Law y derecho Civil*, publicado en 2011, así como el artículo de Richard Posner, con el título de *El Análisis Económico del Derecho en Common Law*, en *El Sistema Romano-Germánico*, y *En las Naciones en Desarrollo*.

Guido Calabresi comienza su entrevista comentando los beneficios conferidos especialmente por el teorema de Coase, y explica que su contribución fue de suma importancia para el Análisis Económico del Derecho, en la medida en que fue la base de toda la secuencia de profundización intelectual que esta corriente promovió. Así, actualmente, el derecho no solo tiene la forma de interpretación basada en perspectivas filosóficas e históricas, que son formas de interpretar el derecho, sino también con premisas económicas, lo que permite mejorar el Derecho. En un pasaje incluso comenta sobre Richard Posner:

Richard Posner representa lo mejor del Análisis Económico del Derecho ¿Qué nos dice Richard? Desde una perspectiva teórica –por si acaso, no como juez y sí como académico–, él toma la teoría económica y la utiliza para analizar, criticar, confirmar y cambiar la ley. La Economía es el motor y la teoría económica es la forma en que nosotros observamos el Derecho y los artículos; y nos dice si son correctos o incorrectos desde una perspectiva económica. Eso es muy importante porque le da una perspectiva que puede cambiar el mundo jurídico. La ley ya no es un sistema auto-contenido, un sistema que no puede ser criticado ni cambiado. Tenemos que tener algún elemento fuera de la ley que nos permita analizarla y mejorarla; y la Economía –según Richard y muchos otros incluyéndome a mí a veces y según qué artículo están leyendo– es una forma de hacerlo.³¹⁴

Por lo tanto, como estudiamos en el *Análisis Económico Normativo*, los teóricos de esta área también promueven la crítica y exigen reformas legales a partir de los resultados obtenidos, reforzando la idea del Análisis Económico del Derecho como instrumento de modificación y mejora del sistema jurídico, que, en consecuencia, mejora la máquina estatal y la dinámica social.

³¹⁴ CALABRESI, Guido. El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y economía en el sistema de common Law y Derecho civil. **Revista de Derecho Themis 60**, [s.l.], p. 361-366, 2011. p. 362.

Entendida la visión de Calabresi, es posible comenzar su profundización sobre el *Common Law*, y la primera pregunta detrás es “¿Por qué el Derecho y Economía y el Análisis Económico del Derecho en Estados Unidos son enfocados tanto en los jueces en la actividad jurisdiccional?”³¹⁵. Su primera respuesta inicial es que esto sucedió por accidente, hasta cierto punto, porque no habría ocurrido intencionalmente. Guido Calabresi era juez, y afirma que impartió clases de Responsabilidad Civil Extracontractual cuando comenzó a utilizar el Análisis Económico del Derecho para la materia. También aclara que actualmente los jueces no son los creadores de estándares, al contrario, para él los jueces producen pocas normas, pero cuando comenzó su estudio, durante los años 60, fueron los jueces quienes tenían el poder legiferante sobre esta área específica del derecho, en palabras de Calabresi “*eran los jueces los que tenían la iniciativa legislativa en este tema y en muchos Estados esto fue reconocido por las asambleas locales y asignaron la autoridad a los jueces de derecho consuetudinario de desarrollar la responsabilidad civil extracontractual*”.³¹⁶

Así, explica que era oportuno partir de un Análisis Económico del Derecho en sus estudios basados en las sentencias de los jueces. Sin embargo, el autor señala que esto era sólo un elemento de la actividad legiferante en los Estados Unidos, lo que le lleva a reconocer que dicha actividad es bastante diferente de la desarrollada en la mayoría de los países, en los que los jueces tienen una lista muy pequeña de actividad legislativa, en comparación con las competencias que tienen los jueces en los Estados Unidos de América. Se identifica aquí, en palabras de Calabresi, lo que habíamos dicho anteriormente sobre la preponderancia de la actividad legislativa, para definir si un sistema es *Common Law* o *Civil law*. Para el autor, las actividades legiferantes de los jueces se reducen, pero aún mucho más que en los países de *Civil Law*, por lo que su país es considerado como el que sigue el ordenamiento jurídico del *Common Law*. Esto queda muy claro en uno de sus comentarios:

No creo que sea justo decir que el Sistema Civil solo lo hace a través de códigos y el Derecho consuetudinario sólo genera la ley a través del caso por caso. De hecho ambos hacen un poquito de eso y un poquito de lo outro. Em el sistema consuetudinario hacemos mucho más normas a través del caso por caso pero el hecho es que también

³¹⁵ CALABRESI, Guido. El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y economía en el sistema de common Law y Derecho civil. **Revista de Derecho Themis** 60, [s.l.], p. 361-366, 2011. p. 363.

³¹⁶ Ibid, p. 363.

*tenemos normas que las hacen los legisladores que escuchan a los juristas y que toman decisiones en el abstracto.*³¹⁷

La diferenciación entre ambos sistemas, para Calabresi, provoca una rareza en los países de *Civil Law*, en la medida en que si los jueces tienen una capacidad legífera extremadamente reducida, si no inexistente, ¿por qué hablar de Análisis Económico del Derecho? En ese momento el Autor reconoce que no entendía un elemento específico del Análisis Económico del Derecho:

*[...] ese tipo de análisis podía funcionar para otras partes del mundo si es que ese tipo de razonamiento podían utilizarlos los legisladores o cualquier entidad estatal que tuviera iniciativa legislativa. Mucho de lo que se dijo en Estados Unidos con respecto a los jueces – los jueces pueden hacer esto y no esto otro – podrían haber sido traducido y adaptado a nuestras realidades locales en cada uno de nuestros países para que los que tienen la iniciativa legislativa pudieran aprovechar todo el análisis, todos los pensamientos, todos los avances que habían logrado los jueces en Estados Unidos.*³¹⁸

Volviendo a su exposición a los debates promovidos en los países del *Common Law*, expone dos posiciones distintas en relación con la actividad legislativa del juez.

La primera posición es Frank Easterbrook, quien entiende que la actividad principal del juez es hacer las leyes. Esta comprensión lo lleva a concluir que los jueces necesitan utilizar el Análisis Económico del Derecho para generar nuevas leyes en las sentencias de sus casos. Calabresi considera este entendimiento extremista, aunque Easterbrook entiende que *cualquier inquietud hay que trasladársela a los legisladores*. La posición de Posner, explicada por Calabresi, es diferente, hasta el punto de que él, como otros jueces, entiende que no se debe recurrir tanto al Análisis Económico del Derecho porque esta no es una función del juez. Además de exponer el posicionamiento de otros Autores, Calabresi expone el suyo propio. Para él, en su experiencia como Magistrado, el uso del Análisis Económico del Derecho se reduce considerablemente, sobre todo porque se considera muy cuidadoso al utilizarlo en su juicio, aunque considere que su competencia legislativa, como juez federal, es menor que la del otro.

³¹⁷ CALABRESI, Guido. El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y economía en el sistema de common Law y Derecho civil. *Revista de Derecho Themis* 60, [s.l.], p. 361-366, 2011. p. 365.

³¹⁸ Ibid, p. 364.

Así, además de otros elementos que Calabresi pone en su entrevista, además de aquellos para los que no añaden nada a nuestro trabajo, está la cuestión de “*cuáles áreas del Derecho se resuelven mejor en una arena filosófica con una discusión abstracta -que tiene la posibilidad de pensar en cosas lejanas de la realidad-; y luego, en qué temas de ser utilizado el método del caso por caso*”.³¹⁹ Por supuesto, el jurista pretende provocar a sus oyentes y lectores a buscar en qué casos sería necesario aplicar el *Common Law*, es decir, caso por caso, o el *Civil Law*, con hechos abstractos. A pesar de no responder a tales preguntas, sirvió más para la reflexión que en la búsqueda de un resultado real, en este trabajo creemos que el Análisis Económico del Derecho es un instrumento que puede responder a tal pregunta.

A su vez, Richard Posner adopta un enfoque diferente en su artículo, el promovido por Calabresi. Inicialmente reconoce que existe un movimiento que promueve el Análisis Económico del derecho en los países de origen romano-alemanes y que hay relevancia en su uso, especialmente para los países en desarrollo.

En su concepción, es posible distinguir en 3 aspectos el Análisis Económico del Derecho: heurístico, descriptivo y normativo. La heurística representa la búsqueda de una racionalidad coherente en las doctrinas e instituciones jurídicas, así como en aquellos elementos que las sustentan. A su vez, el aspecto descriptivo y normativo sigue la lógica ya expuesta en este trabajo. Mientras que lo descriptivo se relaciona con la investigación científica centrada en métodos positivistas, a través de la lógica económica de causa y efecto, normativa, apunta a una interpretación subjetiva de los resultados, que en palabras de Posner se reduce a asesorar *jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho*.

En su artículo aborda el Análisis Económico del Derecho en torno a estos 3 elementos, disociando cada uno de ellos en el método de abordaje. Así, incluye como objeto en el estudio de la AED a las principales instituciones jurídicas, entre ellas jueces, organismos reguladores y legislatura.

Así, afirma que, entre las teorías promovidas con el Análisis Económico del Derecho, existe una bastante ambiciosa, consistente en un sistema económico unificado de derecho. En ella, la ley asume el papel de facilitar las operaciones de

³¹⁹ CALABRESI, Guido. El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y economía en el sistema de common Law y Derecho civil. **Revista de Derecho Themis** 60, [s.l.], p. 361-366, 2011. p. 364.

mercado, libremente, especialmente *en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos*. A partir de esto, llega al *common law*, en la medida en que para esta teoría, el ordenamiento jurídico de origen inglés es un corolario de esta proposición, pues considera que los jueces, en el desarrollo de los tiempos, al juzgar cada caso, llevaron a cabo una asimilación consciente en lograr la distribución eficiente de los recursos, lo que, en consecuencia, hace eficiente este sistema jurídico.

La estabilización de diversos procedimientos e instituciones contribuye a esta eficiencia, minimizando los costos de transacción del mercado. Sin embargo, Posner considera una comparación entre los sistemas legales existentes en el mundo, en la medida en que estas teorías tienen diferentes estructuras y dogmas. En sus palabras:

Al descubrir que las teorías y el Derecho difieren según los distintos países, las diferencias deberían atribuirse a diferencias económicas relevantes o al hecho que algunos países no tienen teorías y sistemas legales eficientes? Consideremos, por ejemplo, el hecho de que el remedio legal estándar en el caso de incumplimiento de un contrato en el Common law es la indemnización por daños y perjuicios. La ejecución forzada [...] es disponible únicamente cuando la indemnización es inadecuada. Y veamos el caso del Derecho de Europa Continental, en donde la ejecución forzada no constituye un remedio legal excepcional para el incumplimiento de un contrato. ¿Es acaso la norma del common law eficiente y la del Derecho de Europa continental ineficiente, o viceversa? Tal vez ambas son eficientes, dadas las distintas condiciones económicas. Al punto que –por razones que pueden no estar relacionadas con las diferencias en las instituciones legales– Estados Unidos tiene una economía más dinámica que Europa continental, en cuanto se adapta más rápido a condiciones diferentes y a las nuevas oportunidades, por lo que existe una mayor necesidad de permitir el ajuste de las relaciones contractuales cuando las condiciones cambian con respecto a las existentes al momento de celebrar el contrato. Un sistema de remedios que hace énfasis en la indemnización de los daños hace que sea más fácil para las partes “retirarse” del contrato, pues una corte no puede forzarlas a cumplir con sus deberes contractuales, y, por lo tanto, debe compensar a la otra parte por las consecuencias que cause tal incumplimiento. En contraste, cuando la ejecución forzada es un remedio legal estándar para los casos de incumplimiento contractual, las partes no pueden retirarse del contrato sin haber negociado primero un arreglo con la otra parte. Este acuerdo inducirá a esta última a desistirse de la ejecución forzada y la necesidad de dicha negociación hará que sea más difícil incumplir el contrato.³²⁰

³²⁰ POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, [s.l.], v. 2, n. 7, p. 7-16, 2008. p. 9.

Por lo tanto, lo que Posner entiende sobre la eficiencia de cada sistema legal está relacionado con la dinámica que tienen con la sociedad. Por lo tanto, los diferentes sistemas en diferentes sociedades pueden ser igualmente eficientes, porque la adaptación legal puede ser perfectamente moldeada a las necesidades sociales. Tal declaración no importa en la eficiencia de todos los sistemas legales para todas las sociedades, sino sólo que puede haber diferentes sistemas que sean igualmente eficientes. En este sentido, también es posible identificar sistemas ineficientes para una sociedad, que imponen cambios o reestructuraciones para el modelo social.

Esto se hace aún más claro cuando, después de varios ejemplos expuestos por él en su obra, afirma que “*he estado discutiendo el Derecho estadounidense y el movimiento del Análisis Económico del Derecho estadounidense, no obstante, la mayoría de lo que dicho es igualmente aplicable a los sistemas del Derecho Civil*”.³²¹ Aunque se reconocen algunas diferencias en términos económicos o políticos, Posner las considera modestas, pero no lo son a la hora de analizar las instituciones y estructuras de la carrera judicial, consideradas profundas por el jurista.

Antes de profundizar en el asunto, a diferencia de Calabresi, Posner expone una similitud entre el *Common Law* y el *Civil Law* que considera importante. Para ejemplificar esto, cita un ejemplo que se basa en Aristóteles y su visión de la justicia correctiva. La teoría jurídica en Aristóteles deriva de la teoría de la justicia correctiva. En *Ética a Nicómaco* crea la historia de una persona, que, a través de una conducta ilícita, altera el saldo a pagar que tiene con otra persona, en detrimento de esta última, que es la víctima. Por lo tanto, se crea un desequilibrio entre las partes, que debe ser restaurado, como antes el acto ilícito. Esta restauración es el elemento esencial de la justicia correctiva aristotélica.

Para Posner, la similitud entre las sociedades civilizadas, incluidas las que se basan en el sistema jurídico del *Common Law* y el *Civil Law*, es el intento de restablecer el *statu quo* ante el hecho lesivo y la conducta ilícita, con el fin de hacer justicia correctiva. Por lo tanto, en este sentido, ambos sistemas jurídicos convergen hasta el mismo punto, incluso de diferentes maneras.

Por otra parte, la aportación de Aristóteles excedió la comprensión de la retribución por un acto ilícito causado, pero promovió el juicio independientemente del

³²¹ POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, [s.l.], v. 2, n. 7, p. 7-16, 2008. p. 13.

autor de lo ilícito, en la medida en que el juez debía analizar el hecho lesivo, no *quién* lo llevó a cabo. Así, también se acaba descartando una especie de imparcialidad judicial.³²² Sin este tipo de juicio, basado en la conducta y la redistribución, Posner afirma que el juicio siempre sería favorable para aquellos que son bien vistos por la sociedad, o las personas, afectando el bienestar social.

En la tradición romano-germánica este concepto fue traído por Max Weber, a través del concepto llamado *racionalidad formal*. Así, los jueces deben alejarse de las características personales de los agentes, para centrarse en las actividades practicadas y las consecuencias de los actos. Para Posner:

*El derecho, según el análisis de Weber, participa en este proceso de modernización dejando atrás sus elementos supernaturales, carismáticos y discrecionales, y se vuelve cada vez más planeado, racional y burocrático – cada vez más un sistema en el cual funcionarios públicos desinteresados, quienes constituyen un Poder Judicial profesionalizado, resuelven disputas aplicando reglas claramente establecidas, diseñadas para promover un planeamiento económico racional de partes de los actores públicos y privados a hechos que estos funcionarios públicos averiguan también racionalmente-.*³²³

Con el planteamiento de Weber, Posner concluye que en la medida que el ordenamiento jurídico se ajusta a estos criterios, se logra una racionalidad formal, el entorno óptimo para el capitalismo. Esto se debe a que los jueces, en opinión del jurista estadounidense, deben cumplir con las reglas sin importar las consecuencias para las personas y las actividades comprendidas dentro de los casos en los cuales ellos tienen que tomar una decisión.

A pesar de esto, hace una advertencia. Las superpotencias capitalistas, tanto Gran Bretaña, especialmente en el período anterior a la Primera Guerra Mundial, como actualmente los Estados Unidos de América eran las superpotencias económicas más grandes del mundo, utilizando el *Common Law* como sistema legal, a diferencia de los países codificantes. El principal problema de la tesis de Weber aplicada en este ordenamiento jurídico es que consta de varias burocracias, a las que *Common Law* no se adaptaría.

³²² POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, [s.l.], v. 2, n. 7, p. 7-16, 2008. p. 13.

³²³ Ibid, p. 13.

Aún así, ambos sistemas convergen entre sí, porque lo que se requiere en un sistema capitalista es, en esencia, que existan leyes que protejan la propiedad y la libertad contractual, por parte de jueces desinteresados y que logren coherencia y sean claros en la aplicación de las reglas frías. Este contenido normativo es de suma importancia para la estabilización capitalista.

Sin embargo, Posner corre el riesgo de asignar una cierta explicación para entender por qué, en su concepción, el *Common Law* es más eficiente que el *Civil Law*. Como ya hemos demostrado, las raíces de cada uno de estos sistemas jurídicos son muy diferentes. Así, las normas del Derecho Comunista fueron desarrolladas por jueces ingleses y estadounidenses, que muchas veces tenían que ocupar el lugar del legislador, promoviendo una nueva norma, que regula un caso específico, creando leyes. En este sentido, estos juicios se basaban a menudo en la búsqueda eficiente de resultados, lo que en los países romano-germánicos no podía lograrse por la restricción que las reglas les imponían a los jueces.

La razón que Posner encuentra para eso es en la forma de la selección de los jueces. Quienes pertenecen al sistema procesal de derecho común se convierten en jueces a través de una selección entre quienes ejercen el derecho, o por derechos docentes, como en los Estados Unidos de América, mientras que en los países de origen romano-germánico el Poder Judicial es una especie de carrera jurídica, siendo innecesaria una elección entre personas de renombre en la zona.

Con estas consideraciones sobre el *Civil Law* y el *Common Law*, Posner concluye que:

Um país pobre puede no estar listo para costear un buen sistema legal, pero si un buen sistema legal puede ser que nunca llegue a ser lo suficientemente rico como para costear tal sistema. Por tanto, podría argumentarse que (debido a que es mucho más costoso y toma más tempo crear instituciones legales eficientes que promulgar normas eficientes para que sean administradas por las instituciones ineficientes) la reforma debería concentrarse en esto último.

[...]

La relativa simplicidad de las reglas, em comparación con los estándares, tiene dos consecuencias para el tipo de Poder Judicial débil, común en los países em desarrollo. La aplicación de las reglas hace que la demanda de tempo y competencia de los jueces sea menor y es, por lo tanto, más barato y más probable que sea exacta. Las reglas también facilitan el control de los jueces y reducen así la probabilidad de sobornos y la influencia de los políticos en los procesos judiciales. Cuanta menos discreción tiene un juez para tomar decisiones, tanto más fácil será para los observadores

*determinar si la decisión que ha tomado para un caso es contraria a la ley o si favorece sistemáticamente una clase o grupo de litigantes sobre otro. Esta es, por supuesto, el tipo de consideración que ha tenido mayor influencia en Weber y Hayek.*³²⁴

Por lo tanto, se verifica que para Posner los sistemas legales que aquí funcionaban tienen menos relevancia para la eficiencia, incluso si uno puede mejorar algo en uno u otro. De hecho, lo que se extrae de sus enseñanzas es que la eficiencia se logra con mayor seguridad y definición sobre los institutos jurídicos y los juicios imparciales, que permiten una mayor seguridad jurídica para la población y, aunque no se mencione directamente, una mayor atracción de capital hacia la sociedad.

Posner incluso comenta sobre el movimiento del *Law and Economics* en Brasil, que utiliza el sistema legal de origen romano-germánico. Como ya se ha trabajado, no ve ningún problema en la aplicación de esta teoría a los países que toman el ordenamiento jurídico del *Civil Law*.

Así, identifica que el movimiento jurídico histórico brasileño se encuentra en el sentido de alejarse del positivismo estricto, basado en un análisis normativo constitucional, que permite la inserción de teorías de ponderación de valores, proporcionalidades y derecho como elemento moral, así como la aproximación de la comprensión de que existen estructuras abiertas en el derecho, que impulsa la conducta discrecional del poder judicial.

Es en estos casos que las interpretaciones jurídicas emergen en Brasil por el Análisis Económico del Derecho, que sirve como posición intermedia entre el análisis jurídico abierto y el positivismo estricto. Esto se debe a que, se observa en estudios comparativos en ambos sistemas que los jueces se guían comúnmente por bases económicas, cuando se les permite usar la discreción. Sin embargo, en Brasil este análisis es más restringido porque por estar basado en el *Civil Law* implica una mayor restricción a la aplicación del AED, en la medida en que para cada conducta existen mayores disposiciones legales que lo regulan.

Además, Posner aconseja que, en Brasil, un país que no se ha desarrollado plenamente en su economía, se debe prestar especial atención al derecho a la propiedad, la libertad contractual, la prevención de la corrupción, la independencia del poder judicial,

³²⁴ POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, [s.l.], v. 2, n. 7, p. 7-16, 2008. p. 14.

así como la limitación del poder regulador del Estado sobre la economía.³²⁵ Estos elementos, como hemos demostrado, son elementos cruciales en las enseñanzas de Posner, ya que permiten la eficiencia del sistema legal utilizado por una sociedad.

Cabe destacar que, aunque Posner está posicionado en el sentido de que la eficiencia puede ser alcanzada por cualquiera de los sistemas legales, hay estudiosos que entienden de manera diferente y han promovido análisis comparativos entre sistemas legales.

Bruno Deffains, Doctor y Profesor de Ciencias Económicas en la Université Paris II, Panthéon-Assas, en el que aboga por una corrección entre la adopción de un sistema legal y el *desarrollo económico con respecto al Common Law*, lo que explicaría por qué los países que lo adoptan tienen mercados más desarrollados en términos de capital y su mejor distribución de activos en relación con los países que adoptan el *Civil Law*. Esto se debe a que:

Il ressort de ces analyses qu'en assurant une protection juridique supérieure, le système de Common Law dominerait le(s) système(s) de droit civil. L'actionnariat dispersé et le système de gouvernement d'entreprise fondé sur les marchés seraient "supérieurs" à un système où l'actionnariat est concentré et où le gouvernement d'entreprise repose sur des blocs de contrôle. L'explication résiderait dans le fait que la dispersion de l'actionnariat irait de pair avec des marchés financiers développés. En effet, la garantie offerte aux investisseurs que l'argent apporté ne sera pas détourné conditionnerait le développement des marchés de capitaux et, par conséquent, la croissance économique, surtout dans les phases d'innovation où les besoins financiers pour des investissements "risqués" sont importants. En revanche, lorsque le système juridique offre une protection insuffisante aux petits actionnaires, la seule solution pour assurer le financement des entreprises serait le recours à la concentration de l'actionnariat ou au système bancaire afin de pallier l'absence d'un environnement légal performant.³²⁶

Para probar sus afirmaciones, el Autor analizó los informes del banco mundial, en los que los resultados mostraron que en general los países anglosajones, refiriéndose a los que están estructurados en el *Common Law*, se desempeñan mejor los índices económicos que los del *Civil Law*.

³²⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. São Paulo: Editora Forense, 2010.

³²⁶ DEFFAINS, Bruno. Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques. **Revue économique**, v. 58. p. 1149-1162, 2007. p. 1158.

Ejemplifica Bruno Daffains, un mecanismo de negociación entre los Estados Unidos de América y Europa. Mientras que en el país estadounidense es posible que un accionista de la empresa vote a distancia, en los países europeos, en la mayoría de los países, están limitados y necesitan votar en persona o por poder, lo que implica una mayor carga para los europeos y una mayor facilidad y eficiencia para los norteamericanos.

Además, para Daffains:

[...] a Common Law, de nature fondamentalement dynamique, serait bien adaptée aux innovations économiques. Em revanche, les systèmes de nature plus statique seraient plus difficiles à faire évoluer face à la nouveauté". Mas assim como Posner, ele comprende que "L'importante pour les agentes économiques est sans conteste de disposer d'un cadre juridique simple, stable et prévisible."³²⁷

Lo que se puede observar en la presente obra es que históricamente el crecimiento del *Common Law* y del *Civil Law* tuvo lugar de diferentes maneras, extendiéndose por todo el mundo de diversas maneras y prevaleciendo entre sí características propias, aunque en muchos momentos son similares en algunos aspectos, en la medida en que los elementos de uno también lo son en otros.

Esto se debe a que la división principal entre ambos es el elemento primario del análisis de casos, mientras que en el *Common Law* consiste en jurisprudencia y precedentes, aunque existen leyes en su sistema, a *Civil Law* se estructura en la dirección opuesta.

Inicialmente el Análisis Económico del Derecho recurrió a las sentencias de los jueces, hasta el punto de que a menudo creaban leyes, que les permitían decidir en base al Análisis Económico del Derecho. Sin embargo, a pesar de que este fue el hito inicial, las interpretaciones y estudios pueden ser utilizados en los países de origen romano-germánico, en la medida en que recurren al análisis económico normativo, por lo tanto, puede ser el juez o el propio magistrado.

También pudimos identificar que existe un debate sobre la eficiencia de ambos sistemas, con científicos señalados por los mejores resultados, especialmente con respecto al mercado, para *common law*.

³²⁷ DEFFAINS, Bruno. Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques. *Revue économique*, v. 58. p. 1149-1162, 2007. p. 1159.

Otros autores, como es el caso de Posner, cuestionan esta idea, en la medida en que lo que importa es la relación del derecho hacia esa sociedad.

Todavía, ambas corrientes coinciden en que la relevancia del ordenamiento jurídico radica en lo que es más seguro para los agentes económicos, especialmente con definiciones de términos importantes para la sociedad, como libertad y propiedad.

En este sentido, se hace evidente que el Análisis Económico del Derecho puede ser utilizado y aplicado tanto a *los países del Common Law* como de *Civil Law*, cambiando únicamente la dirección a la que se dirige este estudio, ya sea el Juez o el Legislador. En cualquier caso, este factor no cambia la universalidad que el presente trabajo pretende promover y permite impulsar las modificaciones y reformas con el fin de mejorar las sociedades y permitir un sistema tributario justo, como se profundizará en el siguiente capítulo.

3.3. The problem of social cost en Ronal H. Coase

A menudo, los venerables edificios pretorianos han decidido disputas profundamente controvertidas, eligiendo resultados para el lide que maximizarían el volumen de riqueza involucrado en el tema. Esto se entiende ahora, legalmente, como la situación en la que los bienes y otros recursos están en posesión de quienes más los valoran. Curiosamente, en una similitud cíclica que la historia suele presentar, en esta misma línea metodológica apoyada por los romanos, casi dos milenios después de comprender la forma del juicio pretoriano, el pensamiento sostenido por el pragmático *jusphilosopher*, magistrado y profesor de derecho Richard Allen Posner (nacido en las afueras de Nueva York y autor de más de 70 obras jurídicas, traducido del inglés al griego, japonés, francés, chino, alemán, coreano, italiano, portugués, español y catalán), se asemejaba a aquel, sólidamente edificado en la Escuela de Chicago, en la primera década de la segunda mitad del siglo pasado, cuando los magistrados estadounidenses, centrados en una línea ideológica de prevalencia del capital, también llegaron a enfrentarse a la derecha, de manera inconsistente, por líneas económicas productivas.

En este particular, la estructura que aseguraba la “autonomía” de la ley comenzó a ser cuestionada, ya que su independencia siempre estuvo ligada a las fuerzas socioeconómicas. En el caso de otras personas, el análisis económico de Posner del

derecho introdujo una serie de conceptos técnicos como la “optimización de costos” para “guiar” legalmente a los jueces en sus sentencias.

Sin embargo, uno de los elementos que influyó en la comprensión de Posner tiene bases en otro *jusphilosopher*, quien a pesar de escribir sus artículos centrados en la economía, impactó enormemente en la forma en que los juristas ven el derecho, acercando a economistas y juristas a un análisis preciso. Exactamente en la línea de razonamiento de Posner se agregó el famoso *teorema del británico Ronaldo Coase (1910-2013)*, galardonado con el Nobel, buscando la “eficiencia” como producto final. En otras palabras, se puso valor económico en los demás y beneficios. En su obra *The Economics of Justice*, Richard Posner aborda en profundidad “la eficiencia, la producción, la riqueza y la justicia”, así como la “teoría económica de la privacidad y los intereses vinculados a ella”. Para todas las asignaturas en cuestión, en la búsqueda de una solución es necesario aplicar el método económico a través de estudios específicos de la economía del derecho. Y, *Además del derecho*, Posner constituye una nueva visión de los temas monásticos; así, a través del sesgo del pensamiento, correlaciona el derecho con todas las demás disciplinas que iluminaron el conocimiento.

Por lo tanto, no hay forma de estudiar a Posner, sin antes entender a Coase y cuál fue su enfoque del derecho, especialmente porque se le considera uno de los primeros autores del Análisis Económico del Derecho, aunque no pretenda tanto. Como informó Alain Marciano en el *European Journal of Law and Economics*, para él “*The Problem of Social Cost was an essay in economics. It was aimed at economists. What i wanted to do was to improve our analysis of the working of the economic system*”.³²⁸

Para entender por qué las enseñanzas de Coase impactaron a la sociedad, es necesario comprender el contexto histórico en el que se encontraban. Como es el caso, en 1929 los Estados Unidos de América atravesaron una severa crisis económica, llamada “la gran depresión” que provocó no solo el colapso de varias empresas, sino también el desempleo, lo que en consecuencia llevó a la población a la hambruna, con enormes colas hechas por la población para recibir alimentos del gobierno.

La solución encontrada por el país norteamericano fue profundamente difundida por la política promovida por Otto Von Bismark, un alemán que fue Canciller de Alemania durante finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX. Estos programas

³²⁸ COASE *apud* MARCIANO, Alain. Ronald Coase, “The Problem of Social Cost” and The Coase Theorem: an anniversary celebration. **European Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 1-9, nov. 2010. p. 3.

permitieron a la sociedad someterse al *Welfare State*, que fue incorporado por los Estados Unidos unos años después de la gran depresión.

Es importante aclarar que Bismark no actuó directamente en Estados Unidos, sino que sus ideas fueron incorporadas por los norteamericanos ante la situación económica que atravesaba el país. En este sentido, en 1933, con el presidente Franklin Delano Roosevelt, se instaló este programa bajo el nombre de *New Deal*, enfocándose en la inversión gubernamental en la economía, lo que permitió la generación de nuevos empleos, control de precios y producción y disminuyó las horas de trabajo, permitiendo así que se contrataran más trabajadores.

Con los resultados del *New Deal*, la *política económica del Welfare State* cosen fuerza en el ámbito académico, persistiendo la comprensión de que la intervención estatal en diversos sectores de la sociedad, incluida la economía, permitió un resultado rentable para la sociedad y el cuestionamiento del propio sistema capitalista liberal, que prevaleció antes de la gran crisis de 1929. De ahora en adelante, es importante entender que Ronald Coase aportó una comprensión ampliamente sólida y que se opuso estrictamente a la política del *Welfare State*.

En cierto modo, esta oposición se reflejó en lo que había en el mundo, una lucha latente en la guerra fría, entre la ideología liberal de los estadounidenses frente al comunismo de la Unión de Repúblicas Soviéticas. Cuando se escribió *The problem of social cost*, para muchos, la *política del Welfare State* fue considerada de sesgo comunista, porque intervencionista, lo que dio mayor intensidad al debate a la oposición de Coase.

En un análisis *del artículo The problem of social cost*, Coase escribe un capítulo en oposición al *Welfare state* citando, específicamente, al economista Arthur Cecil Pigou, quien ejerció una fuerte influencia en el área económica, especialmente con respecto a la relación entre un resultado externo negativo y la forma de tratar con esta externalidad, que terminó relacionando el derecho, política y economía, que en cierto modo también lo hace Coase.

Al igual que Coase, Pigou se opuso a sus predecesores, en una atención prominente a Adam Smith, quien entendió que la libertad económica, a través del movimiento aislado de cada individuo, en la promoción de la suya propia, haría que se promoviera el bienestar de una sociedad, en la medida en que al promover su propio bien, especialmente de manera económica, ese individuo promoverá el bien de todos aquellos

que se involucran en la misma relación económica, directa o indirectamente.³²⁹ La base de la oposición de Pigou era que esto era imposible en los casos en que el desarrollo del mercado de bienes escasos era imposible.

Enfáticamente, para esta afirmación Pigou se guió por las externalidades. Para él, no solo se promovía el bienestar externamente, sino resultados negativos, en sus palabras:

[...] one person A, in the course of rendering os some services, for which payment is made, to a second person B, incidentally also renders services or disservices to other persons (not producer of like services), of such a sort that payment cannot be exacted from the benefited parties or compensation eforced on behalf of the injured parties.³³⁰

Estos efectos externos se explican con un ejemplo. En la situación expuesta, una fábrica produce humo que cae bajo una sociedad determinada, dañándola negativamente, es decir, resultando en un efecto externo negativo. Ocurre que en tal situación, los efectos negativos no costosos para la empresa, en la medida en que no elimina completamente el daño causado, no entran en la estimación de costos de la empresa. En el mismo sentido, además del daño, el contaminador utiliza el medio ambiente sin poseerlo. Ante esta no responsabilidad por el contaminador, que no sufre ninguna sanción por la conducta considerada mala, Pigou propone dos formas de solucionar el problema de forma que moldee su conducta a la considerada correcta. La primera de estas soluciones sería una regulación, atribuyendo responsabilidad al contaminador, o acuerdos establecidos con productos contaminantes, que esté relacionado con el bienestar social de la comunidad que rodea la fábrica. De lo contrario, existe el homenaje conocido como “Pigouviano” que pretende centrarse directamente en la fábrica contaminante en la medida de su contaminación.³³¹

Así, la interpretación del economista es que, antes de que se aplicaran sus soluciones, los precios asignados por la fábrica no representaban los costos que tenían, lo que se corregiría cuando se aplicaran las proposiciones. Esta comprensión demuestra por qué el *Welfare state* prevaleció hasta la década de 1960, porque la intervención estatal

³²⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 201.

³³⁰ PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. 4. ed. Londes: Macmillan, 1932. p. 183.

³³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 202.

fue lo que guio las medidas económicas y políticas tomadas por los gobiernos de los más variados países en ese momento.³³²

Coase teje severas críticas a Pigou, que se pueden ver en *The problem of social cost* en el que afirma que “it is strange that a doctrine as faulty as that developed by Pigou should have been so influential, although part of its success has probably been due to the lack of clarity in the exposition”. Comprendió que las enseñanzas de Pigou tenían varias lagunas y oscuridades, que no permitían una comprensión de la obra de una manera clara, sorprendiéndole por su extrema difusión, que, según él, surgió de una tradición oral de economistas.

Explicando la teoría de Pigou, Coase delimita que el problema en el análisis económico promovido por la corriente pigouviana radica en la óptica del valor de la producción física. Dado que el producto privado es el valor del producto adicional, resultante de una determinada actividad de una empresa, mientras que el producto social tiene el valor del producto privado, restado de la devaluación de la producción en su siguiente mejor alternativa, dicha devaluación causada es el efecto externo negativo, en el que no se paga ninguna indemnización a la sociedad, como se ha dicho anteriormente. Bajo este panorama, Coase afirma lo siguiente sobre la conclusión de Pigou: “*the belief that it is to compensate those who suffer damage [...] is undoubtedly the result of not comparing the total product obtained with alternative social arrangements*”.³³³

El mismo incumplimiento se atribuye a la imputación del pago de impuestos como medio de indemnización a los afectados por efectos externos. Además, señala que los economistas que defienden las posiciones Pigouviana son selectivos en sus argumentos, como los siguientes:

*As it is not proposed that the proceeds of the tax should be paid to those suffering the damage, this solution is not the same as that which would force a business to pay compensation to those damaged by its actions, although economists generally do not seem to have noticed this and tend to treat the two solutions as being identicals.*³³⁴

Analizando esta solución, Coase puede identificar que estas soluciones pueden causar algún impacto rentable, pero que su resultado no necesariamente será

³³² COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. *Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960. p. 41.

³³³ Ibid, p. 40.

³³⁴ Ibid, p. 41.

óptimo, considerando el término óptimo que adopta la economía. Es en la búsqueda de una mejor solución que comienza el teorema de Coase, porque los resultados encontrados para resolver un problema a menudo no son deseables la mayor parte del tiempo.

El fundamento de las enseñanzas de Coase es que hay una naturaleza dañina recíproca cuando uno atribuye la responsabilidad de una externalidad a alguien. En este sentido, según la corriente Pigouviana, la fábrica que libera humo en el medio ambiente causa daños a sus vecinos, y debe ser considerada responsable de pagar una indemnización por los daños causados. En Coase, el daño no se interpreta unilateralmente, sino recíprocamente, es decir, no solo la fábrica causa daños a los vecinos, sino que los vecinos causan daños a la fábrica cuando toman conductas dirigidas a impedir el ejercicio de sus actividades comerciales. Analizando el ejemplo utilizado por él para explicar la relación de daños recíprocos, es posible entender claramente esta afirmación:

The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice, that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid more serious harm.³³⁵

Esto declarado, como Ejan Mackaay y Stéphane Rousseau Coase lleva a entender que el problema es simétrico: el contaminador interfiere con la actividad de la víctima, pero la presencia de la víctima interfiere con la explotación normal a la que se dirige la primera.

En vista de esta comprensión, desarrolla su primer tema de estudio, analizando el sistema de determinación de precios con la rendición de cuentas de las pérdidas. Para Coase, el problema se puede resolver de forma plenamente satisfactoria cuando quien realiza la actividad nociva tiene que pagar por el daño generado y el sistema de precios funciona a la perfección, lo que significa realizar una transacción transaccional sin costes.

Podemos definir lo que es una operación sin costo, sobre todo en la comprensión de Coase, es necesario recurrir a otra obra suya, cuyo título era *The nature*

³³⁵ COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960. p. 2.

of The Firm, un artículo publicado en 1937, incluso cuando se graduaba en economía. Como se puede identificar, las propuestas de Coase eran contrarias a las que pretendían concentrar el poder estatal sobre la economía, defendiendo una economía de mercado, un debate que fue intenso en las áreas económicas de su tiempo.

Las corrientes que se oponían a una mayor interferencia estatal en la economía argumentaban que tal ejercicio estatal era ineficiente y tenía altos costos, concentrando las relaciones económicas en una sola potencia. Resulta que Coase ha identificado esta concentración de poder dentro de las empresas, en la medida en que los socios de la empresa mandan cómo debe funcionar -tal como lo hace el Estado en la sociedad en la que ejerce predominantemente poderes económicos- y los empleados se encargan de ejercer su profesión libre e individualmente, en la medida en que deben subordinarse a sus jefes.

Así, desde una perspectiva empresarial, los órganos de la empresa desempeñan una función similar a la del Estado, pero a menor escala. La duda que busca entender es por qué, aunque la empresa tiene una estructura similar a la del Estado, con concentración de poder y baja libertad de subordinados, cómo logra ser más eficiente que el Estado. Aquí es donde puede encontrar lo que significa una transacción rentable o de bajo costo.

Como se puede ver hoy en día, en la sociedad capitalista, cualquier transacción que involucre a proveedores de servicios requiere una serie de negociaciones que terminan aumentando el costo de la negociación, que puede ser, por ejemplo, por la interferencia de los abogados respecto al objeto jurídico negociado, por el presupuesto propuesto del prestador de servicios y el análisis de la propuesta por contabilidad. Todo esto eleva los costos de transacción. Es por ello que la *firma*, o empresa, firma contratos de carácter continuado que simplifican la negociación. El ejemplo característico de esto es el contrato de trabajo. Los trabajadores son comúnmente contratados indefinidamente y para estar disponibles para sus jefes cuando sea necesario. Sin embargo, si la estructura fuera diferente, con la contratación mensual del empleado, los costos serían mayores, ya que el análisis de los contratos sería masivo. Al simplificar la contratación, los costos disminuyen y la *firma* puede reducir los costos o mejorar su eficiencia.

Sin embargo, en *The problem of social cost*, Coase también explica por qué la empresa es comúnmente más eficiente que el estado, comparando el estado interviniente con la empresa:

The government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factor of production by administrative decision. But the ordinary firm is subject to check in its operations because of the competition of other firms, which might administer the same activities at lower cost and also because it is always the alternative of market transactions as against organisation within the firm if the administrative costs become too great. The government is able, if it wishes, to avoid the market altogether, which a firm can never do. The firm has to make market agreements with the owners of the factors of production that it uses. Just as the government can conscript or seize property, so it can decree that factor of production should only be used in such-and-such a way. Such authoritarian methods save a lot of trouble (for those doing the organising). Furthermore, the government has at its disposal the police and the other law enforcement agencies to make sure that its regulations are carried out.

It is clear, that government has powers which might enable it to get some things done at a low cost than could a private organisation (or at any rate one without special governmental power). But the governmental administrative machine is not itself costless. It can, in fact, on occasion be extremely costly. Furthermore, there is no reason to suppose that the restrictive and zoning regulations, made by a fallible administration subject to political pressures and operating without any competitive check, will necessarily always be those which increase the efficiency with which the economic system operates. Furthermore, such general regulations which must apply to a wide variety of cases will be enforced in some cases which they are clearly inappropriate. From these considerations it follows that direct governmental regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm.³³⁶

Se puede identificar, de esta manera, que la inexistencia de costos de transacción son aquellos en los que todo el procedimiento de negociación es nulo, como por ejemplo, un acuerdo entre dos personas de compra y venta, en el que el vendedor hace su propuesta y el comprador acepta de inmediato, además, que la concentración de poder puede reducir tales costos, lo que ocurre normalmente en las empresas, en comparación con el Estado. Por otro lado, en un ejemplo hipotético, el costo de una fábrica para comprar madera es alto, lo que implica el análisis de diferentes presupuestos, la forma en que se maneja la materia prima, seguros en el transporte de carga, entre otras perspectivas, que aumentan el costo de transacción.

Dicho esto, es importante tener en cuenta que la teoría de Coase se basa en negociaciones a coste cero, lo que rara vez ocurre “en el mundo real”, lo que acepta y coincide con *The problem of social cost*, elemento que profundizaremos más en este

³³⁶ COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. *Journal of Law and Economics*, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960. p. 17-18.

trabajo. Por ahora, basta con entender a qué se refiere el autor cuando se trata del *costo cero de la transacción*, es decir, esa negociación en la que los costos de sí mismos no se ingresan en el valor negociado.

En este sentido, explican Ejan Mackaay y Stéphane Rousseau que los precios de mercado en la teoría de Coase hacen prevalecer el uso más eficiente en la transacción, sea cual sea la configuración de los derechos.³³⁷

En el mismo sentido, en la obra *O que é Análise Econômica do Direito*, los dos juristas brasileños Marcia Carla Pereira Ribeiro y Vinicius Klein³³⁸ alinean un ejemplo didáctico esclarecedor, advirtiendo que el Teorema de Coase fue expresado por Stigler de la siguiente fórmula: “bajo competencia perfecta, los costos sociales y privados son iguales”, que así se puede anunciar: “en una situación de costos de transacción cero, la asignación final de un bien, obtenida a través de un acuerdo entre las partes, siempre será eficiente, sin importar la configuración legal sobre la propiedad de ese bien”. Por lo tanto, el teorema de Coase depende de una suposición inicial: que los costos de transacción son iguales a cero.

Imaginaron como real una situación de hecho perfectamente normal, creada por la invasión de un rebaño de ganado hambriento deforestado existente en una granja destinada al ganado, debidamente rodeada de alambre a lo largo de su geografía morfológica para garantizar la seguridad deseada. Sin embargo, aun así, el rebaño invade la superficie vecina y destruye todas las plantaciones de soja existentes. Para los brasileños, no importa qué solución legal señale la ley, si tal vez el confinamiento puede consensuar una solución práctica sin costos, a través de concesiones recíprocas, definiendo el mejor camino a seguir: pagar compensación; construir una nueva valla más resistente; disminuir el volumen de la manada. Esta solución bilateral será el resultado racional y eficiente de las negociaciones de las partes. Marcia Ribeiro y Vinicius Klein ilustran en sus sillas esta ecuación a través de relaciones numéricas y lógicas, enfatizando:

[...] no exemplo do gado, o custo para cercar a propriedade do agricultor é de US\$2,00 e o preço do produto cultivado é de US\$ 0,10 por tonelada. Vamos supor que um rebanho composto de um único boi gera uma perda anual de uma tonelada ao agricultor, dois bois gerariam uma perda anual de três toneladas. Assim, supondo que

³³⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 203.

³³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 68.

*exista uma norma legal que obrigue o pecuarista a pagar o prejuízo, tem-se que o pecuarista apenas aumentará o seu rebanho quando os ganhos da carne adicional foram superiores aos custos adicionais gerados, excluindo a indenização paga ao agricultor.*³³⁹

Pero ¿por qué la ausencia de costos de transacción logra tal resultado? Precisamente porque con la presencia de un derecho bien delimitado hará que las partes entren en negociación, lo que acercará el resultado al concepto de grande.

Utilizaremos el ejemplo de Ejan Mackaay y Stéphane Rousseau para explicar esta relación, porque es más simple que la de Coase, pero que también aclara sus enseñanzas. Así, en un ejemplo hipotético, se imaginan dos vecinos, uno trabaja con carpintería y el otro es médico y asiste a sus pacientes en el lugar. En un día determinado, la carpintería cambia su maquinaria, que es más potente, pero aumenta el volumen de ruido hasta tal punto que llega a la clínica médica, dificultando el ejercicio de la profesión, es decir, el ejercicio de la actividad de carpintería tiene efectos externos negativos. De hecho, el número de pacientes del médico disminuye repentinamente, causándole daños financieros.³⁴⁰

Los autores proponen dos formas de resolución ideal del problema, una desde la perspectiva de la ebanistería y la otra desde el médico. En la primera hipótesis la carpintería podría instalar muros de aislamiento acústico, mientras que en la segunda, el médico podría construir un consultorio más distante. Ambas hipótesis serían menos costosas para las partes que mantener la situación. Desde el punto de vista legal, lo que se discutirá no es la eficiencia de cuál es la mejor solución, sino identificar si la conducta de la carpintería es susceptible de ser atribuida responsabilidad por el daño al médico, o si los ruidos son ruidos son inconvenientes normales para la relación vecinal. La decisión jurídica es relevante en el teorema de Coase, porque delimitará el derecho otorgando la responsabilidad de una de las partes, es decir, con ella estará presente uno de los elementos de su teorema. Por supuesto, muchas veces ni siquiera es necesaria una decisión legal para definir quién es responsable, sin embargo, hay ocasiones en que se abre la regla y se requiere un poder estatal que delimite la relación jurídica, lo que culmina con la decisión judicial.

³³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 82-83.

³⁴⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 203-204.

Vamos a explicar por qué se requiere un derecho bien delimitado. Volviendo al caso de la carpintería y el médico, encontramos 4 posibilidades de resolver el problema: **(i)** el aserradero es responsable y el aislamiento con la pared es más barato que la construcción de una oficina, **(ii)** el aserradero es responsable y la construcción de una oficina es menos costosa que el aislamiento con pared, **(iii)** el aserradero no es responsable y el aislamiento con la pared es más barato que la construcción de una oficina y **(iv)** el aserradero no es responsable y el aislamiento con la pared es más caro que construir una oficina.

La decisión en cuanto a la responsabilidad del daño generado definirá quién tomará la iniciativa de buscar la resolución del conflicto y quién asumirá el daño en la negociación entre las partes. En los puntos de los números “**i**” y “**iv**” enumerados anteriormente no hay negociación, dependiendo solo de la parte responsable de tomar su decisión de una manera menos costosa y, por lo tanto, más eficiente. Por otro lado, en cuanto a los ítems “**ii**” y “**iii**” es imperativo negociar, en la medida en que para resolver el problema de manera eficiente, el que fue responsable, necesitará contactar a la parte adversa para resolver el problema, siempre en la búsqueda de una mayor eficiencia en la solución del conflicto.

De hecho, el costo de las externalidades es incorporado por la persona responsable de las mismas, según lo determinado por la ley. En el caso del punto “**ii**” el aserradero se pondrá en contacto con el médico para negociar la construcción de un consultorio para él, incorporando el costo de construcción en sus gastos, mientras que en el punto “**iii**” el médico negociaría con el cerrajero la construcción de una pared, un costo que se incorporaría a los gastos del médico.

Otras hipótesis, traídas por la propia Coase, serían que si se imputa al aserradero que deje de producir tales sonidos, negociaría con el médico para mantener los ruidos a tal valor que compensen la pérdida de sus clientes, sin embargo, la negociación solo se propondría si este pago costaba menos que construir un muro o una nueva oficina. En el mismo sentido, el médico al verse obligado a soportar el ruido podría negociar el cese de esta externalidad, de manera más eficiente para todos.

Lo que se puede observar en tales situaciones es que el resultado práctico, en situaciones de costo cero, es independiente de las decisiones del poder judicial, ya que, una vez definida la responsabilidad, las partes tenderán a negociar lo que sea menos costoso para ellas.

Por tales elementos es que, con la definición de responsabilidad, la determinación judicial o legal de hacer o dejar de hacer algo no tiene efecto, pues en costos de transacción inexistentes, las partes negociarían lo que sea mejor tanto en detrimento de la ley como de la decisión, y ellos mismos destinarán los recursos de acuerdo con las asignaciones de derechos que negocien, sin un aumento en el valor de la producción. Por lo tanto, Coase afirma que “*with costless market transactions, the decision of the courts concerning liability for damage would be without effect on the allocation of resources*”.³⁴¹

En la misma línea, Ejan Mackaay y Stéphane Rousseau afirman que la solución a la norma jurídica no cambia la solución adoptada, que se guiará por la búsqueda de un acuerdo eficiente, sino que solo determinará quién es el responsable de tomar la iniciativa para resolver el problema.

De hecho, Coase aconseja a las partes que consideren la relevancia de asumir efectos nocivos al actuar, porque solo con esto será posible aferrarse a una asignación óptima de recursos.

Expuesto a estos elementos, es posible entender el título de *The Problem of Social Cost*, en la medida en que la teoría Pigouviana considera que el costo social con externalidades no es incorporado por el mercado, una afirmación que Coase demuestra no ser totalmente cierta, pues, siendo responsable de sus actos, debe internalizar los costos para adecuarse a su conducta.

Desde la lectura del trabajo canadiense de Makaay hasta Stéphane, una reunión colegiada está adelantando y aclarando mejor sus puntos de vista e ideas ante sus colegas profesores, incluidos los economistas Geroge Stingles y Milton Friedman. Al comienzo de la reunión, la gracia y la inteligencia de Stinger prácticamente contaminaron el tema, con una muestra de 20 votos a favor del pensamiento de Pigou y solo 1 para Coase (el suyo propio), porque lo que se paga a una segunda persona incidentalmente también proporciona servicios tácticos y flacos perjuicios a otras personas en general, a tal fin, el pago del producto no puede obtenerse exclusivamente de los compradores de unos pocos de esos productos, sin la más mínima posibilidad de compensación colectiva con las verdaderas partes interesadas directas e indirectas. Hubo, entonces, un memorable debate de expertos interdisciplinarios, ahora también con la intervención decisiva de

³⁴¹ COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960. p. 10.

Milton Friedmann, que resultó en una nueva unanimidad inversa, computando los 21 votos a favor de Coase, invitados por todos los presentes a refinar sus conocimientos y publicarlos en el *Journal of Law and Economics*.

Sin embargo, el teorema de The Coase no es inmune a la crítica. Makaay a Stéphane los tratan en su libro. El primero de estos críticos señala que Coase ignora el efecto que las negociaciones tienen en la distribución de la riqueza, lo que afectaría la asignación de recursos. En el ejemplo del médico y la ebanistería, el que asume los costos del embrollo reflexionará sobre el costo de brindar el servicio, variando la producción y el consumo global a largo plazo.

Los autores franceses, sin embargo, luchan contra este punto de vista. En sus palabras, utilizando el ejemplo del médico y la ebanistería, nuevamente, se explica que quien recaja la responsabilidad por el daño, disminuirá la rentabilidad de *su operación, sin embargo, opera en un régimen competitivo* con los otros carpinteros. Por lo tanto, si los otros carpinteros no se ven afectados por la misma regla de responsabilidad, debe obtener la misma rentabilidad que los demás, para mantenerse en el negocio. Así, el mercenario buscará pagar el precio más bajo posible por el recurso que se le imponga la responsabilidad, en este caso la tierra. Esto se debe a que la tierra está en competencia con otras tierras que no generan tal responsabilidad. Por lo tanto, teniendo en cuenta que los ingresos de un recurso se capitalizan inmediatamente en el precio en el que impacta, es imperativo identificar el precio de la tierra, en la que viven vecinos sensibles al ruido, que puede reducirse para reflejar el problema. Por tanto, la conclusión a la que se llega es que el que desee realizar la actividad de ebanistería sobre el terreno no lo hará, si no se puede conseguir la rentabilidad normal de una ebanistería dado el impacto del valor del terreno.

Por lo tanto, debido a la internalización del conflicto, el costo del producto termina viendo afectado, ya que comienza a revertir menos ganancias, haciendo que las operaciones sean más costosas o imposibles. En tal situación, por lo tanto, que se responsabilice tiene una pérdida de capital y los compradores posteriores terminan adquiriendo recursos hasta el punto de que le permiten un ingreso normal. En el mismo sentido, con la rendición de cuentas de la carpintería, el costo de la tierra médica aumentará, debido al atractivo promovido por la decisión judicial, es decir, por la competencia, mientras que la tierra del carpintero disminuirá. En otro sentido, si el médico es responsable, el efecto es el mismo, en la medida en que el que interiorizará los costos, pero la tierra perderá valor, mientras que la de la carpintería aumentará. De esta

manera, la influencia de la decisión en los costes de la tierra hace que los costes de los efectos externos ya no se asuman a gran escala, ya que se compensan. Llevando a los autores franceses a afirmar que la distribución de la riqueza no niega el teorema de Coase.

Como ya habíamos anticipado, la ausencia de costos de transacción no es realista para la aplicación en el mundo real. En sus palabras:

The argument has proceeded up to this point on the assumption [...] that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transaction that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.³⁴²

Aunque su teoría no es del todo aplicable al mundo real, su defensa se realiza hasta el día de hoy, siendo la base de las teorías que vienen después, además de servir como parámetro para comprender el complejo conjunto del derecho y la economía.

El ejemplo común en la literatura para defender esta idea es en relación con la física mecánica. Robert Dorfman, economista de la Universidad de Harvard, hizo esta comparación explicando que “*the law of gravity ‘work best in vacuum...[but]...is not helpful at all predicting terrestrial projectories... na medida que os experts em balística are not concerned with problems in a vacuum*”³⁴³

Aunque el propio autor sostiene la irrealidad de su aplicación, es posible identificarlo en varias notas en el análisis económico del derecho. Por ejemplo, Ejan Mackaay, en su artículo *L’efficiencia comme valeur du droit civil: “invitation À l’analyse économique du droit*, en el que piensa positivamente que *Convaiquons les juristes d’y avoir recours d` s lors qu’il s’agit d’interprétation, de r’forme, dé régulation nouvelle. Et insérons-la dans la formation juridique à tous les niveaux*”.³⁴⁴

³⁴² COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960. p. 15.

³⁴³ DORFMAN *apud* MARCIANO, Alain. Ronald Coase, “The Problem of Social Cost” and The Coease Thorem: an anniversary celebration. **European Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 1-9, nov. 2010. p. 5.

³⁴⁴ MACKAAY, Ejan. **L’efficiencia comme valeur du droit civil: invitation À l’analyse économique du droit. Les grandes valeurs**. Montréal: Éd. Thémis, 2019. p. 160.

En este trabajo, utiliza un ejemplo para abordar los costos de transacción. En esta situación hipotética, le pide al lector que se imagine a sí mismo en la década de 1950 y sea contratado para tomar fotos de osos polares por una revista. De hecho, lleva a su equipo a un lugar donde hay osos polares y toma varias fotos de los animales. Al regresar al lugar de origen, entrega las películas fotográficas a una empresa responsable de revelar las fotos. En su trámite, esta empresa acaba cometiendo un error que estropea todas las fotografías. Lógicamente, como en Coase, la pregunta termina siendo *¿quién es el responsable del daño?*

Analizando el artículo 1613 del Código Civil de Quebec, Canadá, considera que el daño debe limitarse al costo de la película desperdiciada y a los costos de todo el envío, en la medida en que establece lo siguiente:

*En matière contractuelle, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu'elle n'est point exécutée; même alors, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.*³⁴⁵

A partir de este momento, profundiza su estudio basado en el análisis económico del derecho, y destaca, según Coase, que la resolución del problema dependerá de quién sea el responsable. Hipótesis obsoleta, enumera qué forma de resolución es la más eficiente, e identifica que la que impone al fotógrafo un mayor cuidado, pero manteniendo un cierto grado de responsabilidad de la empresa “*les mesures de précaution sont alors ajustées précisément aux enjeux de l'expédition; elles sont, pourrait-on dire, internalisées à la source et n'effectent pas d'autres personnes*”.³⁴⁶

Por lo tanto, por un lado, es el propio fotógrafo quien promueve el cuidado redoblado, pero ¿quién hace que la empresa de fotografía también tome la menor precaución y se responsabilice? Esta respuesta está en la disposición misma del artículo 1643 del Código de Quebec. Así, a través de un análisis económico de la ley, logra equiparar una solución justa, la solución eficiente que es la misma que encuentra la solución del Código Civil de Quebec.

³⁴⁵ MACKAAY, Ejan. **L'efficiency comme valeur du droit civil**: invitation à l'analyse économique du droit. Les grandes valeurs. Montréal: Éd. Thémis, 2019. p. 148.

³⁴⁶ Ibid, p. 149.

Por lo tanto, por un lado, es el propio fotógrafo quien promueve el cuidado redoblado, pero ¿quién hace que la empresa de fotografía también tome la menor precaución y se responsabilice? Esta respuesta está en la disposición misma del artículo 1643 del Código de Quebec. A través de un análisis económico de la ley, logra equiparar una solución justa, la solución eficiente que es la misma que encuentra la solución del Código Civil de Quebec.

Harold Demsetz, por su parte, criticó a Coase, pero buscó mejorar sus estudios. Esto se debe a que, Coase asume la posibilidad de combatir entre los costos privados y sociales, porque no todos los costos serán tomados en cuenta en la negociación, lo que no se internalizaría en los costos de la persona responsable, lo que resultaría en el problema de la externalidad, similar al defendido por Pigou.

Demsetz cree que Coase no estaba profundamente metido en su propio teorema. Por lo tanto, argumenta que en situaciones en las que algunos costos no se tienen en cuenta en la negociación, la efectividad, aquí, refleja el juicio del gran resultado del hecho de que todas las ganancias obtenidas por los contratos celebrados dentro del sistema de precios (mercados), si se realizan, tienen en cuenta todos los costos.

Como explican Egan Mackaay y Stéphane Rousseau, Demsetz utiliza el ejemplo del médico y la carpintería, específicamente con respecto al terreno, para explicar su comprensión. Por lo tanto, apoya la necesidad de comparar la situación de las dos propiedades distintas que pertenecen al mismo propietario. Tal situación daría lugar a un propietario que gestionaría el conflicto de usos concurrentes entre las actividades del médico y la ebanistería, lo que, en consecuencia, aumentaría la producción de uno de ellos si sus ganancias fueran mayores que las pérdidas de la parte adversa. Para él, es en este sentido que la negociación de las partes estaría destinada en ausencia de costos de transacción. Por tanto, con la gestión del propietario, se incrementarían los costes de administración, que Demsetz considera para lograr una decisión de “segundo grado”, en la que ambos grados consideran: **(i)** que los costes derivados de los incrementos de gestión correrán a cargo para delimitar el equilibrio más rentable entre las actividades realizadas sobre el terreno, siempre que traigan beneficios y **(ii)** la presencia de una mayor asignación que, dado el aumento de los costes de gestión que hay que soportar, ya no es posible acceder. Para el Autor, el administrador buscará lo grande con estos dos elementos

de análisis.³⁴⁷ El punto “ii” es precisamente aquel en el que Coase cree que no está interiorizado, y que Demsetz disputa.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los terratenientes son distintos, entiende que el comercio se vuelve difícil, aumentando el costo hasta el punto de no ser tan rentable, o incluso no rentable. En esta situación, la externalidad se considera como un costo de interacción, o coordinación, mientras que los recursos en competencia están en diferentes manos.

No hay separación entre el costo social y el privado, en la medida en que se tienen en cuenta todos los costos, cuando los “costos de transacción” son también costos de producción, iguales a los demás. Con efecto de tal entendimiento en un universo sin costos de transacción, que es un extremo, los costos caen bajo la relación del derecho negociado.

En este sentido, lo que se identifica en el mencionado Teorema de Coase es que se convierte en el punto de partida del análisis económico del derecho porque, en lugar de sostener una conclusión jurídica a los estudiosos del derecho, hiere antinómicamente su propia intuición al admitir que las “externalidades” no son más que meras apariencias (a veces incluso metamorfoseando la realidad). Para conceptualizar mejor los trabajos que buscaban ilustrar mejor los matices del teorema de Coase, como ejemplos prácticos y didácticos buscamos enfocar estas investigaciones en dos libros significativos. El primero de ellos, llamado *Análisis Económico del Derecho*, escrito por los profesores de doctorado en Derecho Egan Mackaay y Stéphane Rousseau, ambos de la Universidad de Montreal, publicado por Ed. Atlas, en 2015, en versión portuguesa en São Paulo. El segundo, *Qué es el Análisis Económico del Derecho*, por los Prof. Doctores en Derecho Marcia Carla Pereira Ribeiro y Vinicius Klein, de la Universidad Federal de Paraná y la Universidad Estadística de Río de Janeiro, por Editora Forum, en 2016, en Belo Horizonte, pero, no por eso, no estudiamos directamente su artículo, publicado en 1960 en la revista *Law and Economics*.

A modo de ejemplo, como ya se ha establecido en este trabajo, el movimiento actual de análisis económico del derecho comenzó alrededor del año 1960 en Ronald Coase abordando el costo social. Anteriormente, el economista inglés Arthur Pigou cuestionó esta conclusión, agregando que era simplemente un *efecto externo*, una

³⁴⁷ MACKAAY, Ejan. **L’efficiencia como valor del derecho civil**: invitation à l’analyse économique du droit. Les grandes valeurs. Montréal: Éd. Thémis, 2019. p. 210-211.

externalidad que no influía directamente en el producto. Se pone como ejemplo los efectos de una contaminación generada por la actividad de una empresa industrial vecina que afectó a la confinación de la producción. Para Pigou, el *coste* de la contaminación, o más bien la externalidad negativa, no integraba y no podía integrar los cálculos de las empresas, porque constituye una relación de hecho extrínseco y no de derecho. Entendió, entonces, que la solución de las diferencias no dependía de la forma o la forma en que se asignan los derechos positivos. Llegó a la conclusión de que las reacciones de responsabilidad no se reunían, sino que se reunían las instituciones jurídicas. De hecho, no sólo los juristas, sino incluso los economistas habían malinterpretado el cuestionamiento de Coase y las conclusiones de Pigou. Las consecuencias nocivas del aumento industrial de la temperatura global, si no el sufrimiento humano colectivo, perfectamente ubicado, pero insidiosamente oculto en los pliegues de la propia civilización contemporánea, como los pesticidas cancerígenos diseminados en la atmósfera terrestre, así como la contaminación masiva urbana o rural en Magnolia, Japón, Estados Unidos, México y Brasil.

Para explicar sus ideas, Coase y los dos juristas canadienses utilizaron el ejemplo tomado del propio Coase, demostrando los matices de la cuestión, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, que Stinger más tarde llegó a llamar el *Teorema de Coase*. Ilustrativamente imaginó una carpintería cerca del consultorio de un médico, donde las vibraciones, el ruido y el polvo causaban molestias. O mejor dicho, la clientela médica comenzó a reducir y causar ausencia de prescripción. La solución es bastante simple: o la carpintería recubre el edificio con sesolantes o el médico, para no seguir perdiendo pacientes, cambia la oficina a un lugar más distante. Eso sí, ambos con altos costes. A la vista de este marco jurídico, surgen dos hipótesis jurídicas, desde el punto de vista del derecho. El primero, la carpintería es culpable y, por lo tanto, responsable del daño al médico. La segunda, la carpintería no es ni culpable ni responsable, ya que el ruido y las vibraciones constituyen inconvenientes normales y soportables por el derecho de vecindad.

Aunque complejo e incluso complicado, el teorema de The Coase buscaba la solución en los costes de las posibles soluciones y no exactamente en la norma jurídica aplicable a las mismas, como responsable del daño causado. Si, quizás, los costes se vuelven prohibitivos o insoportables para las partes, la solución racional será la búsqueda de una transacción bilateral, con el cierre de la ebanistería o consultorio médico por la

imposibilidad de convivencia profesional y la falta de recursos para que una de las partes asuma los destinos de la otra.

Se recuerda que Ronald Coase nunca abandonó la búsqueda de una solución consensuada a través de transacciones simplificadas y sus costos. Pero otra modalidad había sido presentada por Guido Calabresi en 1970 ante Yale University Press en su obra *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, imputando responsabilidad a quienes pueden soportar el menor costo o minimizar las consecuencias. Se mantienen las proporciones y las especificaciones apropiadas, lo que ahora ocurre con la etapa actual de la debida disposición judicial. En una sentencia, ya sea posesiva o reclamable, desestimada, los magistrados más recientes comúnmente terminan la disposición judicial con una condena de indemnización por pérdidas, daños, daños, reembolsos, etc., que no representan más que la aplicación de las ideas de Pigou, Coase y Stinger, que influyeron en las enseñanzas económicas de Richard Posner, especialmente en cuanto a la eficiencia del derecho con el teorema de Coase.

3.4. Normas Jurídicas de Eficiencia Económica

Las instituciones jurídicas y el derecho en su conjunto se consideran un medio para ayudar a maximizar la eficiencia económica, ya que las normas jurídicas influyen directamente en las elecciones de consumo individuales y sociales.

Así, los efectos legislativos pueden ser muy positivos y el estándar legal, según Bertoincini:

[...] deve ser vista como um instrumento para viabilizar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade, conforme a “eficiência de Kaldor-Hicks”. As sanções legais alteram a estrutura de incentivos de modo a que os agentes entrem em arranjos que sejam ótimos, no sentido de Pareto. Outra função substancial, é que a lei facilite a coordenação entre os agentes e as expectativas do Estado no momento em que entra em vigor. Dessa forma, já começa a ocorrer alguma conformidade com a lei, independentemente da ameaça de sanções que possam advir da nova lei.³⁴⁸

¿De qué manera, entonces, puede el ordenamiento positivo estimular el consumo de bienes bajo el control de la eficiencia económica y la isonomía? Hay varias

³⁴⁸ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Análise Econômica do Direito e a Lei Anticorrupção Empresarial: Lei 12.846/2013. **Onpedi Law Review**, Espanha, v. 2, n. 3, p. 332-353, jan/jun. 2016. p. 343.

posibilidades, y es importante enumerar las principales: (i) prevenir fallas del mercado, como monopolios y otros oficios que impiden la libre competencia); ii) velar por el cumplimiento de los acuerdos de negociación y iii) regular los costes que no interfieran directamente con los precios de los artículos, sino que se transfieran a terceros de forma inane, como los costes medioambientales derivados de acciones contaminantes.³⁴⁹ Estados Unidos, España, Reino Unido, Francia, Alemania, Portugal, Italia y Japón son un ejemplo de incorporación de los postulados de la AED en los diplomas jurídicos. En Brasil, existe una tendencia creciente a la convergencia entre las dos tradiciones jurídicas, como el *civil law* y el *commom law*. El Nuevo Código de Procedimiento Civil, promulgado en 2015, incorporó numerosos componentes del derecho consuetudinario, especialmente la valorización de los precedentes, a nuestro régimen jurídico que es la jurisdicción de derecho civil.

La Ley Anticorrupción (Ley 12.846/2013) es uno de los institutos jurídicos más importantes y pioneros en la protección de los lineamientos de la AED, “uma vez que a proteção de um mercado privado sadio, onde a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são respeitadas, é objetivo representativo dos mais elevados interesses sociais”,³⁵⁰ Mateus Bertoncini concluye que la realización de un equilibrio comercial es fundamental. El propósito directo de la ley era responsabilizar a las personas jurídicas por la comisión de actos ilícitos contra la Administración Pública, especialmente actos de corrupción.

Al analizar dicha regulación, Bertoncini la evalúa a la luz de los trámites económicos de la AED:

O ótimo de Pareto e a eficiência de Kolder-Hicks parecem ter sido alcançados, gerando as condições minimamente necessárias para uma economia informada por um menor grau de corrupção, capaz de promover “o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III do art. 3º da CF). Apenas o tempo dirá, por intermédio de uma pesquisa de campo, se a Lei 12.846/2013 efetivamente desenvolverá ou não o seu potencial econômico que de reduzir a corrupção e elevar os níveis de eficiência e moralidade das relações público-privado.³⁵¹

³⁴⁹ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009.

³⁵⁰ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Análise Econômica do Direito e a Lei Anticorrupção Empresarial: Lei 12.846/2013. **Onpedi Law Review**, Espanha, v. 2, n. 3, p. 332-353, jan./jun. 2016. p. 333.

³⁵¹ *Ibid*, p. 349.

No campo do direito ambiental, em busca de suprimir eventuais impedimentos de otimização da eficiência de uma relação econômica, Artur Cecil Pigou propôs um imposto especial destinado ao poluidor, com o intuito de forçá-lo a diminuir sua externalidade negativa. No Brasil, a solução advinda pelo denominado “imposto Pigouviano” foi acatada pela Constituição Federal ao designar o princípio do poluidor-pagador (art. 225, § 2º, CF/88).

En el campo del derecho ambiental, buscando suprimir cualquier impedimento para optimizar la eficiencia de una relación económica, Artur Cecil Pigou propuso un impuesto especial para el contaminador, con el fin de obligarlo a reducir su externalidad negativa. En Brasil, la solución que se aparta del llamado “impuesto Pigouviano” fue aceptada por la Constitución Federal al designar el principio de que quien contamina paga (art. 225, § 2º, CF/88).

Otros axiomas del orden económico incorporados al sistema positivo nacional fueron los impedimentos de las fallas del mercado, como el desequilibrio en las relaciones económicas resultante de la concentración de poder. Este callejón sin salida sigue estando prohibido con la norma empresarial que prohíbe el establecimiento de monopolios mediante la base constitucional de que el orden económico debe basarse en la libre competencia (art. 170, IV, CF/88).

En el derecho de los consumidores, una de las fallas del mercado encontradas fue la asimetría de la información entre el consumidor y la oferta. Sobre la base de que el eslabón más débil es el consumidor, el código de consumo (Ley 8078/90) proporcionó numerosas garantías al consumidor para superar este desequilibrio contractual.

En el ámbito penal, también se observaron las premisas económicas de la AED:

[...] através da teoria da coação psicológica de Feuerbach, que, inspirado na concepção utilitarista de que o homem em todas as suas ações pondera uma relação de custo benefício, criou o conceito da pena como uma ameaça, um desestímulo legal para que o cidadão venha a deixar de cometer determinados atos considerados, por lei, como crimes, de forma, no caso, o agente deixaria de realizar um crime devido ao custo (no caso, a liberdade, e, em outras hipóteses, a

*própria vida) ser alto em comparação com o benefício mediato ou imediato da ação.*³⁵²

3.4.1. Interpretaciones Judiciales en la Óptica del Análisis Económico del Derecho

En su obra *A Economia da Justiça*, Posner dice que el Análisis Económico del Derecho debe utilizarse cuando hay libertad para que los jueces realicen su discreción.³⁵³ En el sistema jurídico del *common law*, vigente en el contexto angloamericano, la facultad interpretativa del poder judicial es más amplia y frecuente, al permitir que las normas jurídicas sean creadas, y no sólo aplicadas, por los jueces. El orden positivo brasileño se basa en el *civil law*, teniendo como característica nuclear el uso de normas escritas, publicadas y documentadas en diplomas y códigos.

Aunque el *civil law* otorga menos apertura a los juristas que conforman el poder judicial, “la mayoría de las áreas del derecho público”, como es el caso del Código Tributario, “se rige por un texto constitucional o infra constitucional al que los jueces están obligados; a menudo, sin embargo, este texto es vago y debe interpretarse creativamente, lo que a su vez requiere el ejercicio de la discreción judicial”.³⁵⁴

Ante la premisa de que no existe una codificación capaz de positiva todas las hipótesis de controversias derivadas de la volatilidad de las relaciones humanas, procede el uso del análisis económico del derecho. A través de brechas constitucionales e infra constitucionales, según la concepción de Posner y otros estudiosos del área, se debe dar oportunidad a la interpretación judicial con compromiso con el desempeño económico.

Por lo tanto, la interpretación tiene una responsabilidad central en la aplicación de las leyes, como detalla Bullard:

[...] las malas leyes son causa de muchos problemas, y reflejan muchas veces el desfase realidad-derecho, pero gran parte de la responsabilidad recae también en la aplicación de la ley. Quizá sea preferible una mala ley bien aplicada que una excelente ley mal aplicada. Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el derecho. Es a través de la interpretación y aplicación de

³⁵² BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica Austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da Justiça Fiscal. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 10.

³⁵³ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xv.

³⁵⁴ *Ibid*, p. xv.

*la ley al caso concreto que esta se convierte en realidad. Al construirse este puente se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena.*³⁵⁵

En Brasil y otros contextos latinoamericanos similares, por ejemplo, los autores Pargendler y Salama estructuran tres fundamentos de que el poder judicial se encuentra actualmente en un entorno jurídico propicio para la irradiación de la racionalidad económica: (i) la ideología basada en la carta de 1988, especialmente en el Art. 3, de que el Estado constituye un motor de políticas públicas en el país; ii) el aumento de la discrecionalidad dirigida al poder judicial, y el establecimiento y aplicación de políticas públicas constitucionales ejercidas por los jueces es cada vez más frecuente; y iii) el factor jurídico, ya que el ordenamiento jurídico debe estar facultado para consagrar las demandas económicas, ya sea mediante interpretación normativa o judicial.³⁵⁶

Para establecer un vínculo entre la interpretación del derecho y el conocimiento económico, el análisis económico del derecho proviene de:

*El AED es una herramienta que justamente permite construir el puente entre realidad y derecho. Sus herramientas permiten salir del texto frío de la ley y de meros ejercicios semánticos, para comprender sus efectos. El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. Él convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes de que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía. Por ello, el AED puede tener especial relevancia en la labor judicial y en general, en la labor de aquel operador del derecho que tiene justamente que decidir casos en base a normas. El impacto de las decisiones judiciales sobre la economía es tan evidente que usualmente no nos damos cuenta de ello. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto generan confianza y, a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no solo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan.*³⁵⁷

Se puede insar que el poder judicial:

³⁵⁵ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 34. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

³⁵⁶ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (coord). **Estudo sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da Análise Econômica do Direito**. [S.l.]: Almedina, 2017. p. 49-55.

³⁵⁷ BULLARD, op. cit., p. 34.

[...] pode construir um direito mais determinável, sem abrir mão da efetivação dos valores constitucionalmente consagrados. A análise consequencialista das decisões judiciais, visualizando o custo-benefício de sua concretização, tendo em mente conceitos como da eficiência alocativa e o ótimo paretiano [...], poderão proporcionar um controle jurisdicional menos subjetivo, empirista e inerte no que concerne à realização da eficiência alocativa dos recursos.³⁵⁸

Por lo tanto, se admite que “una evaluación consecuente de las repercusiones económicas y sociales de las decisiones judiciales tiene por objeto subordinar explícitamente los criterios de justicia aplicados por los tribunales a una funcionalización ‘social’, en particular por imperativo constitucional es decir, la AED aplicada en las sentencias judiciales tiene el alcance de garantizar que la decisión tenga consecuencias acordes con la norma constitucional y el concepto de justicia, juntos a la eficiencia.

En contraste con la importancia de una interpretación a la luz de la AED, ya un escaso apoyo de esta matriz teórica en las decisiones judiciales en muchos países es necesario abordar el derecho extranjero de los países que adoptan en el abultamiento de sus decisiones dicha teoría y otras juzgadas que son pioneras en la implementación de la AED en sus jurisdicciones. Además de los postulados americanos, jueces de diversas naciones apoyan preceptos económicos en sus decisiones, desde países de *commom law*, hasta los de *civil law*, que abordarán las decisiones destacadas.

Al final, insta a discutir la cuna del *Law and Economics*: los Estados Unidos. Teniendo esta corriente teórica ampliamente aplicada en las interpretaciones de sus sentencias judiciales, prevalece una fuerza vigorosa y grande en el pensamiento jurídico norteamericano, del cual es, y seguirá siendo, la escuela jurisprudencial avalada con más influencia dentro del país.

Debido al prestigio de la Escuela de Chicago y también al interés político en la difusión del pensamiento jurídico liberal, el académico principal de AED, Richard Posner, fue nombrado por el entonces presidente de los Estados Unidos Ronald Reagan, juez de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit) en 1981. En su práctica en la Corte,

³⁵⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito fundamental à vedação do confisco tributário.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 160.

obviamente propagó ideales económicos, como la eficiencia y el costo de transacción, como una herramienta valiosa para comprender, interpretar e instituir disposiciones legales, lo que confirió una mayor popularidad de tal teoría dentro del poder judicial estadounidense.

Por lo tanto, un examen del trabajo judicial de Posner, mediante el empleo de una metodología jurisprudencial orientada a las proposiciones económicas, ofrece una oportunidad sin precedentes para evaluar la utilidad del análisis económico en la toma de decisiones judiciales estadounidenses, demostrando los poderes y limitaciones de esta escuela de pensamiento. Preliminarmente, una fuerte crítica dirigida a las acciones de Posner es que a menudo empleó la AED de manera irresponsable en los casos concretos, aplicándola de manera selectiva e incompleta. Como Cohen examina, el economista estaba interesado en propagar su ideología política conservadora, utilizando el análisis económico como un puente para lograr tal modelo de sociedad.

En el caso estadounidense *Merritt c. Faulkner* (7° Circuito, 1987)³⁵⁹, el juez Posner se ocupó de las fallas del mercado en el derecho penal. En resumen, el caso se aprobó por el cargo de violación de la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, debido a que un médico de la prisión había sido acusado de maltratar una tuberculosis de un recluso, quien, debido a ello, perdió la vista. El litigante no pudo tener un abogado y solicitó el derecho a nombrarlo.

El juez de primera instancia denegó la petición de nombramiento de un abogado y el preso apeló. Debido a la disidencia de Posner, el tribunal de apelaciones determinó que el juez de primera instancia abusó de su discreción al negarle al prisionero un abogado. Posner sostuvo que “un preso que tiene un buen proceso de indemnización debe poder contratar a un abogado competente y [...] al hacer que el prisionero siga este camino, sometemos el mérito probable de su caso a pruebas de mercado”,³⁶⁰ un argumento también utilizado en el caso *McKeever v. Israel* (7° Circuito, 1982). Esto significa que debido a que el dinero está involucrado en procedimientos civiles, existe la posibilidad de un acuerdo de honorarios de contingencia, por lo que los acusados civiles tienen más acceso a abogados y, en consecuencia, más aptitud para ganar el caso en litigio, a diferencia de los acusados penales. Por lo tanto, si el demandante no obtiene un

³⁵⁹ UNITED STATES. *Merritt v. Faulkner*, 697 F.2d 761. Seventh Circuit. 5 de janeiro de 1983. Disponible en: <https://www.anylaw.com/case/merritt-v-faulkner/seventh-circuit/01-06-1983/t4ZbP2YBTITomsSBRWEI>. Acceso en: 15 jun. 2020.

³⁶⁰ *Ibid*, não paginado.

abogado, significa que el mercado ha rechazado su solicitud de representación indigna y el tribunal también debería hacerlo. Posner argumentó que, si este tipo de falla del mercado estuviera presente, la acción correctiva apropiada sería proporcionar a los presos listas de abogados dispuestos a representarlos en un nivel de contingencia.

Es innegable que el movimiento AED se está desarrollando enormemente en el campo legal estadounidense, tanto en las escuelas de derecho como en los tribunales. Esto se debe a que el país se basa en un sistema que ofrece mayor libertad y discreción al poder judicial, *commom law*.

La aplicación de esta línea de pensamiento económico en las instituciones jurídicas del *commom law* defiende, sobre todo, la eficiencia -definida como la maximización de la riqueza- como categoría guía de la jurisprudencia. En la práctica, es probable que se cuestione y rechace un precedente ineficiente, lo que, al mismo tiempo, conduce a los resultados del *common law* consuetudinario a una tendencia a desarrollar soluciones eficientes a largo plazo.³⁶¹

A pesar de la gran expansión de la AED en los países que adoptan el *common law*, no existe ningún impedimento para el uso de dicha escuela en las jurisdicciones de *civil law*, teniendo en cuenta que los objetivos de ambos ordenamientos jurídicos son similares y la mayoría de los análisis económicos pueden aplicarse en ambos modelos.

Así, en la jurisdicción del *civil law* español, por ejemplo, el análisis económico también se aplica ampliamente. Todavía en la senda del derecho penal, el tribunal español concluyó, en relación con un proceso de delitos relacionados con las drogas, que, si bien la lucha contra el tráfico de drogas está dirigida principalmente a garantizar el bien jurídico de la salud colectiva y las consecuencias nocivas que ciertas sustancias psicoactivas pueden causar a la salud individual de sus usuarios, no es posible ignorar el enriquecimiento que tal actividad puede ejercer:

Y en la bibliografía criminológica influida por el denominado Análisis Económico del Derecho (Law and Economics) existe un amplio consenso en poner de relieve la eficacia disuasoria que llega

³⁶¹ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. Curso de Análise Econômica do Direito. São Paulo: Atlas, 2020. p. 3.

*a producir la pérdida del dinero invertido y de la expectativa de ganancia futura.*³⁶²

Así, se reconoce, a través de las premisas de la AED, que existe una gran eficacia disuasoria cuando hay una mayor pérdida de dinero invertido en actividades ilegales en contraste con la expectativa de ganancias futuras. Por lo tanto, las sanciones pecuniarias y la pérdida de instrumentos utilizados para esta actividad se consideran como un mecanismo de prevención para prevenir futuros delitos, y es importante transmitir a quienes pretenden iniciar o continuar el narcotráfico el mensaje de que no es un negocio rentable. Por lo tanto, la política criminal juega un papel muy importante en la implementación de medidas que reducen el beneficio potencial del tráfico de drogas.

En el ámbito estadounidense, Posner también aplicó su teoría procesal en los procesos penales. En el caso Estados Unidos v. Kaminski (7º Circuito, 1983), su interpretación judicial defendió una reducción de costos al analizar el litigio. Sucedió que el acusado se jactó de sus habilidades incendiarias ante un informante del gobierno. El informante tendió una “trampa” al acusado poniéndolo en contacto con un agente encubierto, quien se ofreció a contratar al acusado para prender fuego a un edificio. El acusado estuvo de acuerdo y fue arrestado en el edificio antes de que pudiera prenderle fuego. Al mantener la condena del acusado por el jurado, el tribunal determinó que las pruebas en el caso establecían que el acusado estaba predispuesto a cometer el delito. Posner, por su parte, abogó por un enfoque económico, pronunciando el siguiente argumento:

*Se a polícia seduzir alguém a cometer um crime que não o teria cometido sem suas lisonjas e, em seguida, prendê-lo e ele for processado, condenado e punido, os recursos da aplicação da lei são desperdiçados no seguinte sentido: recursos que poderiam e deveriam ter sido usados em um esforço para reduzir a taxa de criminalidade inaceitavelmente alta da nação são usados na atividade totalmente estéril de primeiro incitar e depois punir um crime. No entanto, se a polícia está apenas induzindo alguém a cometer mais cedo um crime que ele acabaria por cometer, mas fazê-lo em circunstâncias controladas, em que os custos de apreensão e condenação para o sistema de justiça criminal sejam minimizados, a polícia está economizando recursos.*³⁶³

³⁶² MADRID. Superior Tribunal de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 614/2016**, nº de Recurso: 3/2014. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 23 de diciembre de 2016. (ROJ: SAP M 17083/2016).

³⁶³ CHICAGO. Tribunal de Apelações de Chicago, Estados Unidos. v. Kaminski, 7º Circuito, 1983.

Al parecer, el encarcelamiento involucra tanto los costos directos del gasto de tiempo y trabajo de los agentes del orden como los costos del error de enjuiciar a las personas que no cometerían un delito. Por otro lado, la actividad realizada por los agentes en el caso disminuyó los costos directos y de error y, por lo tanto, fue apropiada a juicio del juez Posner.

Además, en otra causa penal española, el magistrado Don Jesús Fernández Entralgo utiliza la misma línea de razonamiento. Para cumplir con su función, el Magistrado se basa en que la pena debe producir un efecto disuasotivo de la acción penal, impidiendo que el encarcelado vuelva a cometer tales delitos, sin embargo, tampoco puede ser rigurosa en la medida en que sea desproporcionada con respecto al delito cometido, como se desprende de un extracto de la sentencia del Órgano Provincial de España:

Los estudios sobre Análisis Económico del Derecho (“Law and Economics”) concluyen que, para que la pena produzca ese efecto, su aflictividad ha de ser tal que el delincuente comprenda que el castigo amenazado primero e impuesto después no compensa el beneficio que pudiera reportar la infracción. Esta regla resulta especialmente aplicable en los casos de delitos patrimoniales.³⁶⁴

La pena, por lo tanto, basada en la visión de la teoría económica, es un castigo que consiste en un mal necesario al que infligió la ley penal, y que este “mal”, además de la función de remuneración, debe concebir otros dos objetivos preventivos: uno de ellos, con miras a la comunidad, para demostrar que el sistema punitivo está efectivamente vigente, de modo que esta percepción ahuyentará a otros delincuentes potenciales y la segunda es la prevención del individuo que ya ha cometido el delito, que tiene como objetivo neutralizar posibles intentos de reincidencia:

Hace casi medio siglo, los especialistas en el “Análisis Económico del Derecho” explicaron que el criminal en potencia sopesa los beneficios y perjuicios que le reportaría la comisión del delito, de modo que si aquéllos son superiores a éstos (teniendo en cuenta el trípode representado por la aflictividad de la pena conminada, y la

³⁶⁴ MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, n° de Resolución: 411/2016**, n° de Recurso: 194/2016. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 27 de julio de 2016. (ROJ: SAP M 11017/2016).

*certidumbre y prontitud de su imposición) no dudará en arriesgarse a delinquir.*³⁶⁵

Así, para el derecho español, la sanción penal impuesta debe ser mayor que el beneficio de cometer el delito, y es necesario que la pena se mida desde el objetivo de que el condenado aprenda que no compensa cometer el delito, porque el efecto disuasorio de la pena es mayor que el beneficio del delito.

A la luz del punto de vista económico, los principios de la AED surgen para resolver la dosimetría de la pena de varios casos penales españoles. Por ejemplo, si un individuo conducía un vehículo motorizado sin tener licencia administrativa para tal fin, se puede encontrar una sanción congruente en una multa, o una sanción alternativa por servicios comunitarios, lo cual es más inconveniente para el culpable que someterse a ese tiempo de enseñanza para lograr su habilitación. Es decir, la sanción debería ser más angustiosa y costosa que el tiempo asignado para obtener la licencia de conducir.

En otro juicio penal se emplea la misma línea de razonamiento económico cuando se discute que las penas deben tener como objetivo obtener el mayor beneficio económico posible, es decir, “*el efecto disuasorio de la pena dependió en gran medida de extender el mensaje de que el crimen no es rentable no sólo por la imposición de una pena particular de libertad sino por la acumulación de otra pecuniaria*”.³⁶⁶ Por lo tanto, la pena expropiatoria debe ser tal que la ejecución del delito no sea rentable.

En relación con la revisión penal, se invocan dos argumentos centrales de análisis económico, en diferentes sentencias del Órgano Provincial del municipio de Cádiz, en función del extracto de la resolución:

6. ARGUMENTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO. *La literatura económica ha apuntado dos razones a favor de la revisión judicial de la pena. El control judicial de la cláusula penal evita su utilización como barrera de entrada frente a futuros competidores por cuanto la combinación en el mercado de contratos de larga duración con las cláusulas penales desproporcionadas afecta negativamente a la competencia. Y un claro ejemplo de ello lo tenemos en los contratos de instalación de máquinas recreativas como el litigioso; por otra parte, en la práctica forense son bien conocidos los problemas que ocasionan a las*

³⁶⁵ MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 165/2016**, nº Recurso: 1169/2015. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 05 de abril de 2016. (ROJ: SAP M 15414/2016).

³⁶⁶ MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 161/2015**, nº Recurso: 41/2015. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 06 de marzo de 2015. (ROJ: SAP M 3751/2015).

*Comunidades de Propietarios sus intentos de desvincularse de compañías de mantenimiento de ascensores recientemente superado en la doctrina del Tribunal Supremo. Por contra, las tan citadas cláusulas penales disminuyen los costes de transacción, en cuanto a la determinación judicial del daño y también en la medida que sortean un exceso ineficiente de información contractual recíproca frente a eventuales incumplimientos.*³⁶⁷

Está demostrado, a partir de los jueces españoles antes evidenciados, que, en el ámbito penal, los institutos económicos se insertan en gran medida en los postulados judiciales del derecho español. Estos institutos desempeñan un papel esencial en la medición de las sanciones penales y en la importancia de la revisión judicial penal con el objetivo principal de prevenir futuros delitos y mejorar la eficiencia penal.

Al regresar a la ley de los Estados Unidos, se perciben algunas aplicaciones de la AED a la ley corporativa. En *Sutter v. Groen* (7º Circuito, 1982), Posner utilizó el análisis de mercado indirectamente para formular una regla de derecho corporativo. Al analizar las ventajas y desventajas de la adopción de una distinción legal entre inversores y empresarios, el juez examinó si el aumento de los costos de las futuras distinciones judiciales entre estas dos categorías debe evitarse para proteger tanto a los empresarios como a los inversores. Al rechazar este razonamiento, argumentó que los costos de administrar las normas jurídicas son una preocupación adecuada en el diseño de estas normas. Su conclusión fue que la expansión de los pasivos rara vez aumenta la economía neta y requiere la suposición de que la demanda de este tipo de litigios es relativamente elástica.

Sobre la aplicación del teorema de Coase, Posner hizo uso explícito en varios juicios judiciales. En *United States Fidelity & Guaranty Co. v. Jadranska Slobodna Plovidba* (7º Circuito, 1982), el tribunal confirmó la conclusión de un jurado de que un armador no era responsable de la muerte de un tapón largo que había caído a través de una escotilla abierta en una bodega oscura de un barco. Posner invocó el teorema para apoyar su argumento de que la costumbre comercial de dejar las escotillas abiertas en cuartos oscuros constituía evidencia de que la práctica peligrosa estaba justificada por el costo y, por lo tanto, no constituía un acto negligente e ilegal.

³⁶⁷ MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 182/2015**, nº Recurso: 476/2014. Audiencia Provincial, Sección 2ª. Ponente: Antonio Marin Fernandez. 31 de julio de 2015. (ROJ: SAP C 779/2015).

El postulado de costo-beneficio también fue abordado por Posner como juez de los Estados Unidos, especialmente en casos de delitos civiles. La principal contribución en la solicitud fue extender este análisis a varios temas jurídicos y fortalecer su comprensión y uso en el razonamiento jurídico.

Por ejemplo, en el caso de *United States Fidelity & Guaranty Co. v. Jadranska Slobodna Plovidba* (7° Circuito, 1982), Posner adoptó la fórmula de la Learned Hand. Esta fórmula consiste en comparar la carga resultante de la prevención de accidentes (“B”), con los costos esperados del accidente (“PL”), es decir, la magnitud del daño causado por un accidente, “L”, contada por la probabilidad de que ocurra el accidente, “P”. Si B es menor que PL, la persona involucrada en la actividad peligrosa será considerada negligente.

Enfatizando el uso de la fórmula tradicional de Learned Hand, Posner declaró que “no produce resultados matemáticamente precisos en la práctica. Sin embargo, la fórmula es una ayuda valiosa para aclarar el pensamiento sobre los factores que son relevantes para un juicio por negligencia y sobre la relación entre estos factores”.³⁶⁸

En el mencionado juicio de *United States Fidelity & Guaranty Co. v. Jadranska Slobodna Plovidba* (7° Circuito, 1982), el juez Posner aplicó la fórmula de Learned Hand para corroborar la conclusión del jurado, es decir, que la acción del armador no constituyó negligencia. La magnitud de la pérdida, “L”, fue grande, porque una caída probablemente causaría daños graves o la muerte. Desde otro ángulo, la carga de precaución, “B”, era de moderada a pequeña, ya que el armador podría haber cerrado la puerta del sótano o colocado una señal de advertencia a un costo relativamente bajo. En el caso de que el armador no fuera considerado negligente, por lo que la probabilidad del accidente, P, tendría que ser muy baja, como fue el caso. Como el lugar del accidente, la escotilla, estaba en completa oscuridad, el economista reflexionó sobre que solo un imprudente de larga estancia habría entrado en ese lugar.

Bajo otra vuelta de tuerca, al examinar la normativa sobre seguridad social, interseccional con el equilibrio económico y la aplicación del principio de igualdad, en el Tribunal Constitucional de España, el magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos discrepó

³⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. *United States Fidelity & Guaranty Co. v. Plovidba*, 683 F.2d 1022, 1022. Séptimo Circuito. 28 de mayo de 1982. Disponible en: <https://www.ravellaw.com/opinions/f34203b1edfecf7de16875c66526e6cb>. Acceso a: 13 Jun. 2020.

de la mayoría de los jueces de que la aplicación de la igualdad puede ser sometida a un control menos estricto en estos casos:

Esto se traduce en una exención de la constitucionalidad basada en lo que se ha llamado despectivamente la imposibilidad de aplicar la lírica constitucional a la prosa del sistema económico. Lo que ha declarado este Tribunal en numerosos pronunciamientos es que su intervención queda limitada, tal como se afirma en la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6, a los casos en que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable.³⁶⁹

Así, el magistrado considera que no es razonable relajarse el principio de igualdad, y sostiene que la aplicación de las premisas del análisis económico del derecho en conjunción con los principios constitucionales es factible:

Entiendo que la función constitucional otorgada por el art. 41 CE al régimen público de Seguridad Social, tendente a garantizar la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, puesta en conexión con el mandato constitucional del art. 9.2 CE, de que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, implica que el control que debe desarrollar el Tribunal Constitucional sobre la normativa de la Seguridad Social debe tomar rigurosamente en consideración el análisis económico del Derecho, teniendo en cuenta la incidencia que tiene cualquier medida en materia de Seguridad Social, cuyo diseño corresponde al legislador, en el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, la aplicación de los principios en que se funda este[...]; pero esta arquitectura constitucional implica también que el control jurisdiccional debe ser igualmente riguroso en el respeto a los derechos fundamentales, especialmente el principio de igualdad [...].³⁷⁰

Otro juicio sobre seguridad social involucró a una empresa de panadería, ya en concurso de acreedores (procedimiento de licitación en el Derecho español), que constituía una gran deuda. A través de los locales de la AED, se contactó para que fuera antilógico pagar las deudas por completo, pues por lo que ningún inversionista, interesado o comprador tendría ningún incentivo para adquirir siquiera una de las panaderías o para

³⁶⁹ ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia nº 156/2014**, BOE nº 262/2014. Órgano Pleno. 29 de octubre de 2014.

³⁷⁰ Ibid, no paginado.

quedarse con parte de los puestos de trabajo si se le acusa de todas las obligaciones pendientes de pago inmediato:

*[...] desde el punto de vista de un análisis económico del derecho, [...] se revela de forma bastante palmaria lo ilógico y antieconómico de aquellas posturas que defiende la sucesión de empresa completa – y no limitada – del conjunto de las deudas laborales y de la Seguridad Social que tenía la concursada.*³⁷¹

El sistema judicial portugués también ha decidido sobre un caso análogo relacionado con asuntos de quiebra. Bajo la relatoría del juez João Ramos de Sousa, una medida recursal también aplicó ampliamente los institutos de análisis económico de la ley para lograr la resolución de la disputa. Desde el menú de la decisión, que en portugués se llama “resumen”, ya es posible verificar el uso de esta escuela económica:

1. À luz do Teorema de Coase e da Teoria da Empresa (Teoria da Firma), é economicamente eficiente, no crédito ao consumo, transferir uma parte do risco das flutuações de salários e outros rendimentos, dos consumidores para os credores bancários e financeiros, porque estes têm informação privilegiada sobre o mercado, que lhes permite funcionar como seguradores dos riscos correspondentes.

2. O regime da exoneração do passivo restante, dos arts. 235 e ss. do CIRE é modelado sobre soluções legislativas europeias inspiradas nessa análise económica do direito.

*3. O elenco dos factos provados e não provados do despacho liminar aí previsto é o que consta da sentença de insolvência já proferida e transitada em julgado, podendo o Tribunal seleccionar aí os que interessam a tal decisão, mas não fazendo sentido ter em conta outros. Assim, os factos apurados (provados) na sentença que decretou a falência não podem ser desconsiderados no despacho liminar de exoneração do passivo restante.*³⁷²

En este caso, se utiliza *Law and Economics* como principal base jurídica y económica para la exención de los pasivos restantes de la empresa insolvente, también en el citado caso judicial español. La mayoría de las veces, el rel. realiza una historia de las intersecciones entre la categoría legal de quiebra y los estudios del análisis económico

³⁷¹ MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Apelación, nº Recurso: 648/2015**. Juzgado de lo Mercantil, Sección 5ª. Ponente: Don Florencio Molina Lopez. 06 de julio de 2016. (ROJ: AJM B 92/2016).

³⁷² LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n. 1719/10.3TBALQ-D.L1-1**. 1ª Secção. Regulação do poder paternal. alteração da regulação do poder paternal. Interesse da criança. [...] Alimentos. Relator: Dr. João Ramos de Sousa, 06 de dezembro de 2011.

del derecho, especialmente sobre los conceptos de fallas de mercado y eficiencia económica:

No último quartel do século XX, a teoria económica interessou-se pela questão da falência e insolvência, no âmbito da análise dos mercados e das falhas de mercado. Começaram a aparecer estudos da análise económica do direito da insolvência, quando a análise económica começou a incidir sobre o direito. A teoria jurídica tradicional centrava as suas preocupações nos aspectos de justiça e punição dos ilícitos; mas análise económica do direito centra as suas preocupações nos aspectos de eficiência económica do regime da falência/insolvência; o aspecto sancionatório do regime passa assim a um plano secundário. Sobretudo, o legislador português teve de acertar o passo pelos sinais recebidos da União Europeia e particularmente da Alemanha, esta claramente inspirada no direito dos Estados Unidos, onde a análise económica do direito se havia tornado dominante nas faculdades de direito e nos tribunais federais.³⁷³

Tras la breve historia sobre la AED y la categoría jurídica de la quiebra, la Sentencia en mención también demuestra la justificación que el análisis económico del derecho americano prevé para el régimen jurídico de la insolvencia empresarial:

*O direito contratual, em particular o direito dos contratos bancários, é um mecanismo jurídico destinado a facilitar a eficiência económica dos contratos, antes que um método de proteger cada uma das partes no contrato. Para a análise económica do direito, os contratos permitem reduzir os custos de transacção da actividade económica e empresarial. É menos custoso obter o cumprimento dos contratos ao abrigo da lei e do sistema executivo que o Estado instituiu, do que procurar a execução forçada dos contratos por vias particulares (a justiça privada, sempre incerta). Isto explica os preços elevados dos bens nos mercados clandestinos, por exemplo as bebidas alcoólicas durante a Lei Seca ou as drogas proibidas nos tempos actuais. (Este é o resultado directo do Teorema de Coase, formulado já em 1960 por Ronald Coase, em *The problem of social cost*, *Journal of Law and Economics* 3:1-44, um dos primeiros alicerces da análise económica do direito e da teoria da empresa, *theory of the firm*. [...]) O regime da insolvência deve ser visto à luz do teorema de Coase e da teoria da firma. As medidas que parecem favorecer o insolvente, tal como o perdão das dívidas deste, são um mal menor comparado com um regime legal que levasse inevitavelmente à liquidação jurídico-económica dos insolventes, induzindo insolvências em cadeia, e a conseqüente convulsão do sistema bancário, com custos sociais muito elevados. São afectados com este regime, não os credores*

³⁷³ LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n. 1719/10.3TBALQ-D.L1-1**. 1ª Secção. Regulação do poder paternal. alteração da regulação do poder paternal. Interesse da criança. [...] Alimentos. Relator: Dr. João Ramos De Sousa, 06 de dezembro de 2011.

particulares, os comerciantes ou industriais, mas sim os credores bancários, a banca e outros operadores do mercado financeiro, que já tomaram medidas de protecção nos cálculos do risco de crédito e juros (isto é, já tiveram em conta esse risco ao contratarem o empréstimo e ao fixarem os respectivos juros), e por isso têm um prejuízo mínimo. Um especialista do direito da insolvência na Law & Economics afirma que é economicamente eficiente no crédito ao consumo transferir uma parte do risco das flutuações de salários e outros rendimentos dos consumidores para os credores bancários, porque estes têm técnicos especializados em analisar as condições e rendimentos dos consumidores e também as eventuais flutuações do mercado. Informações privilegiadas que lhes permitem funcionar como seguradores do crédito que concedem. E quando não o fazem convenientemente, é economicamente eficiente que sejam eles e não os seus clientes/ consumidores a suportar os riscos daí decorrentes (S.A. Rea, 1984, Arm-breaking, consumer credit and personal bankruptcy, Economic Inquiry, 22:188-208).³⁷⁴

Por lo tanto, se concluye que, a la luz de los ideales de la AED, las medidas que parecen favorecer al insolvente, como la condonación parcial o total de sus deudas, son vistas como un “mal” menor cuando se comparan con un régimen legal que llevaría a la liquidación del insolvente, lo que aumentaría una consiguiente convulsión del sistema bancario, con costos sociales mucho más altos que la condonación de la deuda.

El instituto de la eficiencia económica, a su vez, también se ha introducido en la jurisprudencia española. En el tema medioambiental de la adquisición de créditos de carbono, el Tribunal Constitucional basó que, para poder realizar la compra de créditos, era necesario evaluar cuáles cumplían mejor los criterios de eficiencia, potencial de reducción de emisiones de gases contaminantes e innovación, todo ello establecido en la normativa legal española:

La adquisición de créditos de carbono a cargo de proyectos desarrollados en España conforme al Real Decreto 1494/2011 ha de llevarse a cabo y motivarse conforme a los criterios establecidos en el artículo 7.4 (eficiencia económica, potencial de reducción de emisiones, sostenibilidad financiera, y “adicionalidad”) que enmarcan el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los órganos del fondo a la hora de priorizar los sectores y actuaciones en relación con los cuales se puede adquirir estos créditos, y para lo que es preciso proceder a complejas valoraciones de oportunidad, eficacia, viabilidad técnica y económica.³⁷⁵

³⁷⁴ LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 1719/10.3TBALQ-D.L1-1**. 1ª Secção. Regulação do poder paternal. alteração da regulação do poder paternal. Interesse da criança. [...] Alimentos. Relator: Dr. João Ramos de Sousa, 06 de dezembro de 2011.

³⁷⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 62 y 64, nº 164**. Órgano Pleno. 07 de junio de 2018.

Con base en los Decretos 1494/2011 y 1007/2015, se estableció que, para la compra de créditos de carbono por parte del comité ejecutivo del fondo de carbono, en busca de lograr una economía sostenible, se adoptaron los siguientes criterios:

a) Eficiencia económica, de tal forma que la adquisición se lleve a cabo a un coste inferior al de otras alternativas disponibles; b) Potencial de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; c) Sostenibilidad financiera en el largo plazo con los flujos generados por el propio proyecto, de tal forma que se garantice el carácter extraordinario de las adquisiciones por parte del Fondo; d) Adicionalidad, en el sentido de que la adquisición de reducciones verificadas de emisiones por parte del Fondo deberá permitir superar barreras financieras, tecnológicas o de otro tipo que dificulten su viabilidad.³⁷⁶

Por lo tanto, además del requisito de eficiencia económica, el potencial de reducción de gases de efecto invernadero, la sostenibilidad y la progresividad financieras y tecnológica fueron otros factores importantes para la adquisición antes mencionada.

También en la cuestión medioambiental, el Tribunal austriaco también aplicó supuestos económicos en la Decisión n. 2018/07/0454. El proceso abordó el fortalecimiento de la protección del medio ambiente y el contexto del desarrollo económico y ecológico, junto con el diseño de la eficiencia, con miras a una mejor participación pública en los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones ambientales, como se puede ver:

§2 Z 5 UIG 1993 idF BGBl. I Nr. 6/2005 und § 2 Z 5 Stmk. UmweltinformationsG 2005 stellen eine wortgetreue Umsetzung von Art. 2 Z 1 lit. e der Umweltinformationsrichtlinie dar. Aus dem Ziel des UIG 1993 und des UmweltinformationsG Stmk 2005 (vgl. Gesetzesmaterialien zur UIG Nov 2004: ErläutRV 641 BlgNR 22. GP I; nahezu wortgleich zur Stammfassung des Stmk UmweltinformationsG 2005: ErläutRV XIV. GPS tLT EZ 2212/I, 11), den Umweltschutz durch die verbesserte Teilnahme der Öffentlichkeit na Entscheidungsverfahren in Umweltfragen zu stärken, und dem Entstehungszusammenhang des § 2 Z 5 UIG 1993 bzw. § 2 Z 5 Stmk. UmweltinformationsG 2005, der letztlich darauf beruht, dass bei der Handhabung der Vorgängerregelungen Probleme im Sinne eines engen Verständnisses der betroffenen Informationen, insbesondere der wirtschaftlichen Aspekte umweltrelevanter Maßnahmen, wahrgenommen wurden, ergibt sich, dass eine weite Auslegung des

³⁷⁶ ESPANHA. Decreto n° 1494/2011, de 24 de octubre. Regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible. Espanha: Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

Begriffs der Umweltinformation geboten ist (vgl. VwGH 26.6.2019, Ra 2017/04/0130, und 26.11.2015, Ra 2015/07/0123; VwGH 29.5.2008, 2006/07/0083). Die Kostenaufteilung betreffend eine umweltrelevante Maßnahme zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Kraftwerksbetreiber kann in diesem Sinn als “wirtschaftliche Annahme” angesehen werden, die im Rahmen der betroffenen Maßnahme bzw. Tätigkeit verwendet wird. So ist eine solche typischerweise maßgeblich für die konkrete Ausgestaltung der Maßnahme oder Tätigkeit, zumindest stellt sie aber eine Information darüber dar, in welchem Ausmaß (und damit letztlich mit welcher Effizienz) finanzielle Mittel zu Zwecken des Umweltschutzes eingesetzt werden, und damit eine relevante Größe für den umweltpolitischen Diskurs in der Öffentlichkeit. Ein (zumindest wahrscheinlicher) Einfluss der Kostenaufteilung selbst auf Umweltbestandteile oder -faktoren ist für die Qualifikation als Umweltinformation hingegen nicht erforderlich. Nach dem klaren Gesetzes- und Richtlinienwortlaut muss sich nur die Tätigkeit bzw. Maßnahme im Sinne der Z 3 (zumindest wahrscheinlich) auf Umweltbestandteile und -faktoren auswirken, nicht aber die im Rahmen einer solchen Tätigkeit bzw. Maßnahme verwendete Analyse oder Annahme im Sinne der Z 5. Damit kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob die betroffene Kostenaufteilung wegen der angeblich durchgeführten wirtschaftlichen Optimierung bei der Auswahl unter verschiedenen Varianten für den Kanalbau auch unmittelbar Auswirkungen auf die Gestaltung und damit die Umweltauswirkung der Maßnahme hat.³⁷⁷

Como se ha visto en la sentencia mencionada, el tribunal declaró que la división de costes, en relación con una medida pertinente para el medio ambiente entre el sector público y la central eléctrica privada, puede considerarse, en este sentido, como un “presuposición económica” que se utiliza en el contexto de la medida o actividad de que se trate. Esto suele ser decisivo para el diseño específico de la medida o actividad y proporciona información sobre el alcance (y, por lo tanto, con qué eficiencia) se utilizan los recursos financieros con fines de protección ambiental y, por lo tanto, una variable relevante para el discurso de la política ambiental pública. Así, no fue determinante si la asignación de costes en curso tuvo un impacto directo en el proyecto y, por tanto, en el impacto ambiental de la medida debido a la optimización económica supuestamente realizada en la selección de diferentes variantes para la construcción de aguas residuales.

A este respecto, el mismo Tribunal de Austria dictaminó en 1973 que, ante la posibilidad técnica de conservación posterior del objeto durante un período determinado o indefinido, los costes de dicha conservación y el ahorro de gasto de dichos

³⁷⁷ ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo da Áustria. Número comercial: Ra 2018/07/0454, Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 2019: RA2018070454.L04. 19 de dezembro de 2019.

costes carecen de pertinencia. En particular, no hay consideración de los intereses públicos (en la preservación por importancia histórica, artística o cultural) y, por ejemplo, de los intereses privados basados en aspectos económicos, según la decisión mencionada:

In einem Verfahren nach den §§ 1 Abs 1 und 3 DSchG sind die technische Möglichkeit der weiteren Erhaltung des Gegenstandes auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, die Kosten einer solchen Erhaltung und die Wirtschaftlichkeit der Aufwendung solcher Kosten unbeachtlich. Insbesondere hat keine Abwägung öffentlicher Interessen (an der Erhaltung wegen geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung) und etwa nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteter privater Interessen stattzufinden (Hinweis E 11.9.1963, 2001/62, E 24.2.1965, 1377/64, E 18.5.1972, 2262/71).³⁷⁸

El Tribunal Supremo de Austria, por su parte, aprobó la fusión de los dos mayoristas de revistas para fundar una *joint venture* que actuará en el mercado de la logística contractual (organización del transporte, manipulación y almacenamiento de mercancías, así como procesamiento de pedidos y gestión de proyectos logísticos) para periódicos, revistas, catálogos de viajes, medios publicitarios, carteles, etc. La condición de la fusión es que las empresas involucradas renuncien al derecho de rescindir los contratos de publicación existentes sin ningún límite de tiempo y deben ofrecer a cada nuevo cliente editorial un contrato de publicación que es habitual en la industria, con un margen mayorista máximo del 50% por ejemplar vendido, en el que se les permite acordar, por copia entregada cobran una tarifa mínima, otras condiciones estipulan que la renuncia a la terminación vincula solo a las empresas involucradas, mientras que los editores pueden renegociar las condiciones y rescindir los contratos existentes. El escenario económico de la acción fue la aprobación de que las ventas en el sector de la prensa han caído bruscamente en los últimos años; Sin ganancias de eficiencia y sin aumento en los márgenes brutos. Para fundamentar la sentencia, el Tribunal Supremo se basó en los ideales de eficiencia, como copia de la decisión:

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Engelmann als weitere Richter in

³⁷⁸ ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo da Áustria. Número comercial 0622/73. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 1973: 1973000622.X03. 10 de abril de 1973.

*der Kartellrechtssache der Antragsteller 1. Bundeswettbewerbsbehörde, Praterstraße 31, 1020 Wien, sowie 2. Bundeskartellanwalt, Schmerlingplatz 11, 1011 Wien, gegen die Antragsgegnerinnen I. M***** KG, *****, sowie 2. P***** GmbH, *****, beide vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Prüfung eines Zusammenschlusses (§ 11 KartG), über den Rekurs der Erstantragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 19. September 2013, GZ 25 Kt 33, 34/13-68, in nichtöffentlicher Sitzung den [...] 8. Effizienzgewinne: Die sich aus einer Zusammenarbeit im Logistikbereich zwischen PGV und MPV ergebenden Effizienzgewinne sind abhängig vom Grad der Kooperation. Bei einer Tourenkooperation ohne Wien und Vorarlberg ist von einem kooperationspezifischen Effizienzgewinn in Höhe von 2,99 Mio EUR pro Jahr, bei der erweiterten Kooperation inklusive der Gebiete Wien und Vorarlberg von einem kooperationspezifischen Effizienzgewinn in der Höhe von 3,23 Mio EUR pro Jahr auszugehen. Durch die Gründung des GUs sind weitere Effizienzgewinne durch die Zusammenlegung der Kommissionierung, die Zusammenlegung des Zubringertransports von Zeitschriften, den Wegfall der Shuttletransporte in der gemeinsamen Remissionsbearbeitung, die Zusammenlegung der Logistikverwaltung und die Zusammenlegung der Remissionsbearbeitung zu erzielen. Insgesamt ergibt sich ein zusätzlicher – zu dem durch die Kooperation erreichbaren – Effizienzgewinn in der Höhe von 2,97 Mio EUR pro Jahr. Der Gesamteffizienzgewinn beläuft sich daher auf 6,4 Mio EUR pro Jahr für die beiden Anmelderinnen. Effizienzgewinne bei den Einzelhändlern könnten dadurch erzielt werden, dass der Sortieraufwand, der bei der Remission entsteht, durch die Einführung der „Sackremission“ verringert werden könnte. Daraus ergibt sich ein Einsparpotential bei den Einzelhändlern in Höhe von 3,5 Mio EUR pro Jahr [...].³⁷⁹*

Otra decisión del Tribunal Administrativo austriaco se refería a la imprescindibilidad del análisis de la eficiencia económica, y la autoridad agrícola siempre debe verificar si la decisión se tomó de conformidad con las disposiciones del ordenamiento jurídico y, en ese momento, si se observó la eficiencia económica de las medidas:

Ein satzungsmäßiges Einspruchsrecht gegen Vollversammlungsbeschlüsse gibt der überstimmten Minderheit die Möglichkeit, sich gegen ihrer Meinung nach unrichtige Entscheidungen der Mehrheit zur Wehr zu setzen (Minderheitenbeschwerde). Die Agrarbehörde hat auf Grund des Einspruchs zu überprüfen, ob die Beschlussfassung unter Einhaltung der Bestimmungen der Satzungen und des Tir GSLG

³⁷⁹ ÁUSTRIA. Suprema Corte da Áustria. Número comercial 16Ok 11/13. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: OGH0002: 2014: 01600K00011.130.0127.000. 27 de janeiro de 2014.

*erfolgt ist und ob die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Maßnahmen beachtet wurde.*³⁸⁰

En el poder judicial de Japón, la teoría del análisis económico del derecho fue citada en la sentencia en el caso número 2007 (Wa) 13505, del 25 de junio de 2009, en el Tribunal de Distrito de Tokio. La categoría de costos de transacción se aplicó en algunos tribunales japoneses, tales como: (i) caso número 2007 (Wa) 286, Proceso de Acción de Indemnización por Daños, de 25 de julio de 2011, Tribunal de Distrito de Osaka; (ii) caso número 2009 (Wa) 10932, Caso de Reclamación por Daños del 11 de julio de 2011, Tribunal de Distrito de Tokio; (iii) caso número 2008 (Wa) 20886, Caso de solicitud de medida cautelar de competencia desleal, de 27 de febrero de 2009, Tribunal de Distrito de Tokio; (iv) caso número 2007 (Gyo-ke) 10254, Caso de solicitud de anulación de decisión, de 23 de abril de 2008, Tribunal Superior de Propiedad Intelectual; (v) 2003 (Wa) 10018, Demanda por daños y perjuicios de 15 de abril de 2008, Tribunal de Distrito de Osaka; (vi) caso número 2003 (Wa) 5830, Caso de reclamación por daños de 6 de junio de 2007, Tribunal de Distrito de Osaka; (vii) caso número 004 (Gyoko) 17, Apelación por anulación de la disposición de corrección del impuesto de sociedades de 13 de octubre de 2006, Tribunal Superior de Takamatsu; (viii) caso número 2004 (Wa) 811, Caso de reclamación por daños de 24 de febrero de 2005, Tribunal de Distrito de Sapporo; y (ix) caso número 1999 (Gyo) 7, Caso de solicitud de cancelación de corrección del impuesto de sociedades, de 14 de abril de 2004. Impuestos del Tribunal de Distrito de Matsuyama.

El Tribunal Constitucional italiano, por su parte, también ha aplicado la categoría de eficiencia económica en una sentencia relativa al Derecho de Familia, concretamente en lo que respecta a la obligación de los hijos de ayudar a sus padres cuando llegan a la vejez:

[...] che il dovere di assicurare gli alimenti corrisponderebbe, secondo il comune sentire, ad un elementare debito di riconoscenza dei figli nei confronti di chi li ha allevati; che per gli anziani ultrasessantacinquenni l'art. II-85 della Costituzione per l'Europa riconoscerebbe il diritto degli anziani ad una vita dignitosa e indipendente, ragioni tutte per le quali avrebbero rilevanza costituzionale non soltanto la pura efficienza economica dei mezzi di

³⁸⁰ ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo Austriaco. **Número comercial Ra 2019/07/0014**. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 2019: RA2019070014.L01. 28 de fevereiro de 2019.

*sostentamento fornito dai figli ai genitori, ma anche i modi nei quali il sostegno dei figli si esprimerebbe.*³⁸¹

Como se ha señalado, el Tribunal de Justicia ha pasado por alto el concepto jurídico de familia esbozado en la Constitución italiana, la Constitución Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Esta noción conlleva limitaciones que salvaguardarían la manutención frente a las dificultades económicas entre los miembros de la familia y que el deber de garantizar la manutención de los hijos correspondería a una deuda elemental de gratitud de los hijos con quienes los criaron, especialmente alusiva a los ancianos mayores de sesenta y cinco años, por lo que también abarcan la eficiencia económica de los medios de apoyo proporcionados por los niños a los padres.

Sobre el tema del derecho urbanístico, al analizar una controversia relativa a la fijación de los valores de los inmuebles, el Tribunal Español, a través del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, ponderó en su voto, entre otras cuestiones, que:

*[...] la introducción del valor de mercado como criterio de valoración de una de las facultades que integra el derecho a edificar no constituye una medida que tienda a evitar la especulación ni a garantizar la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos, tal y como establece el art. 47 CE, conlleva que tampoco desde la perspectiva del análisis económico del Derecho pueda compartirse la decisión adoptada en esta sentencia.*³⁸²

Así, el magistrado argumentó que es la ley y los planes urbanísticos, a través del poder legislativo, los que definen el contenido de valor del derecho a construir, pero, a falta de esta determinación legal previa, el aplicador de la ley difícilmente puede enumerar ningún criterio que no sea el derivado de los valores de mercado. En la misma línea argumental, pero en el ámbito de responsabilidad del sistema financiero, la Corte de Córdoba definió el siguiente extracto:

Es más, la distribución de responsabilidades que se hace en la sentencia apelada y ahora se confirma también se justifica desde el punto de vista de un análisis económico del derecho, puesto que la confianza es la base del sistema financiero y un activo que preservan los proveedores y buscan o exigen los clientes al contratar y utilizar

³⁸¹ ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Ordinanza n° 464/2005**. Câmara do Conselho. Presidente Marini. 14 de dezembro de 2005.

³⁸² ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia n° 218/2015**, BOE n°. 284. Órgano Pleno. 27 de novembro de 2015.

*un sistema de transferencia electrónica como el examinado, que compensa los riesgos con las ventajas de la comodidad y la agilidad. Si a ello unimos que, además, concurren plenamente los requisitos de la figura extracontractual del cobro de lo indebido: entrega de cosa o cantidad no debida en la creencia que se está obligado a hacerlo y error por parte de quien hizo el pago (Sentencias del Tribunal Supremo, 26 dic. 1995, 31 de mayo de 2006, 13 de marzo de 2007 y 30 de julio de 2010), resultan de aplicación las previsiones de los artículos 1.895, 1.896 y 1.900 del Código Civil; incluyendo el pago de intereses, que aunque la sentencia residencia en los artículos 1.100, 1.101, 1.106 y 1.108 del Código Civil, realmente tiene su fundamento en el citado artículo 1.896 del mismo Código, pues desde el momento que la entidad recurrente omitió la diligencia exigible en la recepción de la transferencia y acabó aplicando los fondos en su propio beneficio, a fin de cubrir deudas de un tercero que no era el acreedor legítimo del pago, actuó de mala fe a estos efectos. Razones todas por las que, no apreciándose los errores de valoración probatoria que se denuncian en el recurso de apelación y desestimando los motivos de apelación numerados como primero a séptimo, debe confirmarse la sentencia apelada.*³⁸³

Otro caso interesante de incorporación de la AED al derecho extranjero, específicamente a la jurisdicción de *civil law*, es el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En 2009, con el propósito de realizar los estudios económicos necesarios para cumplir con los requisitos que involucran el asunto –así como la evaluación de los efectos que podrían producirse como resultado de decisiones judiciales con variables económicas– la Corte creó una unidad técnica especialmente para evaluar el análisis económico. A través de esta unidad, es posible solicitar una opinión sobre los efectos macroeconómicos de ciertas decisiones que eventualmente puedan adoptarse en el procedimiento de la Corte Suprema argentina.³⁸⁴

En cuanto a la legislación peruana, Bullard deslina sobre la aplicación de la AED en su país:

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de 1980, y se centran principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), bajo el liderazgo de Hernando de Soto y Enrique Ghersi. Los trabajos del ILD se concentraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no solo actividad de

³⁸³ CORDOBA. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia n° Recurso: 34/2015**, n° de Resolución: 92/2015. Audiencia Provincial, Sección 1ª. Ponente: Pedro Jose Vela Torres. 23 de febreiro de 2015. (ROJ: SAP CO 80/2015).

³⁸⁴ SAGÜÉS, María Sofía. El Análisis Económico del Derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Pensamiento Constitucional**, ano XIV, n. 14, p. 225-255, 2009.

comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción que la sobre-regulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad[...]. Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de la década de 1980 el Estado, bajo la asesoría del ILD, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa que buscaba reducir los costos de la actuación de la administración pública, intentando a su vez reducir los llamados costos de transacción en la economía [...]. Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como “cousianos”, es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, principalmente en su teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de Coase [...] casi treinta años después de su aparición en el mundo, el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el derecho peruano. [...] Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la Academia de la Magistratura —a cargo de la capacitación de los magistrados—, el uso de herramientas de AED en las sentencias es bastante reducido, aunque existen algunos casos en los que han citado a autores de AED.³⁸⁵

En la ocasión, el poder judicial de Portugal también ha estado empleando los objetivos de la escuela de *Law and Economics* en sus sentencias. Al aplicar el principio de los costes de transacción en una acción fiscal relativa a una ejecución fiscal promovida por el Jefe de la Oficina de Finanzas contra una sociedad empresarial, el Tribunal Constitucional portugués instituyó que:

Já acima aludimos amplamente à circunstância de as custas no processo tributário se terem assumido sempre como substancialmente mais elevadas. A procura de uma racionalidade para esta situação, não pode deixar de ter presente a especificidade do fenómeno jurídico em torno do qual se constrói esta jurisdição. A banalização, através da ausência ou da exiguidade de custos adicionais, da discussão judicial da tributação, poderia levar – e note-se que levaria principalmente quanto aos contribuintes de maior potencial económico e tributário – a um constante procrastinar do recebimento pelo Estado das receitas tributárias. As custas judiciais não deixam, nesta medida, de assumir, no processo de actuação dos agentes económicos, um papel similar aos “custos de transacção” [transaction costs (todos os custos necessários aos agentes económicos para alcançar uma regulamentação autónoma das suas relações contratuais: os custos de saber com quem se vai contratar, da obtenção da informação para contratar, das negociações e conclusão do contrato e os custos da exigência do seu cumprimento)]

³⁸⁵ BULLARD, Alfredo. *Análisis Económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 44-51. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

v. *Manuel Victor Martins, “Ronald Coase: Na Fronteira da Economia e do Direito”, in Sub Judice, Janeiro/Abril 1992, n° 2, p. 29] e, como tal, não deixam de influenciar o comportamento desses agentes: se uma justiça fiscal eficaz potencia uma melhor tributação, a existência de custos irrisórios de utilização desta, não deixa de potenciar uma menor eficácia da tributação, enfim, do sistema fiscal.*³⁸⁶

El año del juicio, 1996, en el que, aunque no se menciona la escuela teórica de la AED, el nombre de los Coase se eleva para resaltar un paralelismo entre las costas judiciales y los costes de transacción, ya que asumen, en procesos de actuación de agentes económicos, un papel similar a estos. Habida cuenta de que los costes de transacción constituyen un instituto AED, se concluyó en la sentencia que, si una justicia fiscal eficaz mejora la fiscalidad, la existencia de costes irrisorios no deja de aumentar una menor eficacia de la tributación del sistema tributario.

En otra decisión interesante, se remitió al Tribunal portugués una controversia relativa a los impuestos medioambientales, cuando se invocó la “curva de Laffer”, una teoría derivada de la AED, para resolver la demanda, como puede extraerse de la compilación jurisprudencial:

*Em primeiro lugar, os tributos ambientais em sentido próprio, em que está ausente uma predominante função colectora ou arrecadadora, proporcionam uma receita que, em princípio, diminui na razão inversa da eficácia e eficiência desses instrumentos de política ambiental. Daí que em relação a tais tributos não seja invocável a curva de Arthur Laffer, que veio demonstrar que o aumento das taxas dos tributos, ou melhor dos impostos, conduz, verificadas que sejam certas circunstâncias ou a partir de determinado nível, não ao aumento das receitas totais, mas sim à sua diminuição.*³⁸⁷

Ninguno de los postulados legales mencionados en Portugal, sin embargo, utilizó explícitamente la matriz teórica de *Law and Economics*, y es posible concluir que el Tribunal Constitucional portugués todavía apoya tímidamente esta teoría. La situación cambia, sin embargo, al examinar las sentencias de los tribunales superiores portugueses.

A la luz de los parámetros del enfoque económico, relativos al tema de la responsabilidad civil extracontractual resultante de una colisión entre vehículos, el

³⁸⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão n° 1182/96**. Processo n° 606/95. 2ª Secção. Relator: Cons. Sousa Brito 20 de novembro de 1996.

³⁸⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão n° 354/04**. Processo n° 647/03. 2ª Secção. Relatora: Cons. Fernanda Palma. 19 de maio de 2004.

Tribunal Superior de la Relación de Lisboa se guió ampliamente por los preceptos de la AED en tal caso, con Rel. João Ramos de Sousa consideró el accidente de tráfico como un objeto de análisis económico del derecho. Desde el menú, ya es posible determinar la importancia de la escuela para el caso mencionado:

A análise económica do direito aborda o problema da responsabilidade civil extracontratual, não só do ponto de vista da necessidade de compensar as vítimas e de reduzir os acidentes, mas, sobretudo do ponto de vista da eficiência económica da legislação destinada a distribuir e reduzir o risco de perdas resultantes de acidentes. Por exemplo, em matéria de acidentes de viação. Nisto, ela dirige a sua apreciação crítica não só à eficiência económica do regime da responsabilidade civil pelo risco, mas sobretudo à eficiência económica do direito dos seguros.³⁸⁸

La sentencia cuestionaba así el criterio de indemnización de las víctimas, el objetivo de reducción de futuros accidentes y la eficiencia económica para configurar la responsabilidad civil. El análisis económico de la ley fue sustancial al reunir todas estas categorías, especialmente en relación con la eficiencia económica de la legislación diseñada para atribuir el riesgo de pérdidas resultantes de accidentes, tanto por la responsabilidad derivada del riesgo, como principalmente por la ley de seguros. La decisión continúa su base en el papel de las aseguradoras, de acuerdo con el siguiente extracto:

É sabido, na verdade, que o direito dos seguros foi, desde o início da análise económica do direito, o alvo de críticas acesas de ineficiência económica, por contribuir para aumentar o risco de acidentes, em particular o risco de acidentes de viação, pela sensação de imunidade que ele dá às pessoas e bens seguros, mesmo a troco de franquias e de prémios de seguros cada vez mais elevados. Isto transforma o direito dos seguros num excelente negócio para as seguradoras, mas não cria uma situação geral de maior segurança no conjunto da sociedade. A análise económica do direito dos acidentes é uma prática crítica do direito que procura encontrar um método eficiente para distribuir e reduzir os custos sociais dos prejuízos resultantes de acidentes.³⁸⁹

Teniendo en cuenta que los accidentes vehiculares son una de las principales causas de muerte en varios países, especialmente en los jóvenes, el Rel.

³⁸⁸ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo nº 1721/11.8TVLSB.L1-1.** Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 26 de fevereiro de 2013.

³⁸⁹ Ibid, no paginado.

destacó en la sentencia que el sistema de responsabilidad civil debe tener como objetivo principal crear incentivos para reducir el riesgo de accidentes. De esta manera, el análisis económico es una herramienta valiosa para equilibrar la compensación justa a los individuos con la minimización de los costos destinados a la sociedad para el funcionamiento del sistema judicial.

En el caso del expediente mencionado, dos compañías aseguradoras buscaron relevar de una a otra el pago de los daños y perjuicios derivados del accidente, situación que evidenció la falta de responsabilidad de las partes en la búsqueda de vías para una justa prevención de accidentes. En vista de todo lo anterior, se dedujo en la decisión que el AED es una solución poderosa para el “vicio” de la concepción tradicional de la responsabilidad civil, es decir, la irresponsabilidad de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en la intervención de la reducción de tales impasses colectivos.

Todavía en el campo del Derecho Civil, el tribunal portugués juzgó una reclamación de indemnización, aparentemente trivial. Sin embargo, la sentencia se basó en gran medida en el texto sobre los principios jurídicos y económicos de la AED, que la configuró en una posición destacada en el uso de esta escuela teórica. Al principio de la justificación, el Rel. discute una síntesis de excelencia sobre la historia del análisis económico del derecho, citando a la Escuela de Chicago y pasando de las enseñanzas de Coase a Posner, como se puede ver en el fragmento jurisprudencial a continuación:

Foi em 1960. Um universitário inglês quase desconhecido na América, graduado pela London School of Economics em 1932, publicou numa revista jurídica de Chicago, The Journal of Law and Economics, um curto artigo de 44 páginas intitulado The problem of social cost. O autor, Ronald H. Coase já havia publicado em 1937 um artigo sobre a teoria da empresa, The nature of the firm, que havia passado praticamente despercebido. Por esses dois curtos artigos, hoje dos mais citados da literatura económica, Coase haveria de receber o prémio Nobel da Economia em 1992. Como economista, Coase aborda em ambos os artigos duas das questões mais candentes do direito privado, a teoria da empresa e a teoria da nuisance (danos extra-contratuais). Porque existem empresas numa economia de mercado livre? Em é que os efeitos externos condicionam as relações de mercado? Como qualquer jurista que se preze, Coase, cita abundantemente no artigo as decisões dos tribunais superiores ingleses e americanos. E para responder a essas questões introduz o leitor aos custos contratuais (transaction costs), aos efeitos externos (externalities) e aos conflitos de direitos reais (property rights). Custos contratuais (transaction costs): A análise económica de inspiração pareiana só considerava dois tipos de custos económicos, os custos de produção e os custos de transporte. Mas Coase vem mostrar que, além desses custos, há também os custos contratuais, que os agentes

económicos, como operadores jurídicos, têm de suportar se querem produzir e vender os seus produtos no mercado. São custos contratuais ou custos de transação: os custos relativos à obtenção de informações sobre o mercado e os agentes económicos que neles operam, os custos de estabelecimento de contactos com vista à realização de transações, os custos das negociações e das conclusões dos contratos, e finalmente os custos da execução dos contratos, em que podem avultar os custos judiciais. Efeitos externos (externalities): A existência das empresas é explicada pela necessidade de minimizar os custos de transação. Em vez de incorrerem em elevados custos contratuais, os agentes económicos criam empresas, estabelecem regras administrativas internas de funcionamento, pagando salários aos seus empregados e gerentes. Sem custos contratuais, não há base económica para a existência de empresas. Algo de semelhante se passa com o problema do custo social (social cost), com os efeitos externos decorrentes de conflitos de direitos de propriedade (efeitos externos a que hoje, em má tradução, se chama externalidades). Ao passo que Pigou preconizava a intervenção do Estado para minimizar esses custos dos efeitos externos, Coase contrapõe a negociação entre as partes interessadas: o responsável pelo dano e a vítima.³⁹⁰

Además, esta decisión enumera los principales trabajos y estudios del Análisis Económico del Derecho en busca de una debida inserción de elementos económicos en el pensamiento jurídico contemporáneo, así como aborda la importancia de tal escuela teórica en el orden positivo americano, como se deduce del texto de la sentencia:

*Para uma introdução geral à análise económica do direito pode ver-se a obra basilar de Richard Posner, *Economic Analysis of law*, 748 pp., 7th. Ed. Aspen Publ., N.York, 2009. Também recente é o livro de J. Harrison / J. Theeuwes, *Law and economics*. 552 pp., Norton, N. York, 2008. Igualmente útil é o livro de W.Z. Hirsch, *Law and economics – an introductory analysis*. 358 pp., Academic Press, London, N.York, 1999. Uma boa aproximação aos direitos de raiz continental é a de H.-B. Shaefer e Claus Ott, *Manual de analisis economico del derecho civil*, trad., 374 pp., Tecnos ed., Madrid, 1991. Os artigos de R. Coase acima referidos encontram-se reunidos em R. H. Coase, *The firm, the market and the law*, 217 pp., Univ.Chic.Press, Chicago, London, 1990. Uma útil coletânea de estudos é a de Donald A. Wittman, *Economic analysis of the law. Selected readings*, 338 pp., Blackwell Pub., Oxford, 2003, especialmente pp. 19-68. Enfim, um enquadramento atualizado da análise económica do direito no pensamento jurídico pós-moderno pode encontrar-se em J.E. Penner, *Textbook on jurisprudence*, 272 pp., 4th ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2002. Nos Estados Unidos, a análise económica do direito tornou-se dominante nas maiores faculdades de direito nos últimos 50 anos – Harvard, Yale, Stanford, Chicago. Veio ocupar também o*

³⁹⁰ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, **Processo n. 160/04.1TBSSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 18 de setembro de 2012.

primeiro plano na jurisprudência dos tribunais e desde logo no Supreme Court. Está agora a chegar às nossas faculdades de direito: veja-se Fernando Araújo, Teoria económica do contrato, 1340 pp., Almedina, Coimbra, 2007. O tema foi introduzido em Portugal pela revista Sub Judice, n.º 2, Justiça e Economia: a análise económica do direito e da justiça, 1992.³⁹¹

Después de pasar por una dura historia del desarrollo de la matriz *Law and Economics*, al agotar conceptos económicos centrales como costos de transacción, externalidades y otros, el texto de la Sentencia aún inserta estos institutos en algunos ejemplos con el fin de demostrar mejor sus aplicaciones en casos judiciales:

Tomemos um exemplo clássico, já apresentado por Pigou na sua Economia do Bem-Estar (1932): uma companhia de caminhos de ferro utiliza locomotivas que lançam fagulhas incendiando as searas dos agricultores. Há aqui conflito entre os ferroviários e os seareiros, alguém tem de suportar as despesas dos incêndios. O problema que G. Stigler (também prémio Nobel da Economia em 1982) punha nesta época era o seguinte: os prejuízos dos incêndios das searas são superiores aos ganhos da circulação dos comboios? Pigou recomendara que a empresa ferroviária fosse responsabilizada pelos incêndios; ou que se proibisse a passagem dos comboios pelas searas; ou principalmente que se aplicasse um imposto (imposto pigouviano) para compensar os prejuízos dos seareiros. Coase, pelo contrário, mostra não ser preciso este imposto, e até que este imposto pode não ser a melhor solução. O que é preciso é que os ferroviários e os seareiros possam negociar entre si para solucionar o problema. Só que esta negociação tem custos. E se esses custos de transação forem demasiado elevados, gera-se ineficiência económica que obrigará à intervenção do Estado. Mas se os custos de transação fossem iguais a zero, a negociação entre ferroviários e seareiros conduziria a uma solução economicamente eficiente, sem intervenção do Estado. Coase conclui que, havendo negociação entre os interessados, se os respetivos custos de transação não forem superiores aos ganhos que daí resultarão, a solução do problema dos efeitos externos será necessariamente eficiente.³⁹²

Todos los elementos encontrados en la sentencia se refieren al Teorema de Coase, que, según el Rel., si los derechos de propiedad están delimitados y no hay costes de transacción, la negociación conducirá a una solución económicamente eficiente al problema de los costes externos, es decir, la negociación de un litigio puede abarcar únicamente a las partes implicadas, sin necesidad de intervención reguladora estatal, y

³⁹¹ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, **Processo n. 160/04.ITBSSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 18 de setembro de 2012.

³⁹² Ibid, no paginado.

conducirá a una resolución óptima si no hay costes de transacción. En este sentido, la decisión aún aclara el papel del Estado, desde el punto de vista de la AED, en la resolución de conflictos:

Tudo sem necessidade de intervenção regulatória do Estado? Sim. Mas o Estado terá sempre de intervir para estabelecer uma boa delimitação dos direitos de propriedade e para conseguir que os custos de transação sejam o mais baixos possível, idealmente custos de transação iguais a zero. Na verdade, mais tarde, Coase foi mais longe e admitiu que se os custos de transação forem significativos o direito (isto é, o Estado) desempenha um papel crucial para determinar como os recursos são utilizados. Com zero custos de transação, alcança-se o mesmo resultado, pois serão feitos acordos contratuais modificando os direitos e deveres das partes, no sentido de estas maximizarem o valor da produção. Mas com custos de transação elevados, esses acordos contratuais tornam-se demasiado caros, demasiado difíceis de suportar. Que incentivos serão necessários para levar as partes a tal resultado, isso depende das escolhas do legislador, depende da lei (Coase, 1990:178). A lei pode ser, ou não ser, economicamente eficiente.³⁹³

A través de una historia recopilada de la AED y demostrada la contribución teórica que el análisis ofrece al ordenamiento jurídico, la Rel., al correlacionar la síntesis procesal de los hechos y fundamentos del derecho con elementos económicos, señala que no hay mejor ilustración de los estudios de Coase que esta demanda:

Os ruídos causados pelo Hotel são externalidades que os vizinhos têm de suportar, sem delas tirarem qualquer benefício. Os factos remontam a 2000-2002. Em 2004 foi apresentada a petição inicial no Tribunal de S.... Mas, depois, o processo arrastou-se penosamente até ao saneador em 2006 e à marcação do julgamento em 2007, sendo adiado depois para 2008, 2009 e 2010, até que só foi proferida a sentença em 2011. O recurso finalmente subiu... em maio de 2012! Toda esta tramitação, não só processual, mas sobretudo processional, significa elevadíssimos custos de transação para as partes, que só agora têm a oportunidade de verem definidos os seus direitos. O Hotel desempenha um papel fundamental no turismo de S.... Os seus hóspedes e a vila em geral têm benefícios dessa atividade turística. Mas os vizinhos suportam custos decorrentes do sistema de ar condicionado e do funcionamento da piscina do Hotel. Vamos mandar fechar o Hotel? Seria absurdo. A maneira mais fácil de solucionar essas externalidades seria fazer os proprietários do Hotel comprarem aos vizinhos o direito de fazer ruídos. Como? Comprando-lhes ou expropriando-lhes (cf. art. 1310 do Código Civil) o prédio encostado ao Hotel, para aí instalar serviços de apoio ao

³⁹³ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 160/04.1TBSSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 18 de setembro de 2012.

*empreendimento. Como a lei não estabelece essa possibilidade, os proprietários do Hotel instalaram o sistema de ar condicionado e as bombas de enchimento da piscina, e agora têm de eliminar os ruídos que elas provocam e indemnizar os incómodos causados. Mas tudo isso são custos de transação elevadíssimos traduzidos na demora da solução do caso em tribunal.*³⁹⁴

Como solución a la demanda judicial, la sentencia invoca el análisis económico de la ley, a través de la eficacia de la eficiencia económica, en exceso al aspecto sancionador y reparador de la responsabilidad civil (que se encuentran en un plano secundario). Para llevar a cabo tal análisis, es necesario eliminar los regímenes jurídicos económicamente ineficientes, como tradicionalmente se aplicaba a casos análogos a esta demanda, dado que una inversión realizada en el año 2000 no está definida en 2012 porque la ley no prevé una solución eficiente de los conflictos patrimoniales:

A análise económica do direito incidiu criticamente nas clássicas formulações da responsabilidade civil e dos conflitos de direitos reais. Nestas matérias, a teoria jurídica tradicional centrava as suas preocupações nos aspectos de justiça e de reparação dos danos; mas a análise económica do direito centra as suas preocupações no aspecto de eficiência económica; o aspecto sancionatório e reparador do regime mantêm-se, mas passam agora a um plano secundário. A análise económica do direito, em matéria de responsabilidade civil e de direitos reais, desloca a questão das medidas a tomar face ao comportamento dos indivíduos para as medidas a tomar face ao funcionamento do próprio sistema de justiça que é chamado a intervir em situações de conflito. Esta análise crítica parte das considerações da teoria económica do bem-estar, ela própria um ramo importante da microeconomia (a microeconomia é a parte da análise económica que se refere à tomada de decisões por pequenos grupos: indivíduos, famílias, associações, empresas, organismos do Estado; estuda o modo como os recursos escassos são por eles atribuídos em situações de utilização alternativa). A análise jurídica é anexada, colonizada, pela análise microeconómica. Sobretudo, uma exigência da análise económica do direito é a eliminação dos regimes jurídicos economicamente ineficientes. Aqui, o dispositivo legal da responsabilidade civil e do processo civil revelam-se economicamente ineficiente porque não contêm um mecanismo suficientemente dissuasor da prática de ilícitos, antes premeiam a prática desses ilícitos. Põe-se assim a questão não só de reparar a situação particular, o conflito que é levado à apreciação do tribunal, mas sobretudo a questão de corrigir o sistema de justiça que intervém em situações de conflito. Assim, a análise económica do direito não é uma qualquer teoria do direito: é desde logo, e principalmente, uma prática crítica do direito. Um investimento feito em 2000 não está definido em 2012 porque a lei não prevê uma solução clara e rápida

³⁹⁴ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 160/04.1TBSSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 18 de setembro de 2012.

*dos conflitos de propriedade. É esse “problema” que está aqui em apreciação: Hic Rhodus, hic salta!.*³⁹⁵

Se ordenó al Hotel pagar una indemnización a los vecinos y la matriz teórica del AED, a su vez, puso a disposición del caso, no solo una solución eficiente al conflicto, sino, sobre todo, una posibilidad de corregir las ineficiencias del propio sistema de justicia que está llamado a intervenir para resolver el conflicto.

Todavía en la línea litigiosa con respecto a inversiones e indemnizaciones, otro caso judicial estaba relacionado con un contrato de franquicia. Es importante señalar que, en Portugal, el contrato de franquicia comercial tiene las características de ser duradero, innominado y costoso, y la interpretación de sus cláusulas está sujeta a las reglas del régimen jurídico de la competencia y los principios de libertad de forma, buena fe, voluntad en la declaración comercial, el objeto comercial y la libertad contractual. Así, el eminente juez decidió lo siguiente sobre quién estaría a cargo de los riesgos de la franquicia corporativa:

Do ponto de vista da análise económica do direito, investir é incorrer em custos imediatos na expectativa de futuros benefícios. Vistos nesta perspectiva, os investimentos, e os contratos em que eles estão formalizados, ocorrem por toda a parte no modo de desenvolvimento capitalista. Os investimentos envolvem três características importantes, em maior ou menor grau: em primeiro lugar, um investimento, implicando a celebração de um contrato, é parcial ou totalmente irreversível: uma vez feito, as obrigações dele decorrentes não podem ser eliminadas sem custos adicionais; em segundo lugar, o investimento é uma ação incerta, que só no futuro se revelará benéfica ou prejudicial; em terceiro lugar, o investimento produz efeitos que se desenvolvem no tempo, e que só no decurso das operações se revelarão completamente ao investidor. (Dixit / Pindick 1993). O investimento, com os contratos em que se desenvolve, implica assim sempre um risco. Ora, em geral, as pessoas não gostam de riscos e estão até dispostas a pagar um preço para evitá-los. A generalidade das pessoas têm aversão aos riscos, e quando se sujeitam a eles é porque têm esperança de que sujeitando-se a eles, obterão uma compensação no futuro. Mas nem sempre os contratos são um salto no escuro: não o são quando o empresário investidor dispõe de um conhecimento razoável da sua situação e sobretudo das condições do mercado em que vai investir. Nesse caso, o investimento define-se como aquilo que na teoria dos jogos se chama uma jogada de informação completa. O franchising teve um grande sucesso a partir de meados do século passado porque proporciona a quem quer investir um melhor conhecimento das características do mercado e

³⁹⁵ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 160/04.1TBSSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 18 de setembro de 2012.

*melhores instrumentos de atuação – e um know-how que de outro modo o investidor não disporia sem incorrer em elevados custos. O franquizador dispõe de conhecimentos razoáveis do mercado e tem métodos de trabalho que põe à disposição do franquiado. E assim, este investe com mais segurança, pois sabe que o risco que corre é menor.*³⁹⁶

En este pleito también se abordó el tema de los contratos largos, en este sentido, el contrato de franquicia restaura entre el franquiciado y el franquiciado los derechos de la sociedad mercantil que conduce a una mejor gestión del riesgo de inversión y a un contacto más directo con la clientela, surgiendo en la sentencia la “teoría del rehén” desde una perspectiva de la realidad jurídico-económica del análisis económico:

A noção clássica do contrato via-o como uma relação de pessoas jurídicas abstratas, em que o fundamental era garantir a igualdade de posições; mas a análise económica do direito tem em conta a insuficiência deste paradigma tradicional quando os contratos são estabelecidos para durações de dez ou vinte anos. Os contratos tornaram-se mais complexos e mais sujeitos a lacunas que tornarão possíveis os conflitos entre as partes contratantes; assim, os tribunais são obrigados a intervir para solucionar os problemas eventuais, sob pena de ineficiência económica do sistema. E também as partes sentem a necessidade de estabelecer processos expeditos de solucionar dúvidas e conflitos que surgirão durante o tempo de execução do contrato: por exemplo, a arbitragem, o recurso a um tribunal arbitral. Esta solução é muito comum nos contratos de franquia. O funcionamento dos contratos de longo termo pode ser melhor compreendido à luz da teoria dos jogos, como uma sequência de jogadas subordinadas a uma determinada estratégia. Ambas as partes conhecem as regras do jogo, mas nenhuma delas tem um conhecimento perfeito dos meios de que a outra dispõe, e sequer da estratégia que ela escolheu. O dilema dos prisioneiros pode aqui desempenhar um papel determinante. A confiança entre as partes é um valor a preservar, sob pena de causarem prejuízos mútuos. É esta a teoria dos reféns: um rei medieval estabelece um tratado de paz com o inimigo, e para assegurar que ele será cumprido, tem de entregar uma das filhas como refém. Mas escolhe para o efeito a filha com menos encantos físicos, pensando naturalmente que se entregar a filha mais bonita corre o risco de ele nunca mais a devolver. Williamson (1985:177) faz aqui um estudo sobre o modo racional de selecionar os reféns para este efeito, isto é, como selecionar um refém que seja o menos atraente possível para a outra parte. Dnes empreendeu um estudo de caso em sistemas de franquia no direito do Reino Unido, utilizando uma abordagem baseada em custos de transação e incidindo sobre a teoria dos reféns. A conclusão a que chegou foi que no contrato de franquia um aumento da especificidade do investimento tem características de seleção de reféns para empresas

³⁹⁶ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 1300/12.2TVLSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 01 de dezembro de 2015.

satélites em comparação com operação independente. O aumento da especificidade do investimento tem propriedades de seleção de reféns para o franquiado (se ele não for bem sucedido, perde o investimento) mas evita cláusulas contratuais financeiras que podiam incentivar o franquizador a estabelecer cláusulas para pôr fim ao contrato – Dnes 1993:85.³⁹⁷

Por lo tanto, de acuerdo con las lecciones de eficiencia económica y los costos de transacción de la AED, el paradigma tradicional de los contratos se establece para duraciones de diez a veinte años, sin embargo, los contratos a largo plazo se han vuelto más complejos y más sujetos a brechas, y es esencial un enfoque más dinámico y menos estático de sus cláusulas.

Otro recurso civil sobre el tema de la responsabilidad por tratamiento médico, bajo la relatoría del Magistrado João Ramos de Sousa, consideró que tal régimen de responsabilidad debe corregirse sobre la base de las consideraciones de responsabilidad objetiva, en vista del análisis económico del derecho y la experiencia legislativa de los países económicamente más desarrollados. Para llegar a esta conclusión, el ponente basó la sentencia en el siguiente modo:

As boas e as más práticas do tratamento médico são desde há muito um tópico da análise económica do direito, nos Estados Unidos e na generalidade dos países anglo-saxónicos. De facto, as acções de medical malpractice, com os correspondentes pedidos de indemnização contra médicos, há muito tempo que constituem um tema frequente de discussão nos tribunais norte-americanos. E, ao mesmo tempo, os prémios dos seguros de negligência médica atingiam valores astronómicos. Fala-se frequentemente numa explosão de litigação contra negligência nos tratamentos médicos. Mas pode perguntar-se se o verdadeiro problema é haver muita litigação por negligência médica, ou simplesmente haver muita negligência médica (v. Baker 2005 – ver abaixo as Referências). Para alguns, o verdadeiro problema não é o excesso de litigação, mas o excesso de casos em que as vítimas de erros médicos nem sequer se atrevem a recorrer aos tribunais para serem indemnizadas. E, na verdade, o que se diz é que, em consequência do sistema de sociedades médicas de responsabilidade limitada e do sistema de seguros de responsabilidade civil, os médicos escapam frequentemente à responsabilidade civil, pois transferiram para as sociedades e as seguradoras o pagamento dessas indemnizações. E aqui entra a análise económica do direito. Uma das principais contribuições da literatura da análise económica do direito neste campo foi o estudo empírico da crise de litigação da responsabilidade civil por negligência médica, que explodiu nos países do centro do sistema

³⁹⁷ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 1300/12.2TVLSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 01 de dezembro de 2015.

capitalista nos últimos 40 anos. Esta explosão levou à conclusão de que o sistema de responsabilidade civil por erros médicos era em si ineficiente e carecia de reforma. Assim, as atenções voltaram-se para as reformas possíveis deste sistema (Danzon 1998, Olsen 1999). É que, nestas matérias, a teoria jurídica tradicional centrava as suas preocupações nos aspectos de igualdade das partes e do equilíbrio dos direitos de dois sujeitos abstratos – ou abstratamente considerados, sem se atender às diferenças de poder económico de uma e outra; mas a moderna análise económica do direito centra as suas preocupações no aspecto de eficiência económica; o aspecto do equilíbrio das partes mantém-se, mas fica agora reforçado do ponto de vista da realidade económica, dos custos de transação relativos e da força negocial (poder negocial) de cada contraente.³⁹⁸

Tras repasar la historia de los litigios sobre negligencia médica en el ordenamiento jurídico estadounidense, así como relacionarlos con los postulados de la AED, la sentencia apunta a la escuela económica como una solución eficiente para el funcionamiento del sistema de justicia en casos que engloban el tema de la responsabilidad derivada de posibles errores y negligencia médica:

Esta análise crítica parte das considerações da teoria microeconómica das externalidades, das economias de escala e dos bens públicos. A análise jurídica torna-se assim instrumento da análise microeconómica. Sobretudo, uma exigência da análise económica do direito é a eliminação dos regimes jurídicos economicamente ineficientes. Aqui, o dispositivo tradicional da formação dos contratos médicos revela-se economicamente ineficiente porque não contém um mecanismo suficientemente dissuasor da prática de ilícitos, antes premeia a prática desses ilícitos pela parte economicamente mais forte. Torna-se necessário restituir o equilíbrio das situações jurídicas. Põe-se assim a questão não só de reparar a situação particular, o conflito que é levado à apreciação do tribunal, mas principalmente a questão de corrigir o sistema de justiça que intervém em situações de conflito. Assim, a análise económica do direito não é uma qualquer teoria do direito: é desde logo, e acima de tudo, uma prática crítica do direito.³⁹⁹

Utilizando la misma línea de razonamiento que la sentencia del auto portugués, el Rel. confirma que, además de resolver la demanda mencionada, es esencial un cambio estructural en el ordenamiento jurídico, con el objetivo primordial de maximizar la eficiencia económica de los regímenes jurídicos.

³⁹⁸ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 1447/12.5TVLSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 26 de abril de 2017.

³⁹⁹ Ibid, no paginado.

Todavía relator del juez João Ramos de Sousa, en la acción de investigación de paternidad n. 2904/06, el magistrado portugués presentó una verdadera *master class* sobre la introducción de la teoría del análisis económico en el orden positivo de Portugal. Se extrae un extracto de la decisión:

Primeiros estudos em Portugal: Embora a análise económica do direito tivesse sido anunciada em Portugal pela revista Sub Judice já em 1992 (com artigos de Victor Martins, David Friedman, Isaac Ehrlich, Lewis Kornhauser, Sousa Franco, Ribeiro Mendes e Maria M.L. Marques), o primeiro trabalho de campo de análise económica da litigação foi iniciada com o estudo seminal de Boaventura de Sousa Santos e da sua equipa do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra: Maria M.L. Marques, João Pedroso, Pedro Lopes Ferreira: Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português, 1996 (ver abaixo nas Referências). É um extenso trabalho de campo sociológico e estatístico, e uma investigação pioneira de sociologia judiciária em Portugal. O seu coordenador geral não é economista, mas sim sociólogo da Faculdade de Economia de Coimbra e da Faculdade de Direito de Wisconsin-Madison, com excelentes trabalhos de audiência mundial na área da sociologia e teoria do direito. Mas, ao abordar a função procura da tutela judicial (Santos 1996:59-65), o livro também introduzia os conceitos da escola americana da análise económica do direito adotados por Santos Pastor (1993:118-129): função de procura e tutela judicial, indiferença perante o risco, aversão ao risco, custos de litigação, custos do acordo judicial, comportamento estratégico, recursos do litigante, litigante frequente e litigante esporádico, preço e procura, etc. Pode portanto dizer-se que a análise económica do direito começou na prática em Portugal com este trabalho de investigação sociológica.⁴⁰⁰

Demostó la historia de adopción de los preceptos de la AED en el portugués legal, el Rel. aplicó la escuela al caso específico con respecto a la demora procesal y la cantidad de documentos innecesarios que se generaron en el expediente por errores procesales iniciales de procedimiento. Concluyó que son un buen ejemplo para un *case study* de burocracia judicial en el contexto del análisis económico de los litigios.

Este magistrado tiene una amplia lista de jueces en los que aplicó institutos económicos en el sistema judicial portugués, por lo que se incuba analizar también a otros magistrados portugueses en el uso de esta importante escuela teórica. Por lo tanto, en el siguiente proceso, que se relacionaba con una compra y venta de automóvil usado, se

⁴⁰⁰ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 2904/06.8TVLSB.L1-1. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 16 de fevereiro de 2016.

hubo un error sobre las cualidades del objeto del negocio, lo que generó la nulidad del contrato, y se aplicó la AED en base al siguiente razonamiento:

De qualquer forma, aprofundando a relevância de tal entendimento – ou seja, do entendimento que teve como consequência a anulabilidade do negócio por erro respeitante às qualidades do objecto, tal qual estas foram sinalizadas pelos contraentes no momento da celebração do contrato –, pretendemos acrescentar à fundamentação uma outra linha argumentativa, própria da chamada análise económica do direito [“A análise económica do direito [...] aplica a teoria microeconómica neoclássica à análise dos sistemas jurídicos [...]. A teoria microeconómica estuda o comportamento de cada um dos agentes económicos. Aplicada a domínios mais correntes, esta teoria tenta explicar o modo como preços e quantidades são determinados em certos mercados específicos [...]. Ela oferece uma visão diferente da que é fornecida pela macroeconomia, que estuda o comportamento de variáveis agregadas na economia, tais como o produto nacional bruto e a inflação, medida por um índice de preços [...]. A microeconomia neoclássica parte do pressuposto de que os indivíduos agem sempre no seu próprio interesse, de maneira imutável e fixa. O indivíduo é, pois, completamente racional, sabe exactamente o que procura e realiza de modo preciso todos os cálculos complexos necessários para identificar o curso óptimo da sua conduta. [...]” (Lewis A. Kornhauser, “A Análise Económica do Direito”, in Sub Júdice, n.º 2, Janeiro/Abril 1992, p. 43). “A análise económica do Direito, interessante tópico interdisciplinar, com principal alicerce na Ciência Económica das últimas dezenas de anos, consiste em analisar as normas, instituições e comportamentos jurídicos como restrições ao livre comportamento dos agentes económicos ou actos de criação e gestão de bens colectivos, cuja provisão obedece a regras próprias [...]” (António Sousa Franco, “Análise Económica do Direito: Exercício intelectual ou fonte de ensinamento?”, in Sub Júdice..., cit., p. 63).].⁴⁰¹

Como se observó, luego de comentar la importancia de la corriente teórica del análisis económico, el magistrado Teles Pereira la aplica en el caso específico, en relación con el mercado de autos usados, como se puede observar:

[...] decorrente da compreensão do funcionamento do mercado dos carros usados, enquanto modelo paradigmático de um mercado baseado num desequilíbrio de informação (informação assimétrica) entre os intervenientes. 2.4.1. À análise do funcionamento do mercado dos carros usados refere-se o estudo do economista norte-americano George Arthur Akerlof, Prémio Nobel da Economia em 2001, intitulado “The Market For “Lemons”: Quality Uncertainty

⁴⁰¹ OLIVEIRA DE BAIRRO. Tribunal Judicial de Oliveira do Bairro. Acórdão, Processo n. 53/2001.C1. Relator: Teles Pereira. 23 de Janeiro de 2007.

And The Market Mechanism”, publicado em Agosto de 1970 no vol. 84 (3), pp. 488/500 da Revista Quarterly Journal of Economics[A atribuição do Prémio Nobel da Economia de 2001 a George Akerlof, que nesse ano o partilhou com os economistas norte-americanos Michael Spence e Joseph Stiglitz, decorreu do seu contributo, em larga medida associado a este estudo de 1973, para a análise dos mercados – como o dos automóveis usados – assentes em informação assimétrica.]. A expressão “lemon”, que designa na gíria anglo-saxónica um “mau” carro usado e que poderia ser traduzida em português por “barrete” [É esta a tradução que dela faz João Ramos de Sousa no Léxico constante do nº 33 da Revista Sub Júdice, 2005, Outubro/Dezembro, (“Análise Económica do Direito – Parte I”), na entrada “lemon insurance”, p. 186.], é associada desde o Estudo de Akerlof à caracterização dos mercados que apresentam como característica preponderante a mencionada informação assimétrica e são habitualmente designados como “lemon markets [...].⁴⁰²

Por lo tanto, debe subrayarse que la conclusión de la sentencia es que la existencia de un desequilibrio de la información relativa a la calidad de los productos, es decir, los automóviles usados, crea un desequilibrio entre el vendedor y el comprador, que es un elemento característico de tales mercados, al favorecer al vendedor, que naturalmente dispone de una fuente de información más amplia. Este impasse de compradores produce un “fallo de mercado” que proyecta en futuras compras una especie de memoria intuitiva traumática en cuanto a que la calidad del producto no es buena, lo que perjudica el funcionamiento del mercado de coches usados.

Como solución a esta falla de mercado, el Rel. manifestó que existen mecanismos de defensa en el funcionamiento del mercado para incrementar la confianza de los compradores y la eficiencia y subsistencia del mercado, el más importante de estos mecanismos son las garantías a los menos informados, el consumidor.

En una sentencia que también trataba de información asimétrica, pero que se refería a un contrato bancario que implicaba operaciones de swap, también se utilizó el análisis económico del derecho contractual. La situación desigual en este camino se configura cuando una de las partes no tiene toda la información necesaria sobre la negociación, lo que se intensifica, particularmente cuando una parte oculta deliberadamente estas circunstancias a la otra. Es importante señalar la intersección entre la asimetría de la información y el análisis económico del contrato, debidamente examinado en la sentencia en el caso:

⁴⁰² OLIVEIRA DE BAIRO. Tribunal Judicial de Oliveira do Bairro. Acórdão, Processo n. 53/2001.C1. Relator: Teles Pereira. 23 de Janeiro de 2007.

Na análise económica do direito, as regras da formação do contrato são abordadas do ponto de vista da teoria da informação assimétrica. A informação é assimétrica quando numa negociação uma das partes tem mais ou melhor informação do que a outra: isto cria um desequilíbrio de poder negocial, podendo conduzir a uma situação de falha de mercado. (As análises dos mercados com informação assimétrica levaram à atribuição do Prémio Nobel da Economia a G. Akerlof, M. Spence e J. Stiglitz em 2001). [...] Também na compra de um swap, um vendedor sério não pode limitar-se a mostrar ao cliente um conjunto de cláusulas matemáticas (o polimento, os estofos). Antes apresenta ao cliente uma simulação do que resultará desse clausulado segundo os cenários práticos que podem ocorrer (o conta-quilómetros, o capot, o teste de condução). É também exatamente assim que qualquer banco faz quando um cliente lhe pede um empréstimo hipotecário a vinte anos. O banco não se limita a apresentar ao cliente o clausulado da escritura de hipoteca, apresenta-lhe também uma simulação de quanto ele vai ficar a pagar ao Banco ao longo dos vinte anos do empréstimo. O problema deste contrato de swap, é que o Banco não apresentou ao cliente uma simulação prática dos efeitos do contrato que estava a celebrar. O clausulado estava cheio de previsões matemáticas, de barreiras e de spreads, mas o cliente não se apercebeu de todas as eventualidades práticas a que aquele clausulado o estava a sujeitar. Mas o Banco estava obrigado a isso? Sim. Em primeiro lugar, porque sendo o swap um contrato aleatório (de “natureza aleatória vincada” como se deu como provado no facto R2), incidia sobre o Banco, pela sua experiência e conhecimento das circunstâncias internacionais do negócio que se propunha celebrar, a obrigação de prestar ao cliente esclarecimentos especiais que este não estava sequer em condições de colocar. Mas, além disso, porque o swap é um derivado. [...] O Título VI do CVM regulamenta a atividade de intermediação nos instrumentos financeiros, incluindo, claro está os swaps. São intermediários financeiros em instrumentos financeiros (a repetição é da lei) as instituições de crédito que estejam autorizadas a exercer atividades de intermediação financeira em Portugal – art. 293.1.a. É o caso do Banco S. O intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça ou que efetivamente preste todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo as respeitantes aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar – art. 312.1.e. Esta informação deve ser prestada por escrito, ainda que sob forma padronizada – art. 312.4. Nada disto consta do texto da carta-contrato apresentado ao cliente e por ele assinado. [...] Em particular, o Banco não devia ter dado ênfase aos benefícios da operação, sem ter fornecido igualmente uma informação correta e clara dos riscos que ela implicava, nomeadamente em matéria de descida das taxas de juro [...]. Deveria ter dado indicação de resultados futuros, mediante simulação que não poderia basear-se em resultados passados – art. 312-A.1.a. Enfim, quer o cliente fosse ou não um investidor

*qualificado, deveria tê-lo informado por escrito da natureza e dos riscos daquele swap assim clausulado [...].*⁴⁰³

Como parte de la responsabilidad que tenía el banco -al retener, por su condición de negocio, información más completa sobre la operación económica- en transmitir al cliente tantos beneficios y, principalmente, los riesgos de la transacción, se dedujo una asimetría en la citada relación contractual. En este camino, el juez, dependiendo de las lecciones de *Law and Economics*, se basa en que el sistema legal de responsabilidad civil es económicamente ineficiente porque no contiene un mecanismo claramente disuasorio para la práctica de actos ilícitos, como se señaló:

A análise económica do direito desloca a questão da responsabilidade civil do regime de tratamento do comportamento dos indivíduos para o regime de tratamento do próprio sistema de justiça que é chamado a intervir em situações de conflito. Põe-se assim a questão não só de reparar a situação particular, o conflito que é levado à apreciação do tribunal, mas sobretudo a questão de corrigir o sistema de justiça que intervém em situações de conflito. A análise económica do direito é desde logo uma prática crítica do direito. Esta análise crítica parte das considerações da teoria económica do bem-estar, ela própria um ramo importante da micro-economia (a micro-economia é a parte da análise económica que se refere à tomada de decisões por pequenos grupos: indivíduos, famílias, associações, empresas, organismos do Estado; estuda o modo como os recursos escassos são por eles atribuídos em situações de utilização alternativa). A análise micro-económica assume que os indivíduos, nessa tomada de decisões, se movem por considerações racionais. No entanto, só é possível um desenvolvimento jurídico destes pressupostos económicos nos limites e no quadro do direito vigente. Os indivíduos actuam normalmente nesse quadro jurídico como actores racionais. Impor às partes que usem da maior sinceridade na prestação de informações à contraparte – nomeadamente não disfarçando os riscos e vícios da situação –, é assim um princípio geral do direito dos contratos, para evitar a assimetria da informação e o conseqüente desequilíbrio das prestações. A esta luz, a atualização do CVM pelo DL 357-E/2007 não era sequer necessária. Mas num ambiente jurídico viciado de positivismo, como é o nosso, esses deveres de informação não oferecem qualquer dúvida. Sobretudo, uma exigência da análise económica do direito é a eliminação dos regimes jurídicos economicamente ineficientes. Aqui, o dispositivo legal da responsabilidade civil do nosso direito civil revela-se economicamente ineficiente porque não contém um mecanismo claramente dissuasor da prática de ilícitos. Concluindo: Uma situação de informação assimétrica é justamente o que encontramos nas cláusulas em apreço. As cláusulas de protecção para taxas de juros em alta eram introduzidas nestes contratos, sem que os clientes do Banco se

⁴⁰³ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 540/11.6TVLSB.L2-1. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 28 de abril de 2015.

*pudessem aperceber imediatamente das suas consequências económicas no futuro: isto é, que por via desta proteção unilateral acabariam por perder as vantagens de um prometido juro baixo, com que o Banco lhes acenava.*⁴⁰⁴

En otra demanda que trató sobre la diligencia en el acto de conducir y la presunción de culpabilidad, el Rel. Manuel Marques decidió que la prueba del incumplimiento de las leyes presume culpabilidad en la producción de los daños resultantes de dicho incumplimiento, sin prueba concreta de falta de diligencia, interviniendo la llamada prueba de primera comparecencia. Sin embargo, el magistrado João Ramos de Sousa, en votación infructuosa, utilizó los principios del enfoque económico para esbozar una decisión diferente, a través de la siguiente lógica:

Para a análise económica do direito, o ónus da prova é um traço central de todos os sistemas de justiça. A questão que essa análise aqui coloca é a de saber qual a eficiência do direito processual, em ordem a maximizar o bem-estar social, designadamente minimizar os custos sociais dos acidentes de viação e evitar a multiplicação dos processos judiciais que levam à sobrelotação dos tribunais e à ineficiência do sistema judiciário. Neste contexto, as considerações relativas à indemnização da vítima não são descuradas, mas deixam de ser apresentadas no plano principal. Quando o acidente se dá na constância de um seguro de responsabilidade civil, a questão da indemnização da vítima e da culpa do acidente assume um papel inteiramente secundário do ponto de vista do custo social em exame, porque a companhia de seguros já utilizou tabelas actuariais (matemático-estatísticas) para o cálculo dos prémios de seguro e das correspondentes indemnizações (v. Coase 1960, Shavell 2004:261ss e Hay/Spier 1997:423ss). O problema da culpa só intervém na ausência de um seguro de acidentes de viação. Aí sim, pode ser útil determinar a quem cabe o ónus da prova na análise dos factos envolvidos no acidente. Ora, no presente caso, o acidente deu-se justamente numa situação em que não foi possível determinar a culpa do acidente. Havia um completo non liquet. Mas havia seguro. Vamos inverter aqui o ónus da prova por uma presunção judicial? Vamos culpabilizar aqui a viúva do falecido pelo acidente, para livrar a seguradora da responsabilidade contratual que ela assumiu na indemnização dos prejuízos não patrimoniais? – Resultado chocante do ponto de vista da justiça material. De modo nenhum. A análise económica da situação concreta leva à conclusão de que aqui a análise jurídica tradicional tem de ser superada, com a consequência de impor à seguradora as regras gerais do ónus da prova. A solução positivista tradicional conduz aqui a uma situação de ineficiência económica, em vantagem injusta da seguradora. Porque ela já entrou em conta com esta solução no cálculo actuarial dos prémios de seguros, e por outro lado inundará os tribunais de litigância

⁴⁰⁴ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 540/11.6TVLSB.L2-1. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 28 de abril de 2015.

desnecessária, procurando furtar-se às suas responsabilidades contratuais para melhorar os seus resultados de exercício. (É certo que esta doutrina positivista de inversão do ónus da prova foi estabelecida com as melhores intenções do mundo; tratava-se de presumir a culpa num acidente entre veículos, para levar a seguradora a pagar quando não se apurasse de quem era a culpa – como se vê lendo os acórdãos citados pela presente decisão. Mas aqui, onde não há interesses particulares contrapostos, a mesma doutrina positivista, pelas suas limitações intrínsecas, conduz a uma solução perversa, inaceitável, livrando a seguradora de pagar a indemnização devida pelo acidente). Nestas condições, a análise económica do direito, de raiz realista, supera os resultados perversos e injustos da jurisprudência positivista (afinal, idealista) que estou aqui a censurar. Na verdade, na posição maioritária que prevaleceu neste acórdão, esta questão é inteiramente passada por alto, como é próprio da tradicional leitura positivista-formalista. Ela esconde-se por detrás de uma lei dita positiva; mas, na realidade, já a construiu previamente, sem o confessar. É que não se pode separar a questão de como é o direito da questão de como ele deveria ser. Não tem de fazer-se aqui apelo a uma inversão judicial do ónus da prova nem a uma presunção judicial de culpa (aliás não previstos na lei) porque há seguro e a seguradora assume aqui os custos sociais do acidente, como é próprio de um estado social de direito (cf. Coase 1960). Não há aqui um conflito entre particulares. Há uma questão entre a seguradora e os seus clientes, um problema de custo social de um acidente. Portanto, não se põe a questão de presunção judicial ou de ónus da prova. Não se provando a culpa da condutora, não há que culpabilizá-la por via judicial para desonerar a seguradora.⁴⁰⁵

En definitiva, el Juez argumenta que, en el presente caso, el accidente se produjo en una situación que no pudo determinar quién fue el culpable del accidente, pues la persona implicada falleció en el hecho. A través de la mirada del análisis económico de la ley, se observa que el análisis jurídico tradicional tiene que ser superado en el caso, con la consecuencia de imponer al asegurador las reglas generales de la carga de la prueba, teniendo en cuenta que la solución positivista conduce a una situación de ineficiencia económica, en beneficio desleal del asegurador. Como no hubo intereses privados opuestos en la acción, la doctrina positivista, por sus limitaciones, conduce a una solución perversa, al liberar al asegurador del pago de la indemnización debida por el accidente. Por lo tanto, el Juez indujo que la aseguradora tenía, en ese caso, la responsabilidad contractual de asumir la indemnización derivada de las pérdidas patrimoniales, pero lamentablemente, tal razonamiento económico y jurídico estaba atrasado.

⁴⁰⁵ LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, Processo n. 969/10.7TBALQ.L1-1. Relator: Manuel Marques. 16 de junho de 2015.

De vuelta en la jurisdicción de los Estados Unidos, en un asunto legal que trata poco al AED en la esfera judicial, el juez Posner utiliza el análisis de costo-beneficio para examinar la libertad de expresión en la demanda en la que se litiga las partes *LaFalce v. Houston* (7° Circuito, 1983). Al caso se unió un postor fracasado que afirmó que cuando el gobierno de la ciudad basó su decisión contractual en opiniones políticas, actuó de manera lítica al infringir la Primera Enmienda. En opinión contraria, el Tribunal de Justicia declaró que la ciudad puede utilizar criterios políticos para adjudicar contratos públicos.

Al comparar los beneficios y costos de proteger la libertad de expresión, Posner trató de distinguir este caso de una situación en la que un funcionario del gobierno despide a otro funcionario público por razones políticas, como ocurrió en el caso de la Tribunal Supremo de EE. UU., *Branti v. Finkel* (445 U.S. 507, 518, 1980), quien resolvió que el despido por afiliación partidista sólo sería legal si era “un requisito apropiado” para el “desempeño efectivo” de la función.⁴⁰⁶

Por lo tanto, en relación con el beneficio, Posner argumentó que los costos de oportunidad de perder el trabajo por parte de un funcionario público excedían los costos de oportunidad de perder una oferta de un contratista del gobierno porque el contratista podía encontrar clientes privados para sus servicios más fácilmente de lo que un funcionario público podría encontrar un trabajo alternativo. En estas circunstancias, por el lado de los costos, el juez consideró que el requisito de bases gubernamentales políticamente neutrales, con respecto al despido de empleados, tendría relativamente poco efecto, señalando la dificultad de eliminar el partidismo de los contratos gubernamentales y el peligroso potencial de demandas cada vez que los contratistas del gobierno pierden sus ofertas. Se concluyó, por lo tanto, que los costos de eliminar el patrocinio excedían los beneficios, negando así la expansión del derecho de expresión.

En la demanda entre *NLRB v. Browning-Ferris Industries Houston* (7° Circuito, 1983), Posner también aplicó la categoría económica de costo-beneficio en el razonamiento legal. El caso se refería a unos dos camioneros de BFI que se negaron a cruzar la línea de piquete de una huelga que estaba teniendo lugar. El tribunal determinó que la negativa a cruzar la línea era una actividad protegida, pero que el BFI podía reemplazar permanentemente a los camioneros sin cometer una injusticia laboral. Los

⁴⁰⁶ COHEN, George M. *Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the view from the Bench. University Of Pennsylvania Law Review*, v. 133, p. 1117-1166, 1985.

derechos de los trabajadores se examinaron desde una perspectiva de costo-beneficio, y, sin embargo, Posner descubrió que la carga del empleador excedía el beneficio de los empleados y negó la ejecución de la orden de la NLRB.⁴⁰⁷

El área de Derecho Ambiental y Ecológico también ha sido un tema notorio dentro de la Jurisdicción italiana desde la perspectiva del análisis económico. En este sentido, el tema ambiental, para la AED, es enigmático, porque, por un lado, están los costos y ventajas económicas que muchas veces están aparentemente en contraste con los beneficios ambientales, es decir, por la hipótesis de que la ventaja ambiental tiene consecuencias negativas en la economía y viceversa. La protección del medio ambiente, sin embargo, ha sido evaluada, a largo y mediano plazo, como esencial para la economía, considerando los beneficios derivados de la elección que incluso pueden invocar en más costos que otros, pero determina un menor impacto contaminante, reduciendo el gasto a largo plazo de la economía. Por lo tanto, en una decisión reciente, el Tribunal Constitucional italiano utilizó el enfoque económico para apoyar la protección del medio ambiente:

*L'art. 119, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 riproduce la formulazione dell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE, e impegna "le Autorità competenti" a tenere conto "del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'Allegato 10 alla parte terza del presente decreto e, in particolare, secondo il principio" chi inquina paga.*⁴⁰⁸

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Constitucional italiano basó la obligación de las autoridades competentes de tener en cuenta el principio de recuperación de los costes de los servicios de agua, incluidos los costes medioambientales y de recursos, con vistas a un análisis económico, de conformidad con el principio de "quien contamina paga". Sobre el mismo tema, se ensayó dos acciones más en el Tribunal Constitucional italiano que también aplicó la AED para atacar la protección ecológica:

L'attività conoscitiva che la norma censurata attribuisce alle Regioni si affianca a quella, di identica natura, prevista dal precedente art. 118 (che assegna alle Regioni il compito di attuare appositi

⁴⁰⁷ COHEN, George M. Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the view from the Bench. *University Of Pennsylvania Law Review*, v. 133, p. 1117-1166, 1985.

⁴⁰⁸ ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Acórdão n° 117/2020**. Presidente Cartabia. 19 de maio de 2020.

programmi di rilevamento dei dati utili a descrivere le caratteristiche del bacino idrografico, a valutare l'impatto antropico esercitato sul medesimo e di quelli necessari all'analisi economica dell'utilizzo delle acque). Essa è strettamente funzionale all'elaborazione dei piani di tutela delle acque previsti dal successivo art. 121 che le Regioni debbono adottare e che debbono contenere, tra l'altro, anche i risultati di tali attività conoscitive.

[...]

All'interno di ciascun distretto deve essere individuata l'autorità competente per l'applicazione della direttiva (art. 3, comma 2) e l'elenco di tali autorità deve essere fornito alla Commissione europea (art. 3, comma 8); l'esame dell'impatto ambientale delle attività umane e l'analisi economica dell'utilizzo idrico deve essere effettuato su base distrettuale (art. 5); il registro delle aree protette deve essere tenuto per ciascun distretto (art. 6); l'art. 13 individua, quale strumento di pianificazione, il piano di gestione dei bacini idrografici che deve essere predisposto "per ciascun distretto idrografico".⁴⁰⁹

Se infiere que los magistrados italianos, cuando pasaron por la implementación de programas específicos de recolección de datos útiles para describir las características de la cuenca hidrográfica y evaluar el impacto antrópico que ejerce, consideraron que el análisis económico del uso del agua es necesario. Por lo tanto, es esencial revisar el impacto ambiental de las actividades humanas junto con el análisis económico del uso del agua.

En la orden judicial estadounidense, las opiniones judiciales de Posner subyacen en gran medida al análisis económico de la ley, como se observa en Sutton v. Ciudad de Milwaukee (7º Circuito, 1982). El tribunal de apelaciones dictaminó que una ordenanza municipal que autoriza el remolque de automóviles estacionados ilegalmente sin requerir una audiencia previa no violaba los derechos del debido proceso. Posner argumentó que el costo esperado del error era pequeño: el valor de la propiedad se materializa en el uso de un automóvil durante un corto período y la probabilidad de error del gobierno al emitir multas de estacionamiento era relativamente baja. Por otro lado, se contactó que el costo directo de la salvaguarda sería alto, porque una pre-incautación sería inviable, el costo, según Posner, sería el abandono del remolque. Por lo tanto, Posner concluyó que el remolque estaba justificado por el costo y no violaba el debido proceso⁴¹⁰. En el sistema judicial francés, también se aplica la AED. En la acción de 1996, ya es

⁴⁰⁹ ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Acórdão 232/2009**. Presidente Amirante. 15 de julho de 2009.

⁴¹⁰ COHEN, George M. Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the view from the Bench. **University Of Pennsylvania Law Review**, v. 133, p. 1117-1166, 1985.

posible vislumbrar el uso de las categorías económicas de *Law and Economics* en las⁴¹¹ sentencias del país, dependiendo de si se extrae la decisión:

*[...] ne analyse économique qui tienne compte de tous les facteurs qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales du marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis.*⁴¹²

En la citada resolución, el órgano jurisdiccional francés declaró que, en relación con la fijación de la remuneración por los servicios prestados, es esencial utilizar la perspectiva del análisis económico, teniendo en cuenta todos los factores de la empresa si actuara en condiciones normales de mercado.

En sentencias más recientes, los órganos jurisdiccionales franceses han aplicado el instituto de los costes de transacción en sus análisis económicos judiciales, lo que demuestra la importancia de la AED en la interpretación judicial francesa.⁴¹³

Otra importante sentencia francesa fue la que figura a continuación, en la que se examinaba que, tras el análisis económico, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, la existencia y el alcance del enriquecimiento injusto que el reembolso de una tasa indebidamente cobrada en virtud del Derecho comunitario generaría para el sujeto pasivo. El órgano jurisdiccional desestimó la solicitud de devolución de impuestos indebidamente recaudada, formada por el sujeto pasivo que la transmitió a sus clientes:

UNION EUROPEENNE – Douanes – Droits – Remboursement de droits indûment acquittés – Limite – Enrichissement sans cause – Preuve – Charge. Il résulte des articles 1315, devenu 1353, du code civil et 352 bis du code des douanes, et des principes posés par l'arrêt rendu le 2 octobre 2003 (Weber's Wine World e.a., C-147/01) par la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, qu'il incombe à l'administration, au terme d'une analyse économique tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, d'établir l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause que le remboursement d'une imposition

⁴¹¹ COHEN, George M. Posneriano Jurisprudencia y Económico Análisis de Ley: El vista De El banquillo. **Revista de Derecho de la Universidad de Pensilvania**, v. 133, págs. 1117-1166, 1985.

⁴¹² PARIS. Tribunal de Commerce de Paris – França. **Processo C-39/94**. ECJ-1996-2-010. 11 de julho de 1996.

⁴¹³ FRANÇA. Tribunal de Cassação Francês. **Recurso nº: 13-25.947**. 3 de março de 2015; CAEN. Corte de Apelação de Caen, 06/03554, 18 de março de 2008), bem como postulado da eficiência econômica (FRANÇA. Tribunal de Cassação Francês, divisão civil, comercial. Recurso nº 11-21.604 25 de setembro de 2012; FRANÇA. Tribunal de Cassação Francês, Cível, Câmara Cível 2. Recurso nº 14-28.352. 19 de novembro de 2015).

indûment perçue au regard du droit communautaire engendrerait pour l'assujetti. Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui rejette la demande de restitution d'une taxe indûment perçue, formée par l'assujetti qui l'a répercutée sur ses clients, par des motifs pris de la seule augmentation du volume de son activité sur la période considérée, impropres à établir qu'il n'a subi aucun préjudice lié à cette répercussion, sans se référer à une analyse économique globale prenant en compte l'ensemble des circonstances pertinentes relatives à l'évolution des prix, des marges et des volumes de l'assujetti et du secteur concerné, qu'il incombe à l'administration de produire DOUANES – Droits – Remboursement de droits indûment acquittés – Limite – Enrichissement sans cause – Preuve – Charge.⁴¹⁴

Del mismo modo, el Recurso n. 04-20.124 del Tribunal de Casación francés de la Cámara de Comercio se basa en que, al tomar la consideración de que, tal como se acordó en las sentencias recurridas, a partir del 17 de julio de 1992, Dismat importó varios productos de los Estados miembros de la Unión Europea al departamento de ultramar de Martinica y absolvió, en tal calidad, el *octroi de mer*; que este impuesto ha sido declarado contrario al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el importador encargó a la Dirección General de Aduanas y Derechos Indirectos que obtuviera la devolución de los importes indebidamente pagados; que el Tribunal de Apelación ordenó un examen forense para determinar si los derechos indebidos estaban incluidos en los aranceles de venta y eran soportados por el cliente del importador, y luego, decidiendo sobre el fondo, limitó el reembolso del impuesto. En el asunto antes mencionado, ha decidido que, si bien el Derecho comunitario precede la denegación de un impuesto incompatible con ese derecho por el mero hecho de que haya sido repercutido a terceros, le obliga a establecer una medida de enriquecimiento injusto que genere para el sujeto pasivo la devolución de dicho impuesto y que la existencia y la medida del enriquecimiento injusto deben ser probadas por la administración al final de un análisis económico claro que tenga en cuenta todas las circunstancias relevantes. Así pues, el tribunal de apelación infringió los principios y el texto antes mencionados, por lo que debe ordenarse a la administración aduanera derechos indirectos sobre las costas:

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS. LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant: Attendu, selon les arrêts attaqués, qu'après le 17 juillet 1992, la société Dismat (l'importateur) a importé dans le département d'outre-mer de la Martinique diverses marchandises en provenance d'Etats membres de l'union européenne et acquitté à ce

⁴¹⁴ FRANÇA. Tribunal de Cassação Cível Francês. **Recurso n.º: 17-24.583.** 12 de fevereiro de 2020.

titre l'octroi de mer ; que cette taxe ayant été déclarée contraire au droit communautaire par la Cour de justice des Communautés européennes, l'importateur a assigné la direction générale des douanes et des droits indirects pour obtenir la restitution des sommes indûment acquittées ; que la cour d'appel, par un arrêt avant dire droit, a ordonné une expertise afin de déterminer si les droits indus étaient inclus dans les tarifs de vente et supportés par le client de l'importateur, puis, statuant sur le fond, a limité la restitution de la taxe au montant qui, afférent à des marchandises détériorées ou dépréciées, n'avait pu être répercuté ; Sur le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 21 mai 1999: Sur le moyen unique, pris en sa première branche: Vu les principes du droit communautaire applicables au remboursement d'impositions contraires à ce droit ; Attendu que la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit (arrêt du 2 octobre 2003, Weber's Wine World, C-147/01) que les règles du droit communautaire relatives à la répétition de l'indu doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale qui refuserait le remboursement d'une taxe incompatible avec le droit communautaire au seul motif que celle-ci a été répercutée sur les tiers, sans exiger que soit établie la mesure de l'enrichissement sans cause qu'engendrerait pour l'assujetti le remboursement de cette taxe, dès lors que, même dans l'hypothèse où la taxe serait complètement intégrée dans le prix pratiqué, l'assujetti peut subir un préjudice lié à une diminution de volume de ses ventes ; Attendu que, pour ordonner une mesure d'expertise afin de déterminer si les droits indus étaient inclus dans les tarifs de vente et étaient supportés par le client, l'arrêt avant dire droit retient que lorsqu'une personne a indûment acquitté des droits et taxes nationaux, elle peut en obtenir le remboursement à moins que ceux-ci n'aient été répercutés sur l'acheteur, et que l'opérateur qui a répercuté entièrement la taxe n'obtiendra aucun remboursement mais pourra obtenir la réparation du préjudice qu'il a subi ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les principes susvisés ; Et sur le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 23 septembre 2004: Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches: Vu les principes du droit communautaire applicables au remboursement d'impositions contraires à ce droit et l'article 1315 du code civil; Attendu que, pour limiter la restitution demandée par l'importateur, l'arrêt retient qu'à l'exception des droits d'un montant total de 4 573,47 euros, correspondant à des marchandises détériorées ou dépréciées, qui seuls peuvent être restitués, les droits litigieux ont été répercutés par l'importateur sur ses clients ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit communautaire s'oppose à ce que le remboursement d'une taxe incompatible avec ce droit soit refusé au seul motif que celle-ci a été répercutée sur les tiers, qu'il exige que soit établie la mesure de l'enrichissement sans cause qu'engendrerait pour l'assujetti le remboursement de cette taxe et que l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause doivent être établies par l'administration au terme d'une analyse économique tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, la cour d'appel a violé les principes et le texte susvisés; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs: CASSE ET ANNULE, en toutes leurs dispositions, les arrêts rendus les 21 mai 1999 et 23 septembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet en conséquence la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient

*avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ; Condamne l'administration des douanes et droits indirects aux dépens ; Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ; Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze décembre deux mille six.*⁴¹⁵

El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, fundó una de sus decisiones en la AED, al decidir que el inminente cargo por costos disuadirá a las partes de disputas legales sin perspectivas de éxito, un hecho positivo para reducir el número de casos que se procesan y alentar a las personas a representar solo disputas legales suficientemente prometedoras. Además, en caso de incumplimiento, el cliente debe tener en cuenta la obligación que se le aplica regularmente, por ejemplo, en caso de pérdida judicial, la parte perdedora no solo debe asumir las costas judiciales, sino también reembolsar los costos del oponente:

*Dafür sprechen Studien aus den Vereinigten Staaten von Amerika, die zeigen, dass ein Anreiz zur Erhebung aussichtsloser Klagen weniger auf dem Umstand erfolgsbezogener Anwaltsvergütungen als vielmehr auf dem dort üblichen Kostenerstattungsrecht beruht, nach dem die unterliegende Partei nicht die Kosten der obsiegenden Partei übernehmen muss („American Rule“). So ging beispielsweise die Zahl unbegründeter Klagen wegen vermeintlicher ärztlicher Behandlungsfehler in Florida in den 1980er Jahren erheblich zurück, nachdem der Bundesstaat für dieses Rechtsgebiet ein mit den §§ 91 ff. ZPO im Grundsatz vergleichbares Kostenerstattungsregime eingeführt hatte, die Prozesse aber weiterhin auf der Grundlage von Streitanteilsvergütungen geführt wurden (vgl. Hughes/Snyder, Journal of Law and Economics 38 <1995>, S. 225 <229 f., 234 ff.>).*⁴¹⁶

Por lo tanto, el Tribunal alemán apoyó su veredicto en la enseñanza del AED, que muestra que el incentivo para presentar demandas innecesarias se basa menos en el hecho de los honorarios de los abogados y el éxito procesal y más en la ley habitual sobre las costas, según la cual la parte que no logra el proceso no tiene que asumir las costas de la parte ganadora. Por ejemplo, el número de demandas infundadas debido a presunta negligencia médica en Florida disminuyó significativamente en la década de

⁴¹⁵ FRANÇA. Tribunal de Cassação Francês da Câmara Comercial. **Recurso nº 04-20.124**. 12 de dezembro de 2006.

⁴¹⁶ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **GER-2007-1-006**. Primeiro Senado. 12 de dezembro de 2006.

1980 después de que el estado introdujera un esquema de reembolso para esta área de la ley.

En el ámbito judicial brasileño, bajo el análisis de la obra de Posner, el ministro Luiz Fux discute la importancia del sistema de precedentes a partir del análisis económico del derecho:

O respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciários, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios. [...] Como ensina Richard Posner, a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas. O estoque de capital, assim, traduz-se em menos demandas judiciais, já que, sendo possível realizar um prognóstico de suas chances em juízo, as partes tendem a solucionar suas desavenças consensualmente – ou as desavenças podem sequer ocorrer. Mais ainda, a heurística derivada da aplicação de precedentes simplifica a tarefa do julgador, poupando recursos na solução dos casos.⁴¹⁷

Aunque hay pocas decisiones para invocar expresamente el AED⁴¹⁸ en el sistema legal nacional, hay un aumento creciente de esta escuela en los juicios judiciales iluminados por principios económicos.⁴¹⁹ Se entiende que muchas decisiones utilizan los criterios de AED sin conjurar su nombre, según Tomazete:

Embora, sem usar diretamente a expressão análise econômica do direito, o Supremo Tribunal Federal já aplicou tal concepção, como por exemplo, no caso do pedido de Intervenção Federal no Estado de São Paulo (IF 2.127-SP) por não cumprimento de decisão judicial referente ao pagamento de precatório. Não havia dúvida, quanto à ausência do cumprimento das decisões judiciais, mas decretar a

⁴¹⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, jun. 2017. p. 9.

⁴¹⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. A Teoria do Direito: uma análise da influência do Law and Economics na construção do Pós-Positivismo. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 191, p. 19-38, jul. 2018.

⁴¹⁹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (coord). **Estudo sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da Análise Econômica do Direito**. [S.l.]: Almedina, 2017. p. 43.

*intervenção não seria uma medida eficiente, não iria garantir a maximização da riqueza.*⁴²⁰

Esto significa que la Corte Suprema generalmente no emplea la matriz teórica del AED por completo, sino que utiliza elementos económicos inspirados en la teoría.

Al realizar una investigación en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la búsqueda del término “análisis económico” da como resultado solo 21 resultados -15 decisiones monocráticas y 6 sentencias- y, de este total, muchos se refieren a decisiones que solo citan la teoría, sin emplear necesariamente dicho análisis en el sopesamiento litigioso, por otro lado, otros términos pueden citarse perpetuando las ideas del enfoque económico.

Tales decisiones tienen el denominador común de ser muy recientes, juzgadas entre los años 2014 a 2020, siendo más de la mitad para los años 2019 a 2020. Aunque todavía se considera una teoría no basada en los textos dados bajo la Corte Suprema, es posible obtener que los ministros están utilizando gradualmente este enfoque más en sus decisiones, especialmente el Min. Fux, asiduo defensor del análisis económico del derecho. Otros ministros, como el Min. Lewandowski, en cambio, no está de acuerdo con la tesis en estudio porque entienden que somete los diplomas jurídicos a conveniencias económicas siempre momentáneas.

Al analizar si la Justicia Electoral es competente para perseguir delitos comunes relacionados con delitos electorales en la Sala Ag.Reg. 4.435/DF Encuesta, Min. Fux abogó por la minimización de segmentos del Poder Judicial basados en el AED. O Min. Lewandowski, en respuesta a la defensa del uso de la escuela, enfatizó que: “tenho severas restrições a essa escola do Direito, enfim, visto sob a ótica da economia, porque eu entendo que há uma enorme dose de ideologia nesse tipo de apreciação do Direito”. Aun así, el Min. sostuvo que, a pesar de ser una teoría ampliamente difundida en Estados Unidos, en las universidades brasileñas y extranjeras hay un debate académico muy intenso en el sentido de que hay pensadores que se oponen vehementemente a esta escuela.⁴²¹

⁴²⁰ TOMAZETE, Marlon. A viabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 75, p. 177-198, jul-ago. 2007. p. 177.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Quarto AG. REG. do Inquérito 4.435**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. 14 de março de 2019.

En esta decisión, Min. Fux respondió que “todo mundo tem medo do novo” y “a análise econômica do direito, em um de seus pilares, visa à eficiência da prestação da Justiça”, efectos que todos los juristas deberían defender. Desviando parte del tema a juzgar, los ministros iniciarían un interesante debate sobre la introducción de esta matriz teórica en el pensamiento jurídico brasileño, pero pronto terminarían el asunto para volver al tema central de la acción.

En la Tutela Provisional de Acción Directa de Inconstitucionalidad N. 5.956/DF, la Facultad de *Law and Economics* volvió a marcar el fundamento de las decisiones de la Corte Suprema, esta vez en una decisión sobre la tabla de precios de flete. Al señalar el alto costo social de los precios de precios, Rel. Min. Luiz Fux sentado:

Sob uma perspectiva consequencialista, no abalizado magistério de Richard Posner, o magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social (POSNER, Richard. Law, Pragmatism and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64).⁴²²

Sin mencionar, sin embargo, el nombre de la escuela económica, el Relator basó su decisión en las enseñanzas de Posner sobre el análisis económico del derecho, al pedir que los agentes del orden siempre examinaran y consideraran los efectos económicos y sociales de sus pronunciamientos judiciales.

Asimismo, de las pocas decisiones que contempla la escuela de análisis económico, insta a citar la ADPF n. 167, también de Relatoría del Ministro Luiz Fux. Al consolidar el respeto de los precedentes como un imperativo para la seguridad jurídica (art. 5º, *caput*, CF/88), el ponente basó su voto en la base de la teoría económica, que sostenía que:

A observância dos precedentes quase decenários, compreendidos na análise econômica do Direito como um estoque de capital, constitui componente fundamental de uma ordem jurídica funcional, máxime porque facilita a aplicação e operação do direito pelos magistrados e jurisdicionados, bem como norteia a atuação de todos os membros da sociedade, conferindo a necessária segurança jurídica.⁴²³

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.956/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. 06 de dezembro de 2018.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 167/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 07 de março de 2018.

En otra decisión, la Mandado de Segurança 34123/DF se extinguió cuando el acta se estaba cumpliendo debidamente y que no había nada que el demandante solicitara, y no había ninguna pregunta que proporcionar por ese tribunal. En el acto, el Rel. Min. Luiz Fux basó su decisión en los estudios de la escuela sobre el análisis económico del derecho, diciendo que:

*[...] ao decidir a respeito do ajuizamento ou não de uma demanda, o indivíduo tende a considerar tão somente o valor da causa, a probabilidade de vitória e o montante de custas processuais, por exemplo. Dessa maneira, a decisão individual de ajuizar uma ação pode gerar externalidade negativa para todo o corpo social: o litigante, de qualquer perfil socioeconômico, pode impactar negativamente a sociedade com as despesas da justiça e o congestionamento dessa (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, pp. 27-48).⁴²⁴*

En la citada decisión, a pesar del celo por la seguridad para esperar el agotamiento de los efectos de dicho acuerdo, el Ministro Fux consideró que la medida repercute en los escasos recursos (humanos y financieros) del tribunal al mantener la demanda sin más necesidad ni utilidad, violando el principio constitucional de eficiencia (art. 37, *caput*, CF/88) al tratar con escasos recursos públicos, así como la materialización del principio de duración razonable del proceso (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

En el ámbito laboral, se eleva la decisión RE 958.252, la cual se basó en analizar la constitucionalidad del instituto de outsourcing y el cumplimiento de otras garantías legales ante la adopción de esta forma de trabajo. Nuevamente bajo la Relatoría del Ministro Luiz Fux, se señalaron numerosas ventajas de la organización estructural de la tercerización, como la mayor facilidad de adaptación a las necesidades de las modificaciones estructurales; eliminación de problemas de posibles excesos de producción, reducción de los costes iniciales de entrada en el mercado, facilitación de la aparición de nuevos competidores y eliminación de los riesgos empresariales relacionados con las fluctuaciones del balance debido a la reducción de los costes fijos. En su voto, el Ministro basó muchos de sus argumentos en los estudios de Coase y otros teóricos económicos, siguiendo los principales argumentos *in verbis*:

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 34123/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. 30 de março 2020.

[...] 10. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência [...]. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). [...] 12. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Econômica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício [...]. 20. A teoria econômica, à luz dessas constatações empíricas, vaticina que, verbis: “Quando a terceirização permite às firmas produzir com menos custos, a competição entre firmas que terceirizam diminuirá os preços dos seus produtos. [...] consumidores terão mais dinheiro para gastar com outros bens, o que ajudará empregos em outras indústrias”.⁴²⁵

En el escenario litigioso del Tribunal Superior de Justicia, a su vez, la situación es contrastante, pues se citan 116 pronunciamientos judiciales que citan el término “análisis económico”, entre sentencias y decisiones monocráticas, evidenciando que tal teoría ya se encuentra en medio del Alto Tribunal. Por lo tanto, es imperativo visualizar las principales decisiones inspiradas en la matriz de análisis económico del derecho otorgado por el STJ.

Una sentencia inusual dentro del ámbito del STJ, que merece ser destacada, es la RE 1163283/RS, que utilizó el enfoque económico de la AED para fundar su decisión y reconoció, en 2015 -hasta entonces de una manera sin precedentes- explícitamente la importancia de la AED en las decisiones judiciales. El recurso recurrió sobre una acción de revisión de los beneficios del saldo pendiente relativos a la repetición de deuda frente a un banco, que recurrió la decisión dirigida a restablecer el equilibrio contractual de la financiación de la vivienda, mediante la revisión de las denominadas cláusulas abusivas. La demandante señaló, en síntesis, que la sentencia encomienda los artículos 46 y 50 de la Ley n. 10.931/2004, en el entendido de que tal ley no se aplica a los contratos de financiación de bienes. La decisión se hizo así:

⁴²⁵ TAYLOR, Timothy. In defense of outsourcing. *Cato Journal*, v. 25, p. 367-377, 2005. p. 371.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado. 2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. [...] 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido.⁴²⁶

Desde el menú, ya se nota la amplia participación de la AED en la justificación aplicada en la decisión, que utilizó criterios legales y económicos de esta escuela. El Min. Rel., de hecho, hace un rescate histórico de la AED y considera que la ley central de litigiosidad (Ley 10.931/2004) es señalada por los juristas como una realización del AED, además, el Relator menciona que el análisis económico tiene como hito teórico a Ronald Coase, abogado estadounidense y Premio Nobel de Economía en 1991.

El Ministro señala que la doctrina no pretende someterse a las normas jurídicas a los institutos de la economía, sino que pretende acercar los dispositivos jurídicos a la realidad económica, a través de la aplicación del conocimiento económico en el ámbito jurídico. La interacción entre ambos conocimientos es el punto en discusión y no la exclusión de uno por el otro, por lo tanto, el Relator afirma que “a regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social”.⁴²⁷

Entre los numerosos beneficios del AED, Min. Salomón infiere que las presuposiciones centrales de tal doctrina son “o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos”.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1163283/RS**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 07 de abril de 2015.

⁴²⁷ Ibid, no paginado.

Además, en la votación de la decisión, se consideró la función social del contrato, prevista en el art. 421 del CC/2002, a la luz de las enseñanzas de Luciano Benetti Timm:

[...] a análise econômica da 'função social do contrato' permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos.

Por lo tanto, la AED permite decir:

[...] as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas, orientando o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social. A coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito.

De hecho, citando a Erica Gorga Sztajn, la Rel. dilucidó la importancia de aplicar la AED en los sistemas jurídicos de *civil law*, como Brasil, porque tienen un bajo desempeño económico y ofrecen menos protección legal a los inversionistas debido al contenido de las normas legales y la forma en que las cumplen a través del derecho procesal, lo que resulta en mercados con menos desarrollo económico.

Finalmente, a partir de todo el estudio expuesto y con miras a incentivar la economía, observando que la Ley n. 10.931/2004 tiene el potencial de colaboración del desarrollo económico y social, queda establecido que todo contrato de financiamiento inmobiliario, aunque se acuerde en la línea del Sistema Financiero de la Vivienda, constituye un negocio jurídico eminentemente patrimonial y, por tanto, con eminente viabilidad para la aplicación del análisis económico del derecho.

Bajo otro giro, al determinar la posibilidad de sustituir una garantía de ejecución, es decir, embargo en efectivo por seguro de garantía judicial, el ministro Rel. de la sentencia, Ricardo Villas Bôas Cueva, utilizó como fundamento el principio de máxima efectividad de la ejecución, junto con el análisis económico de la ley, para decidir que las opciones más eficientes son la fianza bancaria y el seguro de garantía judicial. Así, decidió que tales garantías “reduzem os efeitos prejudiciais da penhora ao desonerar os ativos de sociedades empresárias submetidas ao processo de execução, além de

assegurar, com eficiência equiparada ao dinheiro, que o exequente receberá a soma pretendida quando obter êxito ao final da demanda”.⁴²⁸ En este sentido, era plenamente posible, desde el punto de vista de la eficiencia, sustituir el embargo en efectivo, como garantía de ejecución, por un seguro judicial.

El Recurso Especial 1.734.733/PE, a su vez, se refirió brevemente al ámbito procesal civil y tributario en materia de restitución de la deuda de la seguridad social y los intereses procesales. La Corte declaró, entre otros puntos, que es pacífico el entendimiento de que “la determinación de una repetición de deuda no requiere de un previo agotamiento administrativo ni de una postulación administrativa previa”, propuesta inspirada en los principios de la AED, que apunta a la máxima eficiencia de los procedimientos judiciales y a plantearlos como “último recurso” para la consagración de derechos. La necesidad de agotar la vía administrativa para la entrada de la vía judicial está justificada, por tanto, teniendo en cuenta que la primera suele ser más sencilla y rápida, además de ser más barata para las arcas públicas, como corrobora el Rel.:

*[...] o Estado brasileiro realiza grandes despesas para financiar o funcionamento do Poder Executivo e do Poder Judiciário para que o primeiro deixe de exercer sua competência legal de examinar os pedidos administrativos em matéria tributária; e o segundo, em substituição ao primeiro, exerce a jurisdição em questões que os cidadãos poderiam ver resolvidas de forma mais célere e menos dispendiosa no âmbito administrativo.*⁴²⁹

Todos estos jueces examinados demuestran el papel central que desempeñan los jueces en la interpretación del sistema jurídico de su país y, al aplicar las premisas de la AED, constituyen el puente necesario entre el derecho, la realidad social y la economía.

Los efectos de estas decisiones son amplios y complejos, como explica el autor Bullard a través de ejemplos empíricos:

Los jueces, quizá sin saberlo, influyen en cuánto cobra un médico para una operación o cuánto cuestan las medicinas en las farmacias, y con ello pueden estar optando por quiénes pueden acceder a dicha operación o a cierta medicina, y quiénes tienen que ver en riesgo su

⁴²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1838837/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 12 de maio de 2020 e REsp 1691748/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 07 de novembro de 2017.

⁴²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1734733/PE**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. 07 de junho de 2018.

salud por no poder sufragar los costos que implica un tratamiento médico. La demora en la entrada de ciertas medicinas al mercado en países desarrollados se explica en parte por la regulación administrativa existente y en parte por las decisiones de los jueces en establecer estándares de responsabilidad ‘objetivísimos’ para daños causados por medicinas nuevas. El efecto positivo es que las empresas son más cuidadosas en introducir nuevos medicamentos. El efecto negativo es que la puesta a disposición del consumidor del medicamento en cuestión puede tardar cinco o seis años. En ese período miles de personas morirán porque la medicina que hubiera podido salvar sus vidas no estará disponible por los altos costos que el riesgo de la responsabilidad civil implica para el fabricante. De esta manera, los jueces, sin dictar una pena de muerte pueden, curiosamente, decidir sin darse cuenta quiénes mueren o quiénes seguirán viviendo. Cuando se paraliza la producción de una fábrica porque se presume que daña el medio ambiente, el juez que dicta la medida cautelar podría estar desincentivando la inversión. Quizás es una medida necesaria precisamente para reducir los costos de dañar la atmósfera y que son soportados por todos. Pero tomar la decisión sin considerar que habrá menos empresas y trabajo es una decisión incompleta. Así, los jueces influyen en el Producto Bruto Interno (PBI) del país.⁴³⁰

A la vista de los casos judiciales evidenciados, se concluye que el sistema judicial de las más diversas naciones está insertando gradualmente los preceptos económicos de la teoría del Derecho y la Economía en sus postulados interpretativos. Estados Unidos es líder en la aplicación de la escuela económica en sus juicios. Todavía tímidamente, la Corte Suprema brasileña ya tiene precedentes inspirados en la eficiencia económica y otros principios del AED, teniendo como principal defensor al Min. Fux, ya dentro del Tribunal Superior, la escuela es más citada en sus decisiones recursivas, pero aún tiene un vasto espacio legal para abarcar a los institutos económicos en la mejora de sus decisiones. Naciones como Italia, Francia, Alemania e Italia insertan tales premisas económicas de manera intermedia, y también pueden avanzar en la inserción de esta corriente teórica en sus sentencias judiciales.

3.5. Crítica al Análisis Económico del Derecho

Existen numerosas críticas dirigidas al movimiento del Análisis Económico del Derecho, y es necesario elucidarlas como contrapunto teórico a la hora de

⁴³⁰ BULLARD, Alfredo. *Análisis Económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 36. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

revisar los fundamentos principales de esta tesis insurgente, así como las otras provocaciones intelectuales apuntadas a esta “nueva” directriz epistemológica.

La principal crítica a la teoría es intrínseca al movimiento al que se originó: el neoliberalismo. El análisis económico es una de las numerosas expresiones del neoliberalismo, siendo una rama de este modelo político-económico. Por lo tanto, para una debida elucidación crítica, es necesario discutir primero las contradicciones de su base teórica.

El proyecto neoliberal tiende a extenderse a partir de eventos extremos derivados de crisis económicas, sociales y ambientales, ya que “los episodios de extrema tensión y vulnerabilidad de los sujetos llegan a ser vistos como oportunidades estratégicas para consolidar y avanzar el proyecto neoliberal”⁴³¹ a través de transacciones económicas.

Quien retrata bien esta nueva manifestación capitalista es Naomi Klein⁴³², que sostiene que, a través de la concepción de una nueva racionalidad jurídica, los Estados son rehenes de las voluntades privadas, especialmente de las grandes corporaciones económicas, constituyendo el concepto de “Estado Corporativo”, es decir, un Estado que conforma los intereses de las asociaciones económicas. Esta situación es muy grave porque tengo una violación de preceptos constitucionales, como el interés público, y la propia democracia.

El autor sostiene que este escenario es un efecto del modelo neoliberal, que, divergiendo de lo que argumentaron los intelectuales clásicos, el proyecto ultraliberal no proviene de la mera espontaneidad del mercado, sino más bien del debilitamiento de los sistemas subsistentes, por lo que las guerras, los huracanes y las crisis económicas son vistos como oportunidades de negocio para el neoliberalismo contemporáneo⁴³³, efectuando el llamado “tratamiento de choque” de Friedman. tal, que las políticas neoliberales se imponen a través de terapias colectivas de choque, es decir, cambios colosales en los que la única solución que ofrece el sistema económico son las políticas neoliberales. Así, Klein funda que el proyecto neoliberal es intrínseco a la violencia, porque es con apoyo en la agresividad que se legitima y se impulsa.

⁴³¹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2 ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 41.

⁴³² KLEIN, Naomi. **A doutrina em choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

⁴³³ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2 ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 41.

La terapia de choque, por lo tanto, extrae de Marcelino⁴³⁴, se refiere a “un estado psíquico que expone a los sujetos a una vulnerabilidad extrema y que debilitaría la posible resistencia al cambio económico”, por lo que “para Friedman, era necesario crear un hecho que pudiera poner a la población en un estado de desorientación” para permitir medidas neoliberales, estas crisis podrían ser naturales o creadas deliberadamente.

La autora Klein sistematiza la primera fase doctrinal de la terapia de choque, que, a través del establecimiento de graves crisis, proporcionó un campo económico ideal para la propagación del ultraliberalismo fue el apoyo de Estados Unidos al golpe de Estado en Chile. Más tarde, a través de la creación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) -en el que, para recaudar recursos financieros, los países necesitaban someterse a las políticas diseñadas por Friedman-, el conflicto de las Maldivas, o Islas Malvinas, entre Inglaterra y Argentina y la creciente maquinaria militar estadounidense.⁴³⁵

En el ámbito de fenómenos naturales como tsunamis y huracanes, como los que atormentaron regiones de Indonesia y Nueva Orleans en EE.UU., han sacado de estas regiones a innumerables humildes residentes debido a la destrucción de sus viviendas, la apertura de fisuras para la construcción de grandes empresas y la aparición de privatizaciones de escuelas y hospitales. Estos desastres climáticos, por lo tanto, son concebidos por el modelo neoliberal como oportunidades para obtener ganancias.

Un excelente ejemplo, como señala Klein, ocurrió en las playas de Indonesia como resultado del tsunami, que mató a 250.000 personas, con 2,5 millones de personas sin hogar, familias que sobrevivieron cuando regresaron para reasentar sus hogares, fueron impedidas por la policía de entrar en la zona afectada. Sin embargo, no hubo impedimento para la entrada a los desarrolladores, que comenzaron a construir resorts de lujo en estos lugares. La población trató de resistir y manifestarse más fue rigurosamente reprimida.⁴³⁶

Estas referencias teóricas dilucidadas no son meras y distantes bases doctrinales de la AED contemporánea, de hecho, constituyen fundamentos en presencia del análisis económico, como explica Marcellino Jr.:

⁴³⁴ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça**: dilemas da litigância predatória e inautêntica. 2 ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 42-43.

⁴³⁵ KLEIN, Naomi. **A doutrina em choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 198-199 e 23.

⁴³⁶ Ibid, p. 459-465.

Percebe-se que há um núcleo contemporâneo que radicaliza o modelo, inadmitindo qualquer tipo de limite ético na implementação da lógica liberal em âmbito global. Esse núcleo, forjado muito por influência das teses de Hayek e Friedman, tornou-se muito influente ao longo do tempo e transformou-se, em realidade, numa referência teórica por excelência do movimento LaE.⁴³⁷

Parece, dada la crítica mordaz, principalmente escrita por Naomi Klein, que el neoliberalismo integra un modelo político-económico basado en la violencia y con pocos preceptos ético-sociales. Las situaciones más inhumanas son vistas, para este proyecto, como una forma de elevar ganancias y ascender sus preceptos al mundo de una manera imponente.

Otros puntos que surgen contrapuntos a la AED están relacionados con la eficiencia. Tal como se estudió, puede considerarse el instituto más vital para el análisis económico del derecho, ya que constituye el propósito central de la teoría. En este camino, un dilema central a cuestionar es el marco de valores presente en el instituto de la eficiencia, teniendo en el cual, como todo concepto que contempla y juzga los comportamientos humanos, refleja juicios de valor.

Al designar acciones que son más eficientes, así como determinar las prácticas que deben o no deben fomentarse, se emplean requisitos objetivos o subjetivos. Estos requisitos emanan concepciones del mundo, notando que la eficiencia económica no es neutral, al contrario, va más allá de los preceptos evaluativos.

En esta línea de pensamiento, una crítica al origen francés se dirige a la categoría de eficiencia, porque la considera un método inadecuado para evaluar la calidad de un sistema jurídico. La principal motivación de la crítica es que existe una dificultad inherente a la comparación y el examen de diferentes sistemas jurídicos porque cada diferencia entre tales sistemas no puede analizarse aisladamente de otros elementos políticos y sociales de esa localidad. En otras palabras, las peculiaridades históricas, sociales y políticas de cada país pueden ser las verdaderas razones de ciertas elecciones normativas.⁴³⁸

Además, el núcleo de los criterios de eficiencia es determinar la “maximización de la riqueza”, percibida a través de los bienes de los deseos y necesidades

⁴³⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2 ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 46-47.

⁴³⁸ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 48.

humanas de las más diversas áreas de consumo (ocio, trabajo, salud, etc.).⁴³⁹ Se sabe que los bienes de consumo son numerosos y varían preferentemente para depender de opciones sociales, culturales, regionales y particulares, pero para indicar criterios generales de la facultad de predilecciones económicas, es fundamental medirlos para generalizar los bienes de consumo preferidos y tratar de contemplar la mayor cantidad posible de estos.

Para desarrollar estos criterios, según Heico Kerkmeester es necesario responder a la pregunta “¿si las personas maximizan lo que maximizan?” (nuestra traducción), y el derecho y la economía ofrecen dos “unidades de medida” (nuestra traducción) para la construcción del concepto de eficiencia: utilidad (nuestra traducción) y dinero (nuestra traducción), esta última también llamada riqueza (nuestra traducción).⁴⁴⁰

La “utilidad” se percibe a través del comportamiento humano, porque cuanto más se consume un bien, mayor es la preferencia personal del producto o servicio, por lo que mayor es su utilidad. Dado que la economía ofrece teorías más precisas y objetivas sobre el comportamiento humano, lo que los críticos sostienen es que las conductas de los individuos son siempre permeables y subjetivas, por lo que un bien que es útil para un individuo puede no ser el otro, lo que dificulta su maximización.

Otra unidad utilizada es el “dinero”, que tiene algunos gastos en comparación con el uso de “utilidad”, considerando que:

[...] para o dinheiro o acréscimo de uma unidade diminui seu valor ao invés de acrescentar. Assim, se tenho um real e acrescento outro tenho um acréscimo de 50%, para cada real adicional terei uma redução no acréscimo, assim, a próxima unidade irá acrescentar somente 33% de valor e assim gradativamente.⁴⁴¹

Por lo tanto, cuanto más dinero tengas, menos vale, a plazos, cuanto mayor sea el consumo por el criterio de uso, mayor será el valor de tu unidad maximizada.

El dinero, por otro lado, se indica más viable para el uso de la maximización, al tener las siguientes ventajas en relación con el uso de la utilidad: “i) las

⁴³⁹ MARSHAL, Alfred. **Princípios de Economia**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. v. 1. p. 65. (Coleção Os Economistas).

⁴⁴⁰ “If people maximize, what do they maximize?”; “measuring rod”; “utility”; “money”; “wealth”. KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. In: DE GEEST, Gerrit ; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia Of Law And Economics**. [S.l.]: Edward Elgar Pub, 2000. p. 386. Disponible en: <http://encyclo.findLaw.com>. Acceso en: ago. 2020.

⁴⁴¹ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 199.

comparaciones interpersonales son más fáciles de realizar y ii) es intuitivo aceptar que las personas prefieren tener más dinero que tener menos”.⁴⁴²

Además, Richard Posner introduce el término “maximizar la riqueza”, haciendo uso de “la doctrina que utiliza el análisis de costo-beneficio para guiar la toma de decisiones judiciales”⁴⁴³. De esta manera, la principal crítica se atada a la teoría del costo-beneficio, porque esta, debido a un parámetro estrictamente monetario, resulta inadecuada para medir los valores de los activos legales, como la protección del medio ambiente y la seguridad alimentaria, monetariamente innumerables bienes, así como resulta utilitario, sin la existencia de preocupaciones éticas.⁴⁴⁴

Posner, sin embargo, argumenta que el concepto no se limita únicamente al criterio financiero. En realidad:

*[...] a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados – apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro.*⁴⁴⁵

Por lo tanto, al analizar el retraso de una pensión por hijo, por ejemplo, además de las pérdidas monetarias, la reserva federal también puede tener un costo medido a través de su sufrimiento debido a la restricción de sus derechos en el orden de la dignidad humana, como la alimentación. Este sufrimiento, entonces, también se “monetiza” para estandarizar las mediciones y ser posible una comparación económica.

Parece demasiado complejo monetizar valores que no suelen ser de estructura pecuniaria, pero la economía ofrece algunas técnicas que posibilitan esta transmutación. Por ejemplo, de los “costos en efectivo incurridos por las personas para ahorrar tiempo o evitar daños (estos costos pecuniarios se convierten así en una estimación mínima de la cantidad que el tiempo o la no ocurrencia de daños tiene para

⁴⁴² CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 200.

⁴⁴³ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. xiii-xiv.

⁴⁴⁴ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. Curso de Análise Econômica do Direito. São Paulo: Atlas, 2020, p. 61.

⁴⁴⁵ POSNER. op. cit., p. xiv.

ellos)”.⁴⁴⁶ Sin embargo, la crítica de la inconmensurabilidad de múltiples activos legales sigue siendo bastante plausible.

La decisión judicial, a juicio de Posner, debe tener en cuenta, en el ejemplo de la pensión alimenticia retrasada, medidas que sancionan el retraso en el pago -de modo que el coste del retraso no lo justifique- pero también que no penalice demasiado la negativa a pagar en el punto del coste no recompense el pago.

Hay otros economistas y juristas, desde otra perspectiva, que también son críticos para el uso de la utilidad o la maximización monetaria. Martha Nussbaum argumenta que estos no proporcionan una representación confiable de las complejidades del comportamiento humano en el mundo real⁴⁴⁷, pero Kerkmeester argumenta que las suposiciones poco realistas no necesariamente tienen un valor negativo en la construcción de valores objetivos económicos y legales⁴⁴⁸, incluyendo esto ocurre en todo momento en el orden positivo y económico.

Al hacer una serie de comentarios a las unidades de medida, Dworkin señala que el pago de un bien no se define necesariamente por las preferencias de los compradores, sino también, por supuesto, por la capacidad de pago.⁴⁴⁹ Esto significa que una persona puede no comprar ciertos productos (incluso si hay una necesidad y deseo de consumirlo) por falta de dinero y, por otro lado, un individuo con más recursos financieros puede comprar varios productos que no necesita, por simple consumismo. Esta situación está de acuerdo con el principio de maximizar la riqueza, mientras que la utilidad total no se maximiza, sin embargo, desde la perspectiva de ambos, un resultado injusto en la situación expuesta. Por otra parte, la acumulación de bienes puede generar revuelta de los menos afortunados monetariamente, a partir de otro giro, la división equitativa de los bienes puede perjudicar los derechos individuales (como el derecho y la propiedad), y puede venir, desde ambas perspectivas, una situación injusta.

Por otra parte, el modelo teórico clásico de comprensión de la elección humana, llamado teoría de la elección racional, basado en el AED, según el cual los individuos son agentes racionales que tienen como objetivo maximizar su riqueza o

⁴⁴⁶ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. xiv.

⁴⁴⁷ NUSSBAUM, Martha C. FLawed Foundations. The philosophical critique of (a particular type of) economics. **The University of Chicago Law Review**, v. 64, p. 1197-1214, 1997.

⁴⁴⁸ KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. In: DE GEEST, Gerrit ; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia Of Law And Economics**. [S.l.]: Edward Elgar Pub, 2000. Disponible en: <http://encyclo.findLaw.com>. Acceso en: ago. 2020. p. 389.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value?. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980.

utilidad, sin embargo, este no es necesariamente el comportamiento humano verificado en la realidad.⁴⁵⁰ Sobre esta discrepancia entre la realidad y la teoría económica, Herbert Simon adopta el término racionalidad limitada, definiéndolo así:

O termo foi apresentado cerca de trinta anos atrás para chamar atenção sobre a discrepância entre a racionalidade humana perfeita, assumida pela teoria econômica clássica e neoclássica, e a realidade do comportamento humano como observado na vida econômica. O ponto não é que as pessoas sejam consciente e deliberadamente irracionais, embora eventualmente sejam, mas que nem seu conhecimento e sua capacidade de cálculo os permitem atingir um alto nível de adaptação ótima de meios e fins, conforme afirmado pela economia.⁴⁵¹

De los pensamientos anteriores se extrae que las personas, al tomar una decisión, pueden cometer pequeños errores y esto se sigue, porque “nuestra percepción de la realidad está sesgada y nuestro cerebro opta resolviendo atajos para facilitar el proceso”,⁴⁵² por lo tanto, las decisiones elegidas a menudo no son las mejores desde la perspectiva de la maximización de la utilidad.

De esta forma, ambos conceptos resueltos tienen sus defectos y carecen de solidez, constancia y definiciones más precisas y acordes con la realidad. En contraste con estos impasses, no se presta mucha atención al uso de alternativas en derecho y economía y la doctrina no ha encontrado otros parámetros.

Como posible solución, está el estudio de Marshal, quien construyó un concepto cercano al placer y la felicidad que brindan los bienes de consumo, llamado “riqueza humana”, a partir de bienes inmateriales, de una esfera interna, como la satisfacción de escribir un poema o escuchar el sonido del mar mientras duerme.⁴⁵³

Aún enfrentando esta crítica de que la AED es demasiado simplista y reduccionista de la compleja realidad social, Bullard se basa:

[...] parte de la idea de que el ser humano está en capacidad de entender todas las variables que van a afectar un determinado evento y de calcular todas las consecuencias que se van a derivar de este.

⁴⁵⁰ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 61.

⁴⁵¹ SIMON, Herbert A. Introductory comment. In: SIMON, Herbert; EGIDI, Massimo; VIALE, Riccardo; MARRIS, Robin Laphorn. **Economics, bounded rationality and the cognitive revolution**. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 1992. p. 3.

⁴⁵² PORTO, op. cit., p. 62.

⁴⁵³ MARSHAL, Alfred. **Princípios de Economia**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. v. 1. (Coleção Os Economistas). p. 65.

Todo junto y al mismo tiempo. Pero ese es justamente uno de los problemas que el AED ayuda a desmitificar. Los economistas realizan una predicción en base a la simplificación de la realidad. Eliminan factores no relevantes e identifican los factores relevantes. Es justamente así como pueden realizar predicciones a pesar de la complejidad de la conducta humana. El buen economista sabe que tiene un margen de error. Para poder hacer predicciones el arte está en saber cuáles son los factores relevantes. Los economistas han desarrollado toda una ciencia de simplificación social muy efectiva. Los modelos científicos han sido utilizados por otras ramas del conocimiento sin generar tanta reacción contraria [...]. Si los médicos hicieran análisis hasta estar 100% seguros de que el tratamiento funcionará (lo cual es casi imposible) las personas se morirían antes de recibir el tratamiento que necesitan. El uso de modelos permite entender una realidad compleja haciéndola haciéndola manejable. El riesgo es que el modelo no funcione, pero la ventaja es que permite actuar con una eficacia que sería imposible si quisiéramos contar con conocimiento perfecto.⁴⁵⁴

La crítica dirigida a AED se puede reproducir igualmente con el Derecho, ya que también es una ciencia que reduce y simplifica la complejidad del mundo de los hechos en las leyes y las interpretaciones judiciales:

Por ejemplo, el derecho dice que la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años, porque supone que una persona de dieciocho años tiene mayor discernimiento que una de diecisiete. Pero hay gente de 35 años que no merece tal atribución de capacidad y niños de ocho años que tienen perfecto discernimiento para celebrar contratos. No es que el día de tu cumpleaños dieciocho baje el Espíritu Santo y te ilumine con madurez. La capacidad se adquiere a los dieciocho años porque el derecho tiene que simplificar la realidad: no puede establecer un mecanismo por el cual se haga un análisis psicológico en cada ocasión concreta antes de entregarle a uno su documento de identidad y reconocerle capacidad de ejercicio. Se simplifica y falsea la realidad para que las reglas puedan funcionar de manera efectiva.⁴⁵⁵

Otro tema que debe plantearse en el contexto de desacuerdo con los preceptos de la AED es en el ámbito socioambiental. Se concluye que la externalidad integra los efectos indirectos más visibles que afectan a terceros, emergiendo la crítica de que, para evaluar el daño ecológico en un mundo de colapsos ambientales complejos, es inherente una visión sistémica del medio ambiente. Así, el AED se equivoca al no incluir en las fallas del mercado la contaminación entre naciones, el cambio climático y otros

⁴⁵⁴ BULLARD, Alfredo. *Análisis Económico del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 37-38. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁴⁵⁵ *Ibid*, p. 38-39.

eventos ambientales heterogéneos y generalizados que afectan a la comunidad global en su conjunto.

Hoy en día, el análisis económico del derecho está especialmente adoptado en países como Estados Unidos, España, Reino Unido, Francia, Alemania, Portugal, Italia y Japón, naciones totalmente diferentes a los países del sur global. Así, muchos autores también critican que el “éxito” en la aplicación del análisis económico del derecho en países que se considera que tienen un buen desarrollo económico y social, como Estados Unidos y países europeos, con una tradición jurídica de *common law*, no se extiende a los estadounidenses de los países del sur debido a sus peculiaridades en la realidad económica, así como a la jurisdicción basada en el *civil law*. Para estos críticos, es necesario crear un conocimiento que se sitúe epistémicamente (desde su lugar epistémico), es decir, instituir una estructura jurídico-económica basada en la realidad sudamericana, sin apoyarse en las realidades del norte occidental. Por fin:

[...] se critica mucho el método del AED por ser inaplicable a una realidad como la nuestra [Perú]. Sin embargo, como todo método, puede aplicarse a cualquier realidad si uno elige las herramientas correctamente y las ajusta a la realidad a la que pretende aplicarlas. Negar su aplicación es como decir que la ciencia económica es inaplicable [...].⁴⁵⁶

De esta forma, como cualquier otra categoría de conocimiento, es necesario adecuar su sustrato teórico a la realidad en cuestión, lo que de ninguna manera la invalidez como teoría, al contrario, demuestra que, como toda corriente científica, es necesario para transformarlo de acuerdo con el contexto social.

⁴⁵⁶ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 6. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

4 TEORIA APLICADA DE LA TRIBUTACIÓN ÓPTIMA

4.1. Formación del Estado Democrático Fiscal

No se puede hablar de Derecho Tributario sin pasar por la ética. Bajo la misma perspectiva, João Bosco Coelho Pasin, en su obra *Derecho Tributário y Ética*, precepto que “*el manejo de los institutos del Derecho Tributario en el orden social debe ser armonizado de forma axiológica con arreglo a la ética tributaria y, sin duda, con el auxilio de los debidos fundamentos, elementos y conceptos de la filosofía moral.*”⁴⁵⁷

El autor afirma además que:

*La vinculación de la ética tributaria con los elementos y conceptos estructura les de la filosofía moral acontece, por ejemplo, cuando se adopta la noción común de orden práctica como sinónimo de orden social o se impone la necesidad de actuar conforme al bien -bienestar general o bien común- como presupuesto general de una acción, que puede representar el acto administrativo, es decir, el hecho institucional. La ética tributaria también se sirve de la filosofía moral para establecer sus criterios ideales-conciencia moral-sobre el desarrollo del comportamiento humano en el orden social, o sea, para crear sus parámetros de buena conducta – moralidad subjetiva-necesarios para la adecuación de las acciones humanas en el orden especulativo como, por ejemplo, puede acontecer: Con adopción de un código de conducta fiscal para hacer a los agentes de la Administración Tributaria más eficientes; – Con la creación de una ley sobre el procedimiento administrativo -o judicial- para mejorar el control de la desviación del poder tributario; – Con la equiparación del deber tributario-en el plano del ser-al deber moral -en el plano del deber-ser- a los fines de un examen deontológico de los aspectos de la relación tributaria en el plano ético-jurídico.*⁴⁵⁸

Para sistematizar la ética tributaria, el autor contextualiza históricamente el estudio de la ética en el campo del Derecho Tributario. En este sentido, Pasin señala:

Realmente, en el pasado los monarcas utilizaban los tributos -como instrumentos de confiscación- para garantizar la estabilidad de una élite necesaria y los privilegios de sus familias en el poder. El régimen de opresión del soberano sobre sus súbditos era una práctica general y estaba basada en la recaudación de tributos con fines confiscatorios, que colocaban en evidencia todos los vicios de inmoralidad de la administración -vicios no arbitrarios (en sentido estricto) derivados de preceptos legales con efectos confiscatorios

⁴⁵⁷ PASIN, João Bosco Coelho. *Derecho Tributario y ética*. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 49.

⁴⁵⁸ *Ibid*, p. 49.

(leyes injustas responsables por la primacía de una ilegalidad efectiva) sobre la imposición de tributos indebidos (pseudo tributos o falsos tributos). El análisis histórico de PIERNAS HURTADO no se centra en la moralidad institucional del Estado-fiscal, aunque reconozca su existencia'. Su análisis, tampoco deja de reconocer el peso de la moral común-propia de un grupo étnico o religioso, por ejemplo en el ámbito institucional, principalmente, en los tiempos pasados. [...] La ética tributaria o fiscal es una dimensión de la ética pública, es decir, es el conjunto de estudio conformado por la moralidad institucional y ciudadana. Su objeto de investigación se centra en la imposición -en general, en las bases y elementos institucionales del Estado-fiscal (legislador, administrador y juzgador) y en la moralidad pública, en especial, en las causas y consecuencias del comportamiento del ciudadano-contribuyente en el ámbito fiscal.⁴⁵⁹

Entonces, conocer la magnitud del poder de gravar es entender la formación del Estado Democrático de Derecho como lo conocemos hoy. Y, para hacerlo más completo y claro, necesitamos recordar puntos históricos para visualizar el contexto social en el que los conceptos de Estado, Derecho, Normas y Soberanía se superpusieron a los lazos del estudio social. En palabras de Gibbon, en la obra *Decadencia y caída del Imperio Romano*, parafraseado en el texto de Carolina Unzueta Oviedo:

Me detendré a contemplar los principios de una ciencia tan importante para la paz y la felicidad de la sociedad. Las leyes de una nación constituyen la parte más instructiva de su Historia.⁴⁶⁰

En este matiz de que las leyes se constituyen a partir de la evolución histórica de la sociedad, la ley integra el contexto social porque tiene sus raíces en los hechos trazados por sus líneas temporales; modificando pensamientos, revolucionando relaciones y enriqueciendo momentos del mundo. Carolina Unzueta Oviedo también destaca las lecciones de Paolo Grossi:

Con esta comprensión de la Historia del Derecho como un ámbito clave en el desarrollo de las sociedades se entiende entonces su función, que ha sido concebida de "alta cultura", en el sentido de que en la formación de las naciones y sus instituciones no pueden prescindir de sus antecedentes histórico-jurídicos. Como bien señala el historiador del derecho italiano Paolo Grossi:

⁴⁵⁹ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 163-164.

⁴⁶⁰ OVIEDO, Carolina Unzueta. Para una Teoría de la Historia del Derecho. **Revista Atenea**, Santiago, Chile, n. 513, jul. 2016. No paginado. ISSN 0718-0462. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622016000100012. Acceso en: 04 jan. 2021.

No olvidaremos nunca que el derecho no pertenece sólo a la superficie de la sociedad, sino que es, al contrario [...], una realidad radical, es decir, conectada a las raíces profundas de aquella. No olvidaremos nunca que, antes que una orden, el derecho es una mentalidad, es decir expresa una costumbre y la ordena, expresa los valores de una civilización y, al ordenarla, la salva.⁴⁶¹

En el derecho español, los autores Fernando Pérez Royo, Florián García Berro, Ignacio Pérez Royo, Francisco Escribano y Francisco M. Carrasco González, afirman que la conexión entre decisiones racionales y factores históricos como producto de los sistemas tributarios, a pesar de ser conocida, es obvia:

Es usual afirmar que los sistemas fiscales son fruto de la interacción entre decisiones racionales y factores históricos. Así es, sin duda. Aunque esta consideración, tantas veces repetida, no pasa de ser una obviedad, predicable de no importa qué otro sector o aspecto de la organización del territorio, o el sistema de pensiones.⁴⁶²

Un pensamiento similar implica estudios referidos al sistema tributario específico de un país, importando la comprensión de las condiciones previas del impuesto y la recaudación de impuestos a lo largo de la historia, incluyendo aquí desarrollos fuera del estricto alcance del estudio realizado. En otras palabras, observe todo el sistema, como lo argumentan Royo, Berro, Pérez Royo, Escribano y González, mencionado anteriormente:

Lo mismo pasa cuando se estudia el sistema tributario de un concreto país, para cuya comprensión es necesario atender a los condicionantes impuestos por la historia, incluyendo, naturalmente, los desarrollos ajenos al ámbito estricto del objeto estudiado – los impuestos, en nuestro caso – pero que condicionan las opciones que en él se van a cumplir.⁴⁶³

Esto demuestra la necesidad, antes de ahondar en conceptos como el impuesto, la potestad tributaria, la competencia y la actividad financiera del Estado, de

⁴⁶¹ OVIEDO, Carolina Unzueta. Para una Teoría de la Historia del Derecho. **Revista Atenea**, Santiago, Chile, n. 513, jul. 2016. No paginado. ISSN 0718-0462. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622016000100012. Acceso en: 04 jan. 2021.

⁴⁶² ROYO, Fernando Pérez; BERRO, Florián García; ROYO, Ignacio Pérez; ESCRIBANO, Francisco; GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco. **Curso de Derecho Tributario**: parte especial. 11. ed. Madrid: Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA), 2017. p. 37-38.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 37-38.

comprender la Historia del Derecho que dio origen a tales conceptos, en los moldes como los conocemos actualmente, para “*comprender su sentido es útil referirse a los antecedentes históricos y también a los desarrollos producidos desde su implantación*”.⁴⁶⁴ Dirigiremos nuestro pensamiento a los primeros filósofos del Estado y de la vida en sociedad.

Ciertamente, entrando en el tema, fácilmente podríamos reflexionar sobre la historia y relevancia de cada evento en el mundo de los hechos que interfirió y aún interfiere en la conceptualización del derecho. Sin embargo, pequeños recortes de algunos de ellos son suficientes para mostrar los significados políticos y legales del Estado en su soberanía.

Es inevitable dialogar sobre la conceptualización del derecho y la formación del Estado sin hablar, antes de ningún otro período o civilización, de los griegos y sus conceptos de derecho natural y polis helénica.

Así, brevemente, es importante destacar que desde la Antigua Grecia, a través de los presocráticos, como natural e inherente al ser humano, la ley estuvo ligada al concepto mismo de naturaleza. Es decir, a medida que se modificaba la comprensión de la naturaleza de las cosas y los hechos, la ley también cambiaba. El primer concepto de naturaleza, formulado por *Heráclito*, decía que la justicia se basaba en la igualdad: los seres humanos eran vistos como habitantes del mismo cosmos, en el mismo universo. Asimismo, todos los seres humanos fuimos portadores del *logos* que nos conecta con el cosmos. La igualdad, conectando *logos* (razón) con *nomos* (normas), haría de la tierra el espejo del cielo.

De los griegos clásicos también recogimos la formación de ciudades, llamadas: “la polis griega democrática”. A pesar de ser constante en sus discursos y pensamientos políticos, la igualdad de manera práctica era un atributo de los hombres libres, que eran los únicos que tenían espacio para hablar en las asambleas. Con el tiempo, se plantearon cuestiones insurgentes en el funcionamiento de la polis democrática, la ley también comenzó a favorecer a segmentos específicos. Para justificar las desigualdades surgieron las figuras de los sofistas, que creían que la naturaleza y la ley debían ser producidas por los más fuertes; una vez defendió que las normas eran artificios de los

⁴⁶⁴ ROYO, Fernando Pérez; BERRO, Florián García; ROYO, Ignacio Pérez; ESCRIBANO, Francisco; GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco. **Curso de Derecho Tributario**: parte especial. 11. ed. Madrid: Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA), 2017. p. 37-38.

débiles para quitarles el poder a los más fuertes. La ley, inspirada en esta naturaleza, no se basa en la igualdad sino en la fuerza y la supervivencia.

Surge un momento autoritario en Grecia, pasando a la persecución y aniquilación de pensamientos contrarios a los de los sofistas, ya que creían que diferentes ideales suyos eran traidores a Grecia y, por tanto, debían ir a juicio y sufrir las sanciones oportunas, evitando rebeliones, para ellos, incoherentes.

Los sofistas también se llaman presocráticos, es decir, los que vinieron antes de Sócrates. Guillermo Fraile recuerda que:

Los presocráticos elaboran sobre la marcha muchas nociones importantísimas: de ser y de hacerse, de sustancia y accidente, de movimiento y quietud, de naturaleza común y seres particulares, de realidad y de fenómenos, de materia y espacio, de finito y indefinido, de limitado e ilimitado, de tiempo y eternidad, de conocimiento sensitivo e intelectual, de lleno y vacío, de divisible e indivisible, de número y medida, de identidad y contradicción, de ciencia y de opinión, de causa y efecto, de orden y de ley, de responsabilidad moral y de sanción, etc. También se esbozan claramente las tendencias fundamentales que prevalecerán a lo largo de la Historia del pensamiento: realismo e idealismo, monismo y dualismo, mecanicismo y dinamismo, etc. En este aspecto los presocráticos pueden considerarse como “precursores” no sólo de Sócrates, sino de toda la Filosofía europea.⁴⁶⁵

En contraste con los sofistas, Sócrates creía que la naturaleza no se puede comparar para crear leyes para los hombres, ya que vivimos en sociedad y no en la jungla. Por tanto, la ley de la selva no es válida para nosotros, ya que en la selva no sobreviviríamos. Para él, la ley es el resultado de la capacidad de respuesta que el hombre da a los callejones sin salida de la vida en común.

Siguiendo ideales opuestos a los de los sofistas, Sócrates tenía su propio método de transmitir sus conocimientos y pensamientos entre los ciudadanos de la polis: en lugar de dictar sus verdades, Sócrates propuso cuestionar a todos los que pasaban por su camino, instándolos a pensar en el conceptos y criterios impuestos por la formación estatal de la época. Tales indagaciones, realizadas por él, suscitaron varias reflexiones que cuestionaban el orden natural que ejercía la fuerza, lo que generaba enemistad con los sofistas y sus acérrimos defensores.

⁴⁶⁵ FRAILE, Guillermo. **História de la Filosofía**: Grecia y Roma. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. p. 137.

Discípulo de Sócrates, Platón adoptó una línea opuesta, completamente antidemocrática. Para él había dos mundos, el inteligible y el sensible. La naturaleza es buena, y por eso la ley debe tener un carácter pedagógico, mostrando al hombre el camino hacia la perfección. Platón, todavía, defendía que el gobierno debía estar compuesto por filósofos, creyendo que sólo ellos conocían la idea del bien y por eso serían los más capaces de formular las leyes para orientar a los hombres. En *La República*, Platón creó ilustrativamente una alegoría humana con sus propias sombras para explicar racionalmente por qué los filósofos serían los más adecuados para convertirse en legisladores: el famoso Mito de la Caverna.

Brevemente, el Mito de la Cueva demuestra que todo lo que vemos son solo sombras proyectadas en el fondo de la cueva en la que estamos atrapados, de espaldas a la abertura. Es decir, todo lo que creemos que es real es en realidad solo una distorsión, o más bien, una ilusión creada por nuestra mente a partir de los elementos que se nos muestran a través de las sombras. Platón, entonces, cree que sólo los filósofos lograron romper los amarres y salir a visualizar el mundo de los hechos como realmente es; y que, por tanto, son los únicos capaces de orientar a la sociedad hacia la magnitud, desatando los grilletes subjetivos de la ignorancia colectiva y liberando a todos los ciudadanos a través del conocimiento.

Después de este momento clásico, la primera diferenciación entre la ley natural y la ley positiva fue establecida por Aristóteles, discrepando de que la esencia del ser humano es inteligible. Para este filósofo, la justicia sería mitad legal y mitad natural. Es decir, parte de ella debe ser para el mantenimiento de la armonía del mundo, la llamada *justicia natural*, por lo tanto, indispensable; mientras que la *justicia legal*, independientemente de, variando en el tiempo y el espacio, fue creada por la voluntad de la sociedad.

Desde esta perspectiva, la naturaleza era que determinaba un lugar específico en el mundo para cada ser humano y este posicionamiento sería esencial para mantener el movimiento armónico del mundo mismo. Precisamente por tales pensamientos, Aristóteles argumentó que, por una ley de la naturaleza, los individuos nacen para mandar como “hombres libres”, o para obedecer como “los esclavos”. Por esta concepción de la ley natural, la Asamblea de Hombres no cumplió con las condiciones para revocar el derecho de los “hombres libres” a subyugar a los hombres que no eran libres, poseídos por ellos como esclavos.

Tales argumentos se utilizaron durante años para justificar la esclavitud, especialmente los llamados “esclavos de la guerra” y “esclavos religiosos”, que no serían más que enemigos de la Iglesia que tenían un gran poder en la Edad Media y clasificaban a los paganos como herejes y, por lo tanto, merecedores de ser esclavizados y evangelizados, como veremos a continuación.

Partiendo de este contexto, otra interesante reflexión a analizar es en la Edad Media, con la influencia de la Iglesia en los gobiernos locales. En el curso del contexto histórico, la Iglesia comenzó a ganar proporciones e influencia en los gobernantes, como ocurrió en el Imperio Romano, caminando discretamente hasta obtener el control del gobierno. Aclarando el tema, Enio Waldir Silva enseña:

São dois grandes os projetos que se postulavam como universais: o de uma Igreja Romana, na Europa Medieval como fator de unidade da cristandade, e o de um Império do Ocidente, que já não mais existia a partir da deposição de Rômulo Augusto em 476 d.C., que, a partir daí, jamais deixaria de pairar no imaginário político dos novos reinos que, daria agora origem aos reinos europeus, também imaginados pelo centro administrativo da Igreja.⁴⁶⁶

Históricamente, debido al período de expansión, la Iglesia representó el engranaje motivador subjetivo de los soldados, a través de discursos motivacionales que se clasificaban a sí mismos como aquellos elegidos por Dios para derrotar a los enemigos. En este contexto, aquellos que adoran a más de un Dios constituirían una amenaza, en particular, una amenaza para la Iglesia y, en consecuencia, para el propio gobierno.

Más tarde, el propio Enio Silva explica que esta visión desencadenada por el cristianismo hizo que muchos fieles obedecieran estrictamente todas las órdenes de la Iglesia, creyendo firmemente que cuantos más cristianos estuvieran en la tierra, mayor sería el poder de Dios y el bien que arrojaría a sus fieles, como se extrae:

A nova visão de mundo criada pelo cristianismo é algo impressionante e marcante na História universal. A explicação de que o homem é uma criação de Deus, de que deve tudo a Ele e que a vida é provação para retornar aos céus é uma das expressões da ordenação mais marcantes do ocidente. [...] obedecer a Deus conforme lhe ensinam seus enviados aqui na Terra – os santos da Igreja (os pais-padre/papa – que são ideias de hierarquia natural divina. O sucesso

⁴⁶⁶ SILVA, Enio Waldir. **Estado, sociedade civil e cidadania no Brasil**: bases para uma cultura de Direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 35-36.

do mundo poderia ser medido pelo sucesso da Igreja e quanto mais cristãos existirem maior seria o bem de Deus na Terra.⁴⁶⁷

Apuntando a este interés por convertir al mayor número de individuos a las enseñanzas cristianas, además de la expansión encubierta de la conquista territorial, la Iglesia también conquistó el culto de los gobernantes, pasando a coronar a sus reyes que, en sus reuniones estratégicas, comenzaron a convocar al Papa y a los obispos.

Luego, se nota el surgimiento de una llamativa inteligencia filosófica en la baja escolástica, uniendo gobiernos con la Iglesia: la de San Agustín. Para él, la ley era la voluntad de Dios inscrita en los corazones de los hombres, conocida a través de la razón humana o la revelación divina directamente a los representantes de la Iglesia cristiana.

Sin embargo, surgieron preguntas en desacuerdo con las reglas sociales impuestas por la Iglesia, estableciendo otros pensamientos y dogmas religiosos: era el protestantismo.

Convertido en el blanco de los ataques aplazados por Martín Lutero, el catolicismo tuvo que crear estrategias para mantenerse junto con sus fieles y, en consecuencia, a su poder. Es importante señalar que, para el pueblo, la Iglesia es la que tenía poder, antes de su conexión divina. Sin embargo, con los ataques cada vez más precisos, escamoteando las situaciones internas de corrupción, nepotismo y codicia por parte de algunos de sus miembros, los fieles llegaron a considerarse abandonados, según las lecciones de Bedin:

Neste sentido, contribuiu também para a fragilização da Igreja e do papado a corrupção, o nepotismo, a busca de riqueza pessoal por parte dos bispos e a concupiscência do clero. Esses atos passaram a ser condenados publicamente pelos letrados. Essa condenação, no entanto, não revelava um sentimento anti-religioso, de seus membros. Ao contrário, o que se condenava eram as práticas religiosas oficiais da Igreja, valorizando-se o resgate dos princípios do cristianismo, que muitos cristãos entendiam terem sido abandonados.⁴⁶⁸

Gilmar Bedin también apoya y complementa su razonamiento afirmando que todo el voluminoso poder de la Iglesia Católica no se presentó lo suficiente para, en

⁴⁶⁷ SILVA, Enio Waldir. **Estado, sociedade civil e cidadania no Brasil**: bases para uma cultura de Direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 38.

⁴⁶⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. **A idade média e o nascimento do Estado moderno**: aspectos históricos e teóricos. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 73.

sus propios territorios, solo, enfrentar la adversidad eclesiástica, y es necesario que se alía con los monarcas para detener las protestas religiosas de este nuevo Estado:

Essas medidas foram, portanto, fundamentais para a Igreja católica retomar a iniciativa. Não foram, contudo, suficientes para conter o processo de centralização do poder e, em consequência, frear a consolidação do Estado moderno. Nesse sentido, os fatos ocorreram de forma diversa, pois, ao invés de a Igreja tentar conter esse fenômeno político em expansão, acabou aliando-se aos reis católicos, numa espécie de aliança estratégica contra o protestantismo. Assim, também a Igreja Católica acabou auxiliando a inexorável centralização política do Estado moderno.⁴⁶⁹

Durante la Baja Edad Media todavía hay otro momento de agitación social, marcado por la Peste Bubónica, conocida como la peste negra. A pesar de los sentimientos antirreligiosos que surgen de la exposición de los fracasos de la Iglesia, e impulsados por el sentido de salvación del espíritu, muchos cristianos habían permanecido cultivando la antigua práctica religiosa en defensa de la Iglesia Católica. Sin embargo, con el advenimiento de la Peste Negra, la falta de conocimiento de la enfermedad, el bajo avance medicinal de la época y la necesidad religiosa estratégica de dominio de las masas, la idea de que los efectos sociales dañinos de la enfermedad se extendieron no sería más que un castigo divino a los infieles y pecadores. Al principio, esta condena estratégica subjetiva funcionó muy bien, haciendo que los fieles regresaran a los servicios en busca de la remisión salvadora para la confesión y la comunión. El problema ocurrió precisamente porque es una enfermedad contagiosa, que afecta a sacerdotes, obispos y reyes, desmoronando los argumentos del castigo divino, aumentando las críticas contra la Iglesia.

El miedo se hizo tan intenso que los sacerdotes cerraron las puertas de sus iglesias, negándose a sacudir los cuerpos de los fallecidos por la enfermedad, por temor a exponerse al contagio. Esta actitud era inconcebible para los fieles, ya que estaban convencidos de que sin el acto del sacerdote, las almas de los difuntos no podrían llegar al cielo, y la eternidad de lamentos entre el mundo de los vivos y los muertos sería condenada, sin poder descansar en paz.

La insatisfacción social comenzó a vaciar las discusiones políticas y la formación del Estado. Sobre el tema, sigue registrado:

⁴⁶⁹BEDIN, Gilmar Antonio. **A idade média e o nascimento do Estado moderno**: aspectos históricos e teóricos. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 78.

*O pensamento social da modernidade passou a ser conhecido de muitas formas: racionalismo, iluminismo, iusnaturalismo, evolucionismo, contratualismo, idealismo, etc., que partiam do pressuposto de que o homem é o centro de todas as coisas; de que o homem é o principal ser natural.*⁴⁷⁰

Revolucionando la forma de las discusiones sobre el Estado, se trazó un nuevo capítulo en la evolución de la humanidad a través de las ideas del contractualismo y, con ello, un hito muy importante para el derecho. El discurso comenzó con Hobbes quien, en el texto de *El Leviatán*, defendió la igualdad natural entre los hombres, argumentando que “los hombres derivan la igualdad en cuanto a la esperanza de lograr nuestros fines”.⁴⁷¹

En este sentido defendió que todos los hombres nacen iguales, en todos los sentidos, tanto en capacidad como en habilidad, pero algunos los desarrollan más que otros. Hobbes también lo llamó el Estado de la Naturaleza, donde todos los hombres se encuentran:

*Torna-se manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; de todos os homens contra todos os homens. Pois a GUERRA não consiste apenas em uma batalha ou ato de lutar, mas no lapso de tempo em que a vontade de lutar é suficientemente conhecida.*⁴⁷²

El estado de naturaleza, para Hobbes, constituye el estado adverso de guerra, en el que los individuos colectivamente son todos enemigos entre sí, luchando constantemente por cualquier razón. En este sentido, la capacidad individual de protección es la verdadera forma defensiva natural de vida, propiedad y libertad.

En esta condición, no hay espacio para el trabajo; porque su fruto se vuelve incierto porque siempre existe el peligro de robos, disputas y guerras. Por lo tanto, anémico era el cultivo de la tierra, el comercio marítimo, las construcciones cómodas o los instrumentos para asegurar el movimiento de las cosas que necesitan una gran fuerza. Además, no hay lugar para la ciencia, ni para las artes, y las letras; sin sociedad, uno

⁴⁷⁰ SILVA, Enio Waldir. **Estado, sociedade civil e cidadania no Brasil**: bases para uma cultura de Direitos Humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 304.

⁴⁷¹ HOBBS, T. **Leviatã ou matéria forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 109.

⁴⁷² Ibid, p. 14.

siempre vive con el miedo continuo al peligro de muerte violenta, dejando la vida del hombre solitario, miserable, sórdida, brutal y corta.

En esta naturaleza en la que gana el más fuerte es donde encontramos el origen de la JUSTICIA. Luego viene la necesidad de un pacto para garantizar los derechos y todos los hombres, que, por razones de igualdad, tienen derecho a todas las cosas, y se deben evitar situaciones injustas. Además, está configurado que celebrar el pacto y luego romperlo también sería injusto. Y la definición de INJUSTICIA es el incumplimiento de un pacto.

Las ideas de “justo” e “injusto” sólo pueden ser respetadas con el pacto. Y para hacer cumplir y cumplir un pacto, es necesario ejercer un poder coercitivo para obligar, igualmente, a los contratantes a someterse al cumplimiento de sus obligaciones a través del terror de algún castigo mayor que el beneficio que esperan quitarle a la ruptura. Y no puede haber tal poder de coerción sin la emersión de una república.

Siguiendo la idea política de un pacto colectivo de intereses sociales recíprocos, el pensador inglés John Locke comenzó a asegurar la existencia de leyes en el estado de naturaleza, que sin embargo no constituían la guerra de todos contra todos como afirma Hobbes. La superación del estado de naturaleza deriva de la necesidad de proteger la libertad innata y la propiedad individual de cada uno. En esta suposición, el poder político resulta del estado natural, en el que los hombres buscan mantener la propiedad sin pedir a otros hombres que busquen lo mismo.

Un punto interesante para considerar en la tesis de Locke es que, aunque los hombres poseen total libertad para disponer de su propia persona y posesiones, nadie podría destruirse a sí mismo ni a ningún otro ser vivo. Es entonces cuando Locke se parece a Hobbes, porque la ley de la naturaleza se guía por la búsqueda de la paz y la preservación de la humanidad tanto para Hobbes como para Locke, y era un objetivo primordial para este tipo de contractualismo social.

Pero la diferencia conceptual entre Hobbes y Locke se encontró en el hecho de que; para Locke⁴⁷³, el estado de guerra difiere del estado de naturaleza, de la siguiente manera: “El estado de guerra es un estado de enemistad y destrucción”. En una posición contraria dijo Hobbes que “[...] no hay nadie que desee tener a alguien bajo el poder absoluto sino obligarlo por la fuerza contra el derecho a la libertad; es decir, lo convierte en un esclavo”.

⁴⁷³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 13 e 14.

El pensador inglés creó entonces una nueva palabra para ser incluida en este estado de naturaleza, la llamada libertad natural contraria a toda forma de represión:

*A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a terra, e não sob a vontade ou a autoridade legislativa do homem, tendo somente a leis da natureza como regra. A liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem.*⁴⁷⁴

Además de la libertad, otro derecho indispensable para la sociedad civil, para Locke, era sobre la detención y la propiedad de las cosas en general. Es necesario entender que, en el estado de naturaleza, todo era colectivamente de todos, hasta que alguien tenía el derecho a una posesión específica en particular. Es decir, lo que los individuos toman de la naturaleza, en el caso del estado de naturaleza, vienen a pertenecer a ellos. Teniendo en cuenta que cada uno posee su propia propiedad, es concebible que nadie más que él mismo tenga derecho sobre lo que proviene de ella. Lo que ha sido removido del estado de naturaleza le pertenece. Es decir, los frutos pertenecen a aquellos que se llamaban a sí mismos dueños. Por ser un derecho adquirido, nadie podría hacerse cargo de un bien sin la existencia de un pacto colectivo, salvo cuando no haya suficiente para terceros y no perjudique a ese propietario.

Un ejemplo fácil de entender es considerar un huerto, en estado de naturaleza, en una propiedad que no tiene dueño. Cualquiera ser humano puede pasar por el huerto y recoger una hermosa manzana, y ella le pertenecerá. De ahí una pregunta consecuente si decides que quieres no solo una sino todas las manzanas y en el momento en que tomas todos los manzanos y pones una cerca a tu alrededor, todo el huerto se convierte en tu propiedad y todos los frutos te pertenecen.

Para Locke, los recursos eran más que suficientes en la naturaleza para satisfacer las necesidades de los miembros de la sociedad, y no hay sensación de nocividad cuando todos tenían una multitud de recursos, como la tierra y los ríos:

Ninguém se julgaria prejudicado porque outro homem bebesse, embora fosse longo o trago, se dispusesse de um rio inteiro da mesma

⁴⁷⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.17

*agua para matar a sede; é o caso da terra e da agua, quando há bastante para ambos.*⁴⁷⁵

Locke también argumentó que todos los hombres, para proteger su propiedad, están de acuerdo en que la voluntad de la mayoría debe prevalecer sobre la voluntad singular. Se presume que la unión de los hombres debilita los desacuerdos. Si las diferencias entre las voluntades son mayores que las similitudes, el pacto de unión de un gobierno no será efectivo:

*A maneira única em virtude da qual uma pessoa renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas e unir-se em comunidade para viver com segurança, conforto e paz uma com as outras, gozando das propriedades e desfrutando de proteção contra quem não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais; ficam como estavam na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens constitui uma comunidade ou governo, seus integrantes ficam individualmente incorporados a ela e formam um corpo político, no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos.*⁴⁷⁶

Además, el pensador inglés argumenta que en las sociedades políticas más pequeñas, donde no hay conflictos por la tierra y cada individuo tiene suficiente para la subsistencia, comparativamente los conflictos finales son mucho más pequeños que los de las localidades con muchos miembros en disputas por la tierra, la riqueza y el poder. Es que la necesidad de muchas leyes no existe, ya que los conflictos son menores o en algunas situaciones, inexistentes. Cuantos más conflictos haya, mayor será la necesidad de que las leyes gobiernen la vida en común.

En el Estado de naturaleza Locke, también argumentó que los guerreros más sabios y fuertes siempre serían elegidos para dirigir a un cierto pueblo, ya que gobernarían en tiempos de guerras contra enemigos gobernando, defendiendo y protegiendo a la comunidad. La justificación de Locke para que el individuo renunciara a su libertad absoluta era la propiedad y, como una forma de demostrar este contrapunto, se cuestionó a sí mismo reflexivamente:

Se o homem no Estado de natureza é livre; é senhor absoluto da sua pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que então ele

⁴⁷⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 23.

⁴⁷⁶ Ibid, p. 60.

*abriria mão dessa liberdade, ou, ainda, por que abandonaria seu império e sujeitar-se-ia ao domínio e controle de outro poder?*⁴⁷⁷

Un razonamiento similar del inglés Locke estableció al francés Rousseau al afirmar que el paso del Estado de naturaleza al estado civil implicaba la observancia de la justicia y la razón. El convenio colectivo de un contrato social hizo que el hombre perdiera su libertad natural ilimitada para disfrutar de la libertad civil en todo lo que posee. Entre los tres filósofos contractuales, Rousseau fue quien profundizó los estudios del pacto social. Para él, en el Estado de naturaleza no existía tal pacto y, en consecuencia, no había ningún deber para con quienes no eran contratistas.

Para Rousseau, el gobierno “es en pequeño lo que es en gran medida el cuerpo político que lo incluye; es una persona moral avalada con ciertas facultades, activa como soberana, pasiva como el Estado”.⁴⁷⁸ Presupone la existencia de “asambleas, concilios, el poder de deliberar, resolver y asumir derechos, títulos y privilegios que pertenecen exclusivamente al príncipe y que hacen más respetable la condición de magistrado”.⁴⁷⁹

La centralización administrativa y burocrática ha otorgado poderes y funciones a los poderes públicos para realizar los derechos supremos, es decir, de las letras superiores de derechos. La tripartición de los poderes propuesto por Charles de Secondat, el Barón de Montesquieu, surge de manera juiciosa, con respecto a la separación estructural original del ejercicio ejecutivo y legislativo en los poderes tradicionales de los Estados en la Modernidad, como Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, cada uno de ellos dotado de poderes, atribuciones y poderes autónomos.⁴⁸⁰

Así, inspirado por los pensamientos de Hobbes, Locke y Rousseau, más recientemente, Bobbio sostiene que los mecanismos constitucionales deben cuidar estos derechos naturales individuales, en garantía de la vida, la libertad, especialmente y la propiedad, advirtiéndolo:

Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de Direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder. Em outras palavras, são garantias de liberdade, da assim chamada liberdade

⁴⁷⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59.

⁴⁷⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Tradução de Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 60.

⁴⁷⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 61

⁴⁸⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

*negativa, entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja.*⁴⁸¹

Todos estos conceptos de estado de naturaleza y contrato social han creado otro elemento muy importante que es la idea de justicia. El pensador estadounidense John Rawls imagina la justicia occidental con un sesgo igualitario, arraigado en lo que asintió con la cabeza al liberalismo igualitario. Prescinde de la idea de que la igualdad debe residir en la garantía de las libertades civiles y políticas, para transformar las libertades formales en libertades sustanciales dentro del Estado, con sus propias reglas y principios de justicia. Alternativamente, las desigualdades económicas y sociales deben ajustarse en beneficio de los menos favorecidos. Rawls añade que la igualdad es fundamental para el resultado de la justicia en la resolución de conflictos:

*A partir do momento em que todos se posicionam da mesma forma, ninguém seria capaz de fazer uma escolha que favoreça sua própria posição particular, e os princípios de justiça seriam o resultado de um acordo ou barganha equitativa. Estabelecidas as circunstâncias da posição original, há uma simetria entre as relações de um para outro, esta posição inicial é boa entre indivíduos morais, isto é, agindo como seres racionais com seus próprios fins e, supõe-se, com a capacidade de atuar dentro de um sentido de justiça. Poder-se-ia dizer que a posição original é um status quo apropriado e que, então, desta forma, os acordos a que se chegam, nesta situação, são equitativos.*⁴⁸²

Descartando las ideas de un estatus social predefinido, especialmente las concepciones del período griego, Rawls defiende la elección individual de los principios como consecuencia de la convivencia y la posición social, es decir, cada uno es libre de elegir los principios que se guiarán y así obtener su papel en la sociedad, como vemos:

Antes de mais nada, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou status social; nem sabe sua fortuna na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência e força, e assim por diante. [...] Além disso, presumo que as partes não conhecem as circunstâncias especiais de sua própria sociedade, isto é, não sabem a situação econômica ou política, ou o nível de civilização e cultura que 50 foram capazes de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre qual geração pertencem. Precisam escolher princípios, cujas consequências estejam

⁴⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco A. Nogueira. 6. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995. p. 20.

⁴⁸² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 34.

*preparados para conviver, qualquer que seja a geração resultem pertencem.*⁴⁸³

Se entiende que nadie puede ponerse en una posición más alta o más baja, todos pueden imaginar las consecuencias de elegir principios injustos, porque pueden ser los destinatarios de este orden. La idea de John Rawls no radicaba en impedir el ejercicio de las facultades humanas, originarias del mundo de la naturaleza, que para él consistían casi en un dibujo desde el punto de vista de la moralidad. La moral personal termina influyendo directamente en la idea y los conceptos de justicia. La justicia considera así la racionalidad, junto con el uso de los principios de manera universal, para proporcionar a todos un conjunto de oportunidades diferentes a las que se originan en el mundo de la naturaleza.

Esta concepción inicial del contrato social se presentó como fundamental para idealizar la concepción política de la justicia, creyendo, Rawls, como el hito de la sociedad contractual de un sistema intergeneracional de cooperación entre ciudadanos considerados como libres e iguales.

La justicia también puede considerarse una virtud de las instituciones sociales, que se refieren a las constituciones políticas y a los principales entendimientos económicos y sociales, especialmente porque, si una institución es injusta, debe ser abolida o reformulada para cumplir con los principios de la justicia. Ellos, a su vez, deben determinar los ajustes sociales, asegurando una división de las ventajas y cargas establecidas en la sociedad. Para que la distribución sea justa, debe proporcionar a todos la posibilidad de propiedad de la propiedad y el capital. La recaudación justa de impuestos para Rawls debe ser proporcional a la distribución gradual de la riqueza para evitar su concentración en monopolios perjudiciales para la distribución equitativa de valores, como la libertad política y la igualdad de oportunidades.

Rawls también advierte que debemos considerar la justicia desde la perspectiva de las sociedades democráticas modernas, la cultura política se caracterizará por la diversidad política, religiosa, filosófica y moral, concebida de manera opuesta e irreconciliable. Las concepciones del bien, de lo justo o de lo injusto varían en cada una de estas concepciones doctrinales, a diferencia de la época clásica, en la que las diferentes percepciones del bien no eran aceptadas, y sólo hay una verdad.

⁴⁸³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 119.

La idea de universalidad y derechos comunes se basa en los ideales de un Estado democrático. La concepción política de la justicia difiere de las concepciones morales, al delimitar su objeto al marco político, aunque presente en parte, la doctrina moral termina siendo utilizada de manera más integral y genérica. La concepción política se dirige entonces a las instituciones políticas, sociales y económicas, simplemente por la necesidad de que este consenso público incorpore los principios de la justicia política, teniendo como sustancia las ideas fundamentales basadas en el Estado constitucional, diferentes a las concebidas en el mundo de la naturaleza.

Igualmente, la concepción de la justicia puede considerarse independiente de otras concepciones de la justicia, donde cada individuo tiene sus propias convicciones sobre los significados de la justicia, las concepciones de la arbitrariedad y el equilibrio, abiertas a la interpretación subjetiva de cada uno. Por lo tanto, genera debate al restringir qué o qué principios de justicia se consideran individualmente, sin resolver el problema.

Para Rawls, los valores de la justicia tenían una estructura básica, así como:

[...] estes valores regulam a estrutura básica da vida social – a própria base da nossa existência – e especificam os termos fundamentais da cooperação política e social. Na justiça como equidade alguns destes importantes valores – os valores da justiça – são expressos pelos princípios da justiça para a estrutura básica: entre eles, os valores da igual liberdade política e civil; a igualdade equitativa de oportunidades; os valores da reciprocidade económica; as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos.⁴⁸⁴

Así, las bases sociales más allá de todos los principios básicos giran en torno a lo que él llama razón pública, que sería el mecanismo de la democracia, como él mismo explica:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão dos seus cidadãos, daqueles que partilham o estatuto da igual cidadania. O objeto da razão dos cidadãos é o bem da esfera pública (do povo em geral): o que a concepção política da justiça requer da estrutura básica de instituições da sociedade e dos propósitos e fins que essas instituições devem servir. Assim, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto razão típica dos cidadãos, é a razão da esfera pública. O seu objeto é o bem de domínio público e as questões de justiça fundamental. A sua natureza e o seu conteúdo são públicos,

⁴⁸⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 146.

*dado que são estipulados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política eleita pela sociedade, sendo administrados abertamente nessa base.*⁴⁸⁵

Esta razón, constituida por él, es que regula la relación de los derechos y deberes de los ciudadanos, encargados de esbozar los conceptos morales que dictan la idea de justicia moral. Rawls aclara además que:

*A combinação do dever de civilidade com os valores políticos produz o ideal em que os cidadãos se orientam e governam a si próprios, segundo preceitos que cada um acredita que os outros também podem razoavelmente aceitar; e, por sua vez, esse ideal é favorecido pelas doutrinas abrangentes que as pessoas defendem. Os cidadãos acolhem o ideal da razão pública, não como resultado de um compromisso político como sucede em um modus vivendi, mas a partir – de dentro – das suas próprias doutrinas razoáveis.*⁴⁸⁶

Partiendo de otra perspectiva de la justicia, Amartya Sen busca demostrar las consecuencias de la posible falta de un régimen democrático en ciertos lugares del mundo. La democracia significa, para él, entonces, lo contradictorio del autoritarismo.

Los discursos culturales, aunque gravados como antiguos e inmutables, se invocan para justificar la falta de debate público en un país determinado. Estos discursos a menudo son peores para proporcionar una explicación sólida, en comparación con lo que se puede obtener de una mejor comprensión del funcionamiento del autoritarismo moderno, que utiliza la censura, la regulación de la prensa, la supresión de la disidencia, la prohibición del encarcelamiento de los partidos de oposición y la persecución de los disidentes.

La democracia propone enfrentar estas barreras del autoritarismo a instancias suyas; no es el más pequeño o el más débil de los cuales la idea de democracia no es capaz de impactar. Es una contribución importante y, además, es de vital importancia también para la búsqueda de la justicia. Amartya Sen afirma que los conceptos filosóficos van más allá de lo predescrito visualizado por Rawls:

Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal da democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e à votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio do

⁴⁸⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 214.

⁴⁸⁶ Ibid, p. 214.

*debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão da democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação as demandas por exercício universal do voto secreto, mas, de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de “exercício da razão pública”.*⁴⁸⁷

Además de estas concepciones de Estado y Justicia, otro concepto se vuelve indispensable, como es el estudio del poder tributario: conferir una concepción especial del Estado a través del análisis económico del derecho. Todos estos hechos históricos, son otro sesgo, el económico. A través de, principalmente, la revolución industrial, se establecieron y dictaron derechos, regulando las relaciones humanas en la sociedad. Sobre el papel económico relevante de la industria en la sociedad, Lourdes Pereira Jardim, basada en el pensamiento del autor de la teoría de sistemas, explica que:

*Entonces, la mirada del paradigma industrialista ligado a las teorías del crecimiento económico o mejor conocido como Paradigma de la Modernización, se vio fortalecido gracias a las contribuciones del análisis estructural-funcionalista y la intención integradora expuesta por Talcott Parsons como parte del pensamiento genérico que involucra los estudios del sistema social en ese incesante ajuste de las nociones macrosociales y macroeconómicas de la sociedad.*⁴⁸⁸

La autora también adocina a cada uno de los pensadores modernos del Estado a través del sesgo económico, comenzando por Montesquieu, un gran estímulo de la Ilustración francesa, que, penetrando en el espíritu de las leyes, implicó el establecimiento de reglas sobre la acción social del hombre y, por lo tanto, buscó estandarizar la actividad del trabajo como un hecho social. Es decir, Lourdes Pereira Jardim llegó a enfrentar las leyes laborales y el valor económico del trabajo para el Estado, dejando en claro que:

[...] estudia las instituciones políticas y se destaca con su obra cumbre “El espíritu de las leyes” (1748), en ella, él analiza las tres formas de gobierno: república, monarquía y despotismo. La ilustración fue una época notable del desarrollo y cambio intelectual en el pensamiento filosófico, donde se destacó Montesquieu; esta etapa del pensamiento filosófico, social y político estuvo marcada por el desarrollo de la física newtoniana, la aplicación del método científico a las cuestiones

⁴⁸⁷ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Ricardo D. Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Ed. Schwarcz, 2009. p. 270.

⁴⁸⁸ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoria Social y concepcion del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. **Revista Gaceta Laboral**, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 86. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

sociales y al orden social. El espíritu de las leyes de manera indirecta involucra el establecimiento de reglas sobre la acción social del hombre y por ende, normativiza la actividad del trabajo como hecho social. Montesquieu, en su pensamiento explica el origen de la sociedad, analiza las leyes naturales y las leyes positivas, establece una topología de carácter político y social; estas reflexiones analíticas me permiten distinguir en este caso, un enfoque metodológico en el que el trabajo como valor social este contenido implícitamente como parte del origen de la sociedad.⁴⁸⁹

También explica la maestra Lourdes Jardim, que Rousseau, a pesar de hacerse famoso por los estudios del contractualismo y el pactismo social, tanto la libertad individual como la razón social están ligadas al análisis económico, ya que el individuo libre busca mejorar su patrimonio y por sí solo procede la elección social para satisfacer su necesidad económica individual, en la que propuso:

[...] explicaciones sobre libertad civil y contribuyó a la posterior fundamentación y base filosófica de la Revolución Francesa (1789), donde se generaría posteriormente, el caos y el desorden. Él quiso preservar la preeminencia de la voluntad popular frente al derecho divino.⁴⁹⁰

Y complementa Jardim:

[...] exteriorizó una novedosa tendencia de la educación algo más pedagógica. Incurrió en una gran contribución a la corriente por la libertad individual y se reveló contrario al absolutismo de la iglesia y del Estado, su acción literaria se corresponde también con la evolución de la literatura psicológica, la teoría psicoanalítica y el existencialismo, con el romanticismo literario y con la filosofía del siglo XIX, imprimiéndole fuerza a su inclinación por el libre albedrío, su férrea defensa por la razón humana y los derechos individuales.⁴⁹¹

Lourdes Jardim Pereira, también destaca que:

El pensamiento de Rousseau estuvo enmarcado en argumentaciones metódicas sobre el individuo y la sociedad, también busco explicación al malestar de la cultura, en como alcanzar el progreso material y moral, igualmente se planteó el origen de las sociedades, partiendo de la vinculación hombre y sociedad, se consagró con su obra del

⁴⁸⁹PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 92. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁴⁹⁰ Ibid, p. 92.

⁴⁹¹ Ibid, p. 92.

*contrato social y de alguna manera concluir que su postura de forma indirecta imbuye una visión del trabajo como hecho social.*⁴⁹²

El economista y filósofo británico Adam Smith, por otro lado, se convirtió en responsable de la distribución del ingreso y la riqueza. Su trabajo se ocupó significativamente de la división del trabajo de acuerdo con salarios adecuados, defendiendo el libre comercio y los intercambios de divisas. Adam Smith tiene gran relevancia en los conceptos de impuesto sobre la renta del origen y función del impuesto como forma de garantía estatal de redistribución de los ingresos procedentes de la contratación de servicios básicos:

*Su aportación se inserta en un enfoque individualista de la economía, plasmó en su obra intelectual un insondable estudio de los procesos de creación y distribución de la riqueza. Señaló que el origen primordial de todos los ingresos, así como la forma en que se distribuye la riqueza generada, se halla en la diferencia entre la renta, los salarios y las ganancias.*⁴⁹³

Lourdes Pereira Jardim incluye su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* de 1776, donde, según ella, Smith “*determina la importancia de la distribución de la riqueza a través de las relaciones de comercio internacional y sienta las bases del liberalismo clásico como filosofía económica*”.⁴⁹⁴

La autora también explica que en este artículo, Smith señala:

*[...] las ventajas de la división del trabajo, esto es, cada hombre interviene en las fases de la producción, interviene así, en todo el proceso productivo, con esto los operadores se hacen más diestros, se economiza tiempo, también refiere aspectos sobre la naturaleza, la acumulación y el empleo del stock de capital.*⁴⁹⁵

Lourdes Pereira Jardim cree que Adam Smith hizo una astuta distinción entre las nociones de economía al enfatizar la división del trabajo, desde la perspectiva del ingreso, el valor, el precio, el salario y la ganancia: “*Realizó una sagaz distinción*

⁴⁹² PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 92. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁴⁹³ Ibid, p. 92.

⁴⁹⁴ Ibid, p. 93.

⁴⁹⁵ Ibid, p. 93.

*entre las importantes nociones de la economía, entre las cuales destacan la división del trabajo, la renta, el valor, el precio, el salario y el beneficio”.*⁴⁹⁶

Específicamente sobre los impuestos, pasando ahora a las lecciones de Ricardo, defendió la tesis de que los precios obedecerían a la cantidad de trabajo incorporado en la producción de bienes y servicios. Postuló la teoría del valor-trabajo, afirmando que el valor de una mercancía, representada en un bien o servicio, se basa en la cantidad de trabajo que se incorpora a ella; el hecho de que el trabajo constituya la unidad de la medida exacta para medir su valor y, por lo tanto, determine su precio, cuando:

[..] afirmaba que la estructura de costos productivos son, en esencia, precios laborales que se pagan, bien de manera directa o bien acumulándolos al capital, es por ello, que defendió la tesis de que los precios obedecerían a la cantidad de trabajo incorporado en la producción de los bienes y servicios.⁴⁹⁷

Dice que la obra era la unidad de medida exacta para sopesar valor y precio:

Fue uno de los que postuló la teoría del valor trabajo, principio que alega que el valor de un bien o servicio (mercancía) estriba de forma directa en la cantidad de trabajo que lleva incorporado, su pensamiento a este respecto, se arraiga en que el trabajo era la unidad de medida exacta para ponderar el valor, y por ende, determinante de su precio. Y esta postura ejerció una gran influencia en el pensamiento marxista que presupone que solamente el trabajo es capaz de crear valor.⁴⁹⁸

El presociólogo francés y utopista San Simón también estaba a favor de la planificación económica, el progreso industrial y la estructura de la sociedad distributiva y productora. Defendió la necesidad de fundar una ciencia de la sociedad basada en una filosofía positiva y los hechos vistos desde el punto de vista económico, siendo referido por Lourdes Pereira Jardim como:

Socialista francés, es partidario de que la planificación económica, el progreso industrial, la estructura de una sociedad distributiva y productiva, el desvanecimiento de los Estados nacionales europeos

⁴⁹⁶ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 93. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁴⁹⁷ Ibid, p. 93.

⁴⁹⁸ Ibid, p. 94.

*comportarían hacia el empleo de técnicas científicas destinadas al estudio de los fenómenos sociales, a través de las ciencias sociales. Se unificaría a Europa en base a una organización social y basados en el desarrollo de la industria y que ésta beneficiara de manera equitativa a todos los componentes de la sociedad.*⁴⁹⁹

Augusto Comte, nacido en el sur de Francia, fue identificado más tarde como el padre del positivismo y las ciencias sociales, creyendo que el sistema filosófico debería basarse en la experiencia y el conocimiento empírico de los fenómenos naturales:

*Su contribución intelectual fue producto de una reacción contra la Revolución Francesa y la Ilustración; es considerado el padre del positivismo, “sistema filosófico asentado en la experiencia y en el conocimiento empírico de los fenómenos naturales”, con el advenimiento de la filosofía positiva. Desarrollo su física social que en 1822 designó como sociología. Se preocupó por estudiar la estática social (referida a las estructuras sociales, las cuales son un conjunto de formas en que grupos e individuos se organizan y relacionan entre sí y con los distintos ámbitos de una sociedad) y por la dinámica social (referida al cambio social, que constituye un fenómeno colectivo que afecta a las condiciones o modos de vida de un importante conjunto de individuos); aboga por una reforma social para impulsar el proceso de evolución natural de la sociedad.*⁵⁰⁰

Según Lourdes, Comte aún establecía las tres fases, siendo:

*Estableció la ley de los tres estadios: a) Teleológico (dios), b) Metafísico (naturaleza) y c) Positivo (ciencias), hizo énfasis en el carácter sistémico de la sociedad confiriéndole importancia al papel del consenso en la sociedad y no al conflicto. Para Comte, la institución más importante fue la religión que regula la vida del individuo y lo ayuda a controlar su egoísmo y a elevar su altruismo promoviéndose así, las relaciones sociales, es decir, la religión es el asiento universal de toda sociedad. Otra institución para él importante, fue el lenguaje que es eminentemente social que le permite al individuo interactuar promoviendo la unidad entre la gente.*⁵⁰¹

Por otro lado, el sociólogo Durkheim buscó, en su propia opinión, explicar los problemas de un orden social, a través de la división del trabajo y la solidaridad social,

⁴⁹⁹ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 94. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁵⁰⁰ Ibid, p. 94.

⁵⁰¹ Ibid, p. 95.

examinando los nuevos elementos de cohesión sociológica, para tratar de demostrar, las relaciones económicas existentes en las relaciones laborales y su influencia social:

[...] explica el problema del orden social y con ello; analiza la división del trabajo social y la solidaridad social, con relación a la división del trabajo social (1893) ilustra las formas de solidaridad en la sociedad moderna, examinándose los nuevos elementos de cohesión social al abatirse el primitivo orden social.⁵⁰²

La siguiente es su explicación de la teoría del autor inglés, afirmando que:

Examina entonces, la forma de cohesión a que da lugar la moderna división del trabajo, instituyendo su tipología sobre las formas básicas de solidaridad (mecánica: o por similitud en sociedades más primitivas con principios jurídicos más represivos y orgánica: basada en la diferenciación de los individuos, que corresponden a sociedades más evolucionadas donde el fenómeno jurídico es más cooperativo).⁵⁰³

La visión de Durkheim del socialismo comienza a considerar para Lourdes Jardim una visión global de la organización:

Su visión sobre el socialismo era que debía ser una aspiración más global que reorganizara el cuerpo social en su conjunto, reivindicó las concepciones socialistas que aspiraban a una organización más democrática, él defiende la igualdad jurídica de ambos sexos. Para Durkheim, la sociedad contemporánea se ampara en la especialización de las personas, de las estructuras e instituciones y su necesidad de los servicios de muchas otras, la división del trabajo era un hecho social material puesto que constituía la principal pauta de interacción en el mundo social.⁵⁰⁴

Es imposible dejar de registrar en este elenco de pensadores socioeconómicos la notable presencia política y económica de Marx, conocido mundialmente por su teoría del valor añadido, en la que analiza las estructuras económicas del capitalismo y critica fuertemente el papel de la burguesía en la elaboración de leyes y criterios básicos de la sociedad. Sobre él, Lourdes Pereira Jardim retrata la magnífica figura del economista que mejor relacionó la producción de bienes

⁵⁰² PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 95. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁵⁰³ Ibid, p. 95.

⁵⁰⁴ Ibid, p. 95.

con la distribución de productos, trazando una relación sociológica entre ellos y las relaciones de trabajo y capital:

Su abordaje sobre las cuestiones relacionadas a su concepción sobre el trabajo subyace en el análisis de los procesos históricos a partir de antagonismos y alienaciones a que daban lugar las contradicciones y carencias de los distintos sistemas productivos, tomando como eje central a las relaciones de producción dentro del sistema capitalista. La reflexión de interrelación entre las bases socioeconómicas y la superestructura jurídico-política, origina la dialéctica de la realidad social, expresándose una evolución social-histórica de algunos modos de producción, tales como: el asiático, el antiguo, el feudal y el burgués. Considera decisivo el proceso social del trabajo humano y el papel que juegan las situaciones que dan lugar a una alienación social del hombre como ser de praxis, con una capacidad libre y creativa de producción.⁵⁰⁵

La defensa de la obra del Maestro Pereira Jardim se da en una potencial autonomía y autorrealización, que no reduce la actividad instrumental, y puede considerarse incluso antiprodutiva por no aceptar la centralidad normativa de la obra:

[...] la visión de Marx sobre el trabajo se inserta en la defensa de una significación amplia del trabajo, esto simboliza y “admite que este tiene potenciales de autonomía y autorrealización, y no lo reduce a una actividad instrumental o a una disciplina social o psicológica coercitiva”. Esta noción de Marx sobre el trabajo podría considerarse como antiprodutivista y que no acepta la centralidad normativa del trabajo en la sociedad a diferencia de Smith.⁵⁰⁶

Helbert Spencer, según Lourdes Pereira Jardim, creó la diferenciación entre lo real y lo material en su teoría del mundo real y la evolución material, considerando que la vida social debe desarrollarse sin ningún control externo, basándose en los estudios de Darwin desde una perspectiva social:

Era considerado un darwinista social inspirado en la biología para dar forma a su visión y a sus conceptos, adoptó la idea de que las instituciones sociales, así como las plantas y los animales, se adaptaban progresivamente a su entorno, a su ambiente. Argumentó que los más aptos sobreviven y los menos aptos se extinguen y esto, responde a un proceso de selección natural. Hacía hincapié en el individuo no obstante, se interesó en estudiar la estructura general de

⁵⁰⁵ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 96. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁵⁰⁶ *Ibid*, p. 97.

*la sociedad en sus partes y en sus funciones; concibiéndola como un sistema en su conjunto que evoluciona a través de su composición, considera que la sociedad en si misma progresa, sobre la base de la sociedad industrial, la cual se basa en la especialización del trabajo, la cooperación social, el altruismo y un estado moral ideal donde el individuo se disciplina y se somete a las necesidades de orden y progreso.*⁵⁰⁷

Lourdes Pereira Jardim concluye sobre la concepción de Spencer de la obra afirmando que:

*[...] se adhiere a la definición del trabajo en su dimensión como hecho social, ya que se vincula con el comportamiento de otros individuos; que esta sujeto al orden dominante y requiere del progreso, el cual descansa en las sociedades de tipo industrial. El desarrollo de los principios teóricos generales de la sociedad como organismo, promovió su visión de la sociología e hizo estudios sobre la evolución de la sociedad, de las instituciones, de la ética y la política. Esa representación orgánica de la sociedad y de la evolución societal e institucional esta enmarcada en una visión particular del trabajo como elemento central en la vida del hombre y de la sociedad.*⁵⁰⁸

Por su parte, el destacado maestro y rector sociólogo de la Universidad de Heidelberg, Max Weber, destacó las teorías causales de la vida económica y social como cruciales para comprender la ética y el espíritu del capitalista, uniendo el protestantismo del derecho. Desarrolló la teoría de la estratificación social, creando conceptos de clase, estatus y partido:

Desarrolló la teoría de la estratificación social, donde aborda las nociones de prestigio (status) y el poder basado en conceptos de clase, status y partido. Estableció una teoría del proceso de racionalización basada en una especie de sociología comprensiva (analizando fenómenos, como: la religión, los valores, el derecho y la música), distinguió tres tipos de autoridad: la tradicional (ancestral, creencias, clan), la Carismática (liderazgo) y la racional-legal (reglas establecidas). Pensaba que el movimiento protestante impulsaba un cambio en las ideas donde el hombre debía trabajar para ser considerado útil en la sociedad, de lo contrario es visto como un protervo, un inútil. El trabajo adquiere un carácter económico; ya que se requiere de él para poder satisfacer las necesidades humanas, por ende, el proceso de trabajo responde al principio económico de racionalidad y la condición capitalista se deriva de esa lógica que

⁵⁰⁷ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría Social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. p. 97-98. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.

⁵⁰⁸ *Ibid*, p. 98.

*estriba en una especie de agrupamiento social abierto. El trabajo se organiza como parte de la acción social y responde a una cierta disciplina, a prácticas rutinarias, hábitos que dependen del momento, del orden jurídico imperante, de las ideas que se tienen sobre conceptos de lucha, de competencia, de elección, entre otros.*⁵⁰⁹

Defensor del análisis intersistémico de los hechos sociales, Talcott Parsons desarrolló un estudio de las relaciones basadas en el consenso, la cohesión y el orden como funciones recíprocas positivas. El pensamiento analítico sistémico de Pereira Jardim también reflejó y apoyó estudios de la teoría de la acción y el desarrollo de sistemas de acción y cambio social, la teoría de la evolución y los medios de intercambio, entre aspectos filosóficos y teóricos relevantes:

*Se considera un neo-evolucionista del cambio social, analiza el sistema cultural y de la personalidad a este respecto, desarrolla también el estudio de las relaciones ínter sistémicas basadas en el consenso, la cohesión y el orden como funciones positivas recíprocas. Su pensamiento analítico sustentó los estudios de: la teoría de la acción y el desarrollo, los sistemas de la acción, el cambio social, la teoría evolucionista, la teoría de los medios de intercambio, entre otros aspectos filosóficos y teóricos relevantes. Donde el trabajo opera dentro de un sistema estructurado de producción basado en la cohesión de quienes trabajan, cumpliendo cada uno su función y estableciéndose entre ellos las interrelaciones orgánicas que evolucionan de forma natural. El cambio social bajo esta concepción viene dado por las mutaciones y transformaciones en la organización del trabajo, en el proceso de trabajo y por ende, en las relaciones de trabajo, donde la estructura económica condiciona la organización de las unidades productivas y la acción social es determinante en función de la afinidad en la dimensión colectiva, el asentimiento, el orden y el progreso.*⁵¹⁰

Los sociólogos franceses Gilles Bastin y Pierre-Paul Zalio también aportan la visión económica a la formación del Estado, restringiéndose a los pensamientos de Durkheim y Max Weber:

La confrontation à l'économie politique est une des origines du projet sociologique de Durkheim, élaboré contre une conception utilitariste (et individualiste) des sciences sociales. En cela il a pensé sa sociologie comme une critique de l'économie politique de son temps. Si Durkheim s'est progressivement détourné des questions juridiques

⁵⁰⁹ PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoría social y concepción del trabajo: una mirada a los teóricos del siglo XIX. *Revista Gaceta Laboral*, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101. p. 98. 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso em 14 out 2020.

⁵¹⁰Ibid, p. 99.

et économiques pour se tourner vers les questions religieuses, la sociologie économique a conservé une place forte dans le programme durkheimien, grâce notamment à François Simiand. La constitution de la sociologie économique française, référée à la situation de l'économie politique en France vis-à-vis des débats étrangers (notamment le Methodenstreit), et comparée à la situation prévalant en Allemagne autour de Max Weber, permet d'avancer quelques explications de son absence de postérité ou, du moins, de l'éclipse qu'elle devait connaître jusqu'aux années récentes.⁵¹¹

Haciendo hincapié en el pensamiento metodológico, también añaden que Durkheim presenta una crítica metodológica del individualismo que, en su opinión, resulta adecuada para establecer el carácter moral de los hechos económicos, a diferencia de los economistas liberales que “promueven el egoísmo en detrimento de los valores colectivos y la autoafirmación de una persona constituida por la internalización de los ideales colectivos”.⁵¹² Traen a Bastin y Zalio, aún extrayendo de las lecciones de Durkheim, que la gran crítica se refiere a aislar una parte de la realidad sin hacerla desaparecer. Es decir, saber mirar lo social para dividirlo, centrándose en un determinado punto, pero sin olvidar las otras partes:

Pour sortir d'une posture morale, Durkheim propose une critique méthodologique de l'individualisme propre à établir le caractère moral des faits économiques. D'une part, les économistes libéraux font la promotion de l'égoïsme au détriment des valeurs collectives et de l'affirmation d'une personne constituée par intériorisation individuelle des idéaux collectifs ; d'autre part ils s'appuient sur une conception abstraite de l'individu (l'homo œconomicus), sur laquelle Durkheim concentre sa critique: Une abstraction consiste à isoler une partie de la réalité, non à la faire disparaître. Or celle que nos économistes font d'ordinaire a précisément pour effet de faire évanouir l'objet même de l'économie politique telle que l'entendent les socialistes de la chaire: cet objet, c'est la fonction économique de l'organisme social. Pour les réfuter, il faudrait démontrer que cette fonction collective n'est rien qu'une collection d'individus. Or c'est une proposition que l'on a souvent posée comme un axiome, mais dont on n'a jamais fait la démonstration.⁵¹³

Bastin y Zalio también abordan la relación entre la economía y las disciplinas sociales, como la sociología, la historia, la geografía, la etnología, entre otras, ya que todas las ciencias sociales, incluido el derecho, están interconectadas en un punto

⁵¹¹ BASTIN, Gilles; ZALIO, Pierre-Paul. Sociologie économique début de siècle: l'impossible troisième voie entre histoire et théorie économique. **Terrains et Travaux: Revue de Sciences Sociales**, Cachan, n. 4, p. 6-55, 2003. p. 8.

⁵¹² Ibid, p. 9.

⁵¹³ Ibid, p. 10.

determinado, y juntas conforman un mamparo necesario en la visualización sistemática de la vida social:

[...] u fond, la question des rapports de l'économie à la sociologie n'est pas très différente de celle des rapports entre la sociologie et l'histoire, Simiand partageant avec Durkheim la conviction que la sociologie a vocation à constituer la science sociale synthétique, fédérant en autant de sous-secteurs les autres disciplines étudiant le monde social (histoire, géographie, ethnologie, économie, etc.). Ainsi envisagée, la sociologie butait sur l'immensité d'une littérature par rapport à laquelle il fallait sans cesse se positionner: L'Année sociologique étant par nature une entreprise de classification, un des efforts de Simiand fut de faire de cette contrainte éditoriale un atout pour élaborer sa conception de la sociologie économique: d'un côté recenser et critiquer la littérature économique existante (critique de l'économie mathématique, recension et critique des travaux de l'école historique), de l'autre élaborer une classification qui soit le cœur d'une conception originale de la sociologie économique. Les prémisses de cette conception originale sont, de ce fait, difficiles à dissocier des rapports possibles (encore à définir) entre les différentes disciplines relevant des sciences sociales.⁵¹⁴

Bastin y Zalio también informan que Simiand presenta una crítica de la acumulación académica, aclarando:

Pour donner sens à l'hétérogénéité des données empiriques inhérente à l'économie, il faut aussi rechercher une cohérence [qui] demande une classification, une formation de séries. Quatre ans plus tard, à l'occasion de la recension du deuxième volume, Simiand prend la mesure de la capacité de Schmoller à dépasser l'accumulation érudite: Ayant, par réaction contre l'idéologie vaine des économistes d'alors, consacré d'abord une longue partie de sa carrière à des travaux historiques et à des recherches spéciales, il n'a jamais perdu de vue le but synthétique de généralisation et de théorie, théorie vraiment scientifique cette fois, où toutes les élaborations de faits particuliers devaient tendre". Mais sa déception se lit en conclusion: Ce traité est un monument scientifique qui inspire le respect, et il n'est pas douteux qu'on y ait longtemps et très utilement recours. Nous croyons cependant que, s'il a tout à fait rompu les cadres traditionnels, il n'a pas constitué un nouvel arrangement des matières à l'abri de toute critique.⁵¹⁵

⁵¹⁴ BASTIN, Gilles; ZALIO, Pierre-Paul. Sociologie économique début de siècle: l'impossible troisième voie entre histoire et théorie économique. **Terrains et Travaux: Revue de Sciences Sociales**, Cachan, n. 4, p. 6-55, 2003. p. 15.

⁵¹⁵ Ibid, p. 23.

En esta consideración, Simiand argumenta, como lo presentan Bastin y Zalio, que, al estudiar un fenómeno o un conjunto de fenómenos con desarrollo histórico, es prematuro para el mejor resultado explicativo, accesible y seguro. Se infiere que debemos aprovechar la abstracción prefabricada que nos presenta la realidad y buscar estudiar el hecho presentado en su forma más pura, es decir, libre de los elementos vinculados en nuestra cultura:

La perspective de Simiand, s'agissant de faits économiques, est toute différente: Dans l'étude d'un phénomène ou d'un ensemble de phénomènes à développement historique, ou à développement organique, on arrive plus tôt aux résultats explicateurs les plus accessibles et les plus sûrs, en étudiant l'état formé avant l'état naissant, l'état adulte avant l'état embryonnaire. (...) Nous devons profiter de l'abstraction toute faite que nous présente la réalité et chercher, d'abord, à étudier ce fait-là où il s'offre à nous le plus nu, pourrait-on dire, le plus pur, le plus dégagé de tous éléments autres et de tous liens avec d'autres, c'est-à-dire dans nos sociétés occidentales contemporaines.⁵¹⁶

De estas enseñanzas se concluye que, tomando en cuenta lo que se discutió inicialmente, es real la importancia del estudio sistemático del derecho en su conjunto y, mucho más, del derecho tributario. Inseparable la relación de la economía con la historia, la política, la sociología y el derecho. El conjunto de todas estas áreas facilita la comprensión del origen de la fiscalidad, la formación estatal y la exclusión y la potestad tributaria intransferible, inherente a los organismos públicos.

Conocer este proceso de formación del Estado de Derecho revela los hechos históricos, dentro de sus contextos sociales, que nos llevaron a entender el derecho y la tributación en los contextos del poder tributario, la soberanía estatal y la perspectiva del análisis económico del derecho. Por lo tanto, el conocimiento del pensamiento filosófico dentro de los estudios económicos es ilustrativamente, como una visualización subjetiva de la sangre, oxigenada de todas las corrientes que la animan en el tiempo y el espacio.

Otro concepto importante, antes de entrar en el estudio de la potestad tributaria propia, y en la necesidad de sus limitaciones, es entender el origen de la soberanía de la entidad estatal. Lo cual, veremos a continuación.

⁵¹⁶ BASTIN, Gilles; ZALIO, Pierre-Paul. Sociologie économique début de siècle: l'impossible troisième voie entre histoire et théorie économique. **Terrains et Travaux: Revue de Sciences Sociales**, Cachan, n. 4, p. 6-55, 2003. p. 26.

4.1.1. Soberanía Estatal

Otra cuestión para destacar es la Soberanía del Estado. A medida que se desarrolla la discusión eugenio Simón Acosta, Antonio Vázquez del Rey Villanueva y Mária Eugenia Simón Yarza, a menudo se habla del poder tributario como concepto básico de la soberanía estatal, porque este poder es la capacidad de la entidad estatal no solo para instituir impuestos sino también para exigir el pago de los mismos. Esta {característica}, según los autores, comprende una concepción primaria del Estado y la Soberanía nacida con las monarquías absolutistas europeas:

En ocasiones se ha hablado de poder tributario como un elemento esencial de la soberanía. El poder soberano se caracteriza porque comprende el poder militar y poder de exigir tributos. Esta forma de entender el poder tributario responde a una concepción antigua del Estado y de la soberanía, propia de la época en que, superado el feudalismo y debilitado el Imperio, nacieron las monarquías absolutas en Europa.⁵¹⁷

El concepto de soberanía ha estado históricamente ligado a la racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la capacidad de coerción en poder legítimo. Es decir, en la transformación del poder de hecho en un poder de derecho, configurándose en uno de los pilares teóricos del Estado constitucional moderno.

Acosta, Villanueva y Yarza también creen que en el Estado constitucional liberal, la soberanía ha perdido su sentido como concepto jurídico del derecho interno, ya que las constituciones incluyen, en sus textos jurídicos, definiciones claras de que la soberanía pertenece al pueblo, y a partir de entonces, es una formulación política:

En el marco del Estado liberal constitucional la soberanía ha perdido sentido como concepto jurídico de Derecho interno. Las constituciones recogen el principio de que la soberanía pertenece al pueblo y, así entendida, se trata más bien de una formulación política acerca del origen del poder que de una norma jurídica que atribuya al pueblo el ejercicio de poderes determinados.⁵¹⁸

⁵¹⁷ ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54

⁵¹⁸ Ibid, p. 51-54

Vale la pena recordar que Bobbio⁵¹⁹ afirma que el concepto de soberanía puede concebirse de manera amplia o estricta. En un sentido *lato*, indica el poder de último recurso en una sociedad política y, en consecuencia, la diferencia entre ella y otras organizaciones humanas, en las que no se encuentra este poder supremo. Por lo tanto, este concepto está estrechamente vinculado al poder político. En sentido estricto, en su significado moderno, el término soberanía aparece, a finales del siglo XVI, junto con el Estado Absoluto, para caracterizar plenamente el poder estatal sujeto exclusivo de la política.

La Soberanía Nacional, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a luchar por reconciliarse con un hecho innegable: las comunidades políticas - los estados- pasaron a formar parte de una sociedad internacional, regida por sus propias normas. El Estado Constitucional Soberano Moderno está necesariamente vinculado a obligaciones externas que tienen diferentes orígenes. Puede haber sido el resultado de tratados bilaterales, convenciones multilaterales o el resultado de la existencia, reconocida y consolidada, de una práctica consuetudinaria en el plano internacional.⁵²⁰

Hans Kelsen, refiriéndose a la vinculación del Estado Constitucional Moderno a través de tratados, señaló que, “como regla general, se puede decir que el tratado no perjudica la soberanía, ya que, definitivamente, esta limitación se basa en la voluntad misma del Estado limitado; además, debido a esta limitación, se garantiza la soberanía estatal”.⁵²¹ De acuerdo con esta construcción histórica, el Estado Constitucional Moderno asume voluntariamente sus obligaciones internacionales, quedando así sujeto al derecho internacional por su propia voluntad soberana.

En sentido contrario, Acosta, Villanueva y Yarza discrepan de esta “no nocividad” de la soberanía en el Estado Constitucional moderno. En su opinión, el único poder legal que tiene el pueblo, de hecho, sería elegir a sus gobernantes, y estos decidirán sobre todas las acciones políticas del Estado, incluyendo y especialmente con respecto al derecho tributario:

En el moderno Estado constitucional, el único poder jurídico del pueblo es el que se reconoce a una parte del pueblo, constituida en

⁵¹⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. 6. ed. Tradução de Carmem Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1994.

⁵²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

⁵²¹ KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. 3. ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. p. 421.

*colegio electoral cada cierto número de años, para elegir a sus gobernantes o, excepcionalmente, adoptar decisiones en referéndum. Una vez efectuada la elección, el pueblo no manda sino que obedece a quienes detentan el poder.*⁵²²

Los análisis, que, en torno a la fragilidad del concepto moderno de soberanía, registran su primera hipótesis son recientes. Jacques Maritain⁵²³ ya cuestionó el concepto de soberanía en *El Hombre y el Estado*, diciendo que la razón para hacerlo es el hecho de que, en sus orígenes históricos, la soberanía, como señaló Jellinek, es un concepto político transformado más tarde para proporcionar una base legal para el poder político del Estado Constitucional Moderno.

La tesis de Maritain es que la filosofía política debe liberarse de la palabra y el concepto de soberanía. No porque sea un concepto caducado o en virtud de una teoría sociológico-jurídica del derecho objetivo, ni porque el concepto de soberanía cree dificultades teóricas insuperables y confusiones en el campo del derecho internacional, sino porque, tomado en su sentido auténtico y desde la perspectiva del campo científico al que pertenece (el de la filosofía política), este concepto es intrínsecamente ilusorio y no puede hacer otra cosa que extraviar a quienes lo siguen empleando bajo el pretexto. que fue universalmente aceptado y durante mucho tiempo poder rechazarlo, negándose a ver las connotaciones erróneas que son inseparables de él. El concepto de soberanía, como escribió Kelsen en la conclusión de su famoso ensayo de 1920 sobre el tema, debe resolverse radicalmente. Esto, según el adocinador austriaco, sería la primera revolución de la necesaria conciencia cultural:

*[...] o primeiro elemento inerente à Soberania autêntica, ou seja, o direito natural e inalienável à independência e ao poder supremo, nem o segundo elemento inerente àquela, ou seja, o caráter “absoluto e transcendentalmente supremo” dessa independência e desse poder, que, na autêntica Soberania são supremos separadamente do todo governado pelo Soberano e, por cima desse todo, podem ser atribuídos de maneira alguma ao Estado Constitucional Moderno, que não é e nunca foi jamais autenticamente soberano.*⁵²⁴

⁵²² ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54.

⁵²³ MARITAIN, Jacques. **El hombre y el Estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.

⁵²⁴ MARITAIN *apud* CRUZ, Paulo Marcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 69-97, 2007. p. 73.

La globalización de la economía ha generado relaciones de interdependencia, en las que los Estados se han visto al menos obligados a unirse en grupos, las fronteras comerciales desaparecen y la moneda nacional será reemplazada gradualmente por otro instrumento común de intercambio y compra y venta. Creados los grupos, sin ninguna connotación étnica, el paso posterior será la implementación de una política de alineamiento no más de países sino de grupos, hasta que la economía mundial se convierta en hegemónica y las fronteras económicas desaparezcan.

Esta realidad alteró la característica más evidente del Estado Constitucional Moderno, como forma de organización política, que es el tipo de poder que pretendía ejercer territorialmente, independientemente de las características personales o sociales de los miembros de su población. La evolución histórica definió el poder del Estado Constitucional Moderno con un adjetivo que pretendía resumir sus capacidades esenciales: el poder del Estado sería un Poder Soberano.

La idea de Poder Soberano, en el sentido de poder supremo e irresistible, se desarrolló históricamente hasta el punto de que el titular de los poderes medievales, el del Rey, creció con la idea del absolutismo, asumiendo funciones públicas de manera exclusiva, como la administración de justicia, emisión de moneda, mantenimiento de fuerzas militares, entre otros, que lo situaban por encima de otras instancias de poder y organizaciones.

El concepto de soberanía aparece definitivamente concebido por Jean Bodin en *Los seis libros de la República*, 1575. Fue un concepto elaborado en un momento histórico determinado, en el que la afirmación de la monarquía absoluta se produjo como un régimen de gobierno capaz de asegurar la paz social, tanto frente a guerras religiosas como frente a potenciales invasores o incluso potencias externas como el Papado de Roma.

El tan temprano Poder Soberano del Estado Constitucional Moderno, se puede decir, se encuentra en un proceso temprano de deterioro. No es el poder el que desaparece, sino la forma específica de organización que tuvo su punto fuerte en el concepto jurídico-político de soberanía.

A su vez, Carlos Peralta Montero, a través de su artículo titulado *La Fundación y el Propósito Extrafiscal de los Impuestos Ambientales*, argumentó que en el Estado Democrático de Derecho, la potestad tributaria no puede entenderse como un acto de superioridad del Estado sobre el ciudadano-contribuyente, ya que la tributación se establece en una relación poder-deber. Véase:

No Estado Democrático de Direito – particularmente com a reaproximação entre ética e direito -, não podemos entender que o poder tributário esteja baseado numa relação de poder, numa relação de superioridade do Estado. Trata-se, porém, de um poder-dever, que nasce no espaço aberto pela liberdade e que, por conseguinte, encontra-se limitado por ela. Nesse sentido, como bem explica Ricardo Lobo Torres “O Estado exerce o seu poder tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais”. Assim, ainda que o poder tributário seja uma manifestação da soberania estatal, não encontra nela o seu fundamento, já que sua origem descansa nos direitos da propriedade e do livre exercício do trabalho (estabelecidos nos arts. 45 46 e 56 da Constituição da Costa Rica, e no art. 5º, incisos XXII e XIII, da Constituição do Brasil), como expressão da liberdade dos cidadãos e substrato econômico para a imposição fiscal. Nessa linha de pensamento, é o povo, através dos seus representantes, quem autoconsente o tributo (princípio da auto-tributação). Em outras palavras, o povo como titular do poder tributário permite que o Parlamento possa exercitar essa potestade, derivando-se a máxima de No taxation without representation.⁵²⁵

Montero, contribuyó a la discusión, también, a través del artículo *Tributación y derechos fundamentales: los principios constitucionales como límite al poder tributario – reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Costa Rica*, publicado en 2014. En el mismo sentido del pasaje mencionado, el autor afirma:

Siguiendo esa línea de pensamiento, debemos entender que el Poder Tributario, a pesar de ser una manifestación o expresión de la soberanía estatal, no es en ella que encuentra su origen. En realidad, el fundamento del tributo descansa en los derechos de propiedad y del libre ejercicio del trabajo tales derechos constituyen la expresión de la libertad de los ciudadanos y son, por decirlo de alguna manera, el substrato económico para la imposición fiscal.⁵²⁶

Respecto a la necesidad de una fiscalidad que entienda la dimensión social, a través de la ética, en el contexto en el que se inserta, Juan Manuel Lopes Carbajo señaló:

No obstante, existen otros factores sobre los que la Administración Tributaria puede incidir menos y que también contribuyen a la formación de la consciencia fiscal colectiva, como es la percepción

⁵²⁵ MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 216-364. p. 333-335.

⁵²⁶ MONTERO, Carlos E. Peralta. **Tributación y derechos fundamentales: los principios constitucionales como límite al poder tributario – reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Costa Rica**. 2014. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. f. 101.

*que los ciudadanos tengan sobre la justicia del sistema fiscal y su grado de satisfacción con los bienes y servicios públicos financiados con cargo a los impuestos.*⁵²⁷

Con el advenimiento de la globalización económica, se encuentra la crisis o declive del Estado Constitucional Moderno resultante de la transnacionalización de la economía apoyada en la teoría económica del neoliberalismo, frente a la erosión gradual de la soberanía, la obsolescencia de las fronteras nacionales, la retracción de la esfera pública en favor del mercado y la pérdida de los derechos políticos de los ciudadanos, como resultado del vaciamiento de su participación política.⁵²⁸

El Estado Constitucional Moderno ya no puede dar respuestas mínimamente consistentes a las sociedades actuales. En los países ricos, como se ha registrado, la soberanía constitucional está siendo reemplazada por conglomerados financieros e industriales o dominada por sus tentáculos.

La noción de Estado Constitucional Soberano Moderno se convierte cada vez más en una categoría vacía y sin contenido. Es un mero criterio formal de caracterización. Es probable que exista un espacio de “tiempo de transición”, entre la modernidad y el espacio de tiempo que la sustituirá, como resultado de la superación de la Soberanía Moderna.⁵²⁹

Hoy en día, gracias a la velocidad de las comunicaciones, todos los hechos que ocurren en el mundo son de interés para todos los habitantes del planeta y por lo tanto ninguna parte del planeta puede ser olvidada.

La configuración actual de muchos Estados constitucionales europeos modernos es el resultado de movimientos nacionalistas que buscan la organización estatal de grupos étnicos y culturales previamente divididos, como Alemania e Italia, o la independencia de grupos integrados en estados multiétnicos, como el que ocurrió con el Imperio Austro-Húngaro y, más recientemente, con la Unión Soviética. El movimiento nacionalista también tiñó el proceso de descolonización en Asia, África y América Central y del Sur.

⁵²⁷ CARBAJO, Juan Manuel Lopes. La moral tributaria y el comportamiento del contribuyente. **TEMA 2**, Espanha, p. 196-220, 2011. Disponible en: https://www.ciat.org/Biblioteca/AsambleasGenerales/2011/Espanol/2011_tema_1.3_ecuador_Vásconez.pdf. Acceso en: 25 ago. 2021. p. 200.

⁵²⁸ LIMA, Abili Lázaro Castro. **Globalização econômica e crise dos estados nacionais**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁵²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.

La soberanía, uno de los paradigmas del Estado Constitucional Moderno que convirtió el poder estatal en un poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo, creador de normas y poseedor del monopolio del poder de la coerción física legítima dentro de su territorio, en el momento en que era el único interlocutor autorizado para hablar hacia el exterior, se está desmoronando, lo que hunde los cimientos sobre los que se sustentaba la teoría clásica del Estado Constitucional Moderno, como escribe Oller I Sala.⁵³⁰ Por otro lado, la pérdida de eficiencia del Estado Constitucional Moderno provocó la erosión de su legitimidad ante el ciudadano. El Estado Constitucional Moderno ofrece cada vez menos respuestas a las demandas de seguridad y desarrollo. Cada vez es menos soberano.

Reflejar el Principio de Legalidad también es fundamental para hablar de soberanía del Estado, porque es a través de él que se apalancar el poder y la legitimidad de todos los actos realizados por el poder público.

Cabe señalar, sin embargo, que el origen del Principio de Legalidad en el derecho tributario se remonta a tiempos lejanos, siendo difundido con la predicción inaugural a través de la Carta Magna inglesa de 1215, por el rey Juan Landless. Este hecho ocurrió porque en ese momento, los nobles y los plebeyos, en unión de compromisos, se levantaron frente al poder unipersonal del rey para gravar.

Así, impusieron al soberano un estatuto editado, con el propósito de inhibir la actividad fiscal opresiva del gobernante. Baleeiro añade:

[...] não só na Inglaterra, como também em outros Estados, já na Idade Média, se praticava o prévio consentimento ou a autotributação (cf. op. cit. P. 16-20). Finalmente, em França, os estados já tinham postulado, em 1735, a faculdade de aprovar os impostos, regra que integrou a Declaração de Direitos (1789) e a Constituição de 1791.⁵³¹

En la época medieval, especialmente debido a la Carta Magna inglesa, el movimiento constitucionalista logró importantes victorias con respecto a la limitación del poder absoluto del reinado, entonces existente.

Afirma sobre el profesor Dirley Cunha Junior con precisión histórica que:

⁵³⁰ OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia**: una democracia para la gobernabilidad mundial. Barcelona: Cristianisme i Justícia, 2002.

⁵³¹ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 80.

[...] o importante é destacar que a Magna Carta inaugurou a pedra fundamental para a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder do governante passou a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. A Magna Carta deixa implícito pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita.⁵³²

El profesor Dino Jarach, citado por Nogueira, también afirma que “fue por razones fiscales que nació el estado moderno de derecho”.⁵³³

Dirley da Cunha Junior claramente todavía registra con maestría la transición del llamado constitucionalismo medieval al constitucionalismo moderno, por lo que diserta:

A partir daí são elaborados importantes documentos constitucionais escritos (Petition of Rights, de 1628; Habeas Corpus Act, de 1679; Bill of Rights, de 1689, etc.), todos com vistas a realizar o discurso do movimento constitucionalista da época. No século XVIII, o constitucionalismo ganha significativo reforço com as idéias iluministas, a exemplo da doutrina do contrato social e dos direitos naturais, de filósofos como Jhon Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Rosseau (1712-1778) e Kant (1724-1804), que se opunham aos governos absolutistas (luzes contra trevas).⁵³⁴

Respecto a las fases evolutivas del constitucionalismo, enseña el respetable constitucionalista lusitano Canotilho, quien:

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII.⁵³⁵

⁵³² DA CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 458.

⁵³³ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário: estudos de casos e problemas**. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 150.

⁵³⁴ CUNHA JUNIOR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 31-32.

⁵³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 48.

Cunha Junior también advierte que debemos ver el constitucionalismo moderno como una tendencia a una constitución escrita que garantizaría la separación de poderes y derechos fundamentales, como una forma de o crear al poder ilimitado inherente a las primeras formas de estado.

Con respecto al poder estatal, el profesor Roque Antônio Carraza pontifica que:

É ponto bem averiguado que inexistente Estado sem poder. Este, conquanto por definição seja uno e indivisível, pode ter seu exercício partilhado por diversos órgãos, em ordem a proteger as pessoas do eventual arbítrio dos governantes. Foi o que acabou acontecendo na maioria dos Países. Da monarquia absoluta, em que o poder concentrava-se as mãos de uma única pessoa, até as modernas democracias, em que é repartido entre vários órgãos estatais autônomos, o processo foi lento e penoso, marcado por inúmeros atropelos e retrocessos.⁵³⁶

Es importante tener claro, sin embargo, que, a pesar de la imprescindibilidad de la soberanía estatal para girar la rueda de la administración pública, en las composiciones que tenemos hoy, ningún cuerpo tiene poderes ilimitados. El Estado presenta, en sus moldes actuales, una estructuración en la que la división de poderes está sumamente presente. Además, presentan Acosta, Villanueva y Vázquez:

Ninguno de los órganos o personas a los que jurídicamente se reconocen poderes tiene poderes ilimitados. Es propio del Estado de Derecho dividir el poder de forma que nadie dispone de poderes no sujetos a límites. La soberanía es un poder absoluto (a legibus solutus) que no admite poder superior a ella (superiores non recognoscentes). Ese tipo de poder hoy no existe en los ordenamientos occidentales.⁵³⁷

Cabe destacar que la realidad jurídica siembra la visión sistémica del conjunto normativo, es decir, la soberanía respecto a la potestad tributaria, a pesar de tener conceptos autónomos, no se quedan fuera de un ordenamiento jurídico interactivo con los demás poderes. El poder no se determina de acuerdo con el asunto, sino como

⁵³⁶ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 274.

⁵³⁷ ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho financiero y tributario**: parte general. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54.

parte integral del mismo, compuesto tanto por el legislativo como por el ejecutivo, y el poder judicial:

*Poder soberano ni el concepto de poder tributario refleja una realidad jurídica con sustantividad propia. El poder tributario, como concepto autónomo y diferenciado de otros poderes, no existe. El poder no se clasifica en función de la materia que constituye su objeto, sino que se distingue entre poder legislativo, ejecutivo o judicial.*⁵³⁸

Por lo tanto, la soberanía para gravar se divide en dos clases, la facultad de crear las normas legales de tributación y la facultad de aplicar las mismas normas exigiendo su cumplimiento, como destacan Acosta, Villanueva y Yarza: “*las clases de poder tributario no son, por tanto, diferentes a las clases del poder en general. Básicamente adopta dos formas: el poder de dictar normas jurídicas, y el poder de aplicar dichas normas*”.⁵³⁹ Estos tres economistas aún afirman que “*en sentido estricto, el poder tributario es poder normativo y tiene, a su vez, dos variantes, según la naturaleza de las normas dictadas: legislativas o reglamentarias*”.⁵⁴⁰

Sin embargo, antes de reflexionar sobre las limitaciones del poder tributario, es necesario entender y conocer un poco más sobre las teorías relacionadas con el mismo.

4.1.2. Teoría sobre el Poder de Tributar y la inexorable Justicia Fiscal

4.1.2.1. Teorías de Imposición Tributaria

Comprender las teorías sobre el poder tributar implica comprender la esencia de la norma primaria y las teorías de las que prescinde. Hablando de norma, es necesario entonces invocar los estudios de Kelsen y el predominio de su norma primaria. Kelsen entendió que, sin la sanción, no se cumplirá una norma de comportamiento, por lo que sancionar sería una norma primaria y la de comportamiento una norma secundaria. Cossio entendió que secundaria sería la sanción, ya que la ley regula conductas y

⁵³⁸ ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho financiero y tributario**: parte general. 2. ed. España: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54.

⁵³⁹ Ibid, p. 51-54.

⁵⁴⁰ Ibid, p. 51-54.

sanciones solo aplicables a casos patológicos, siendo, por tanto, la norma de conducta (endonorma) la norma primaria y la sanción (perinorma) la norma secundaria.

Las normas de aceptación social albergan principios de la ley natural que se configuran formas, no repitiendo su derecho en la estabilidad de los derechos fundamentales, sino porque son inherentes al propio ser humano. El derecho a la vida, por ejemplo, no es un derecho creado por el Estado, porque es inherente al hombre, ni es un derecho que la sociedad busca violar y para cuyo respeto es necesario sancionar.

La distinción entre las funciones de las normas tributarias y penales es el principal punto de distinción que imposibilita equiparar los criterios de interpretación establecidos en cada una de esas ramas. La norma penal tiene una función retributiva, con el objetivo de evitar la práctica de un acto antijurídico típico. Así que es una norma odiosa y punitiva.

Por otro lado, el derecho tributario -absuendo la radicalidad de parte de la doctrina que la considera como norma de rechazo social, posición superada en casi el mundo- tiene la función de identificar la manifestación de la riqueza, susceptible de ser objeto de tributación, sin perder nunca de vista la cuantificación de la parte que cada contribuyente debe soportar en el coste del gasto público.

Por lo tanto, en el Derecho Tributario, si los gastos públicos se financian con escisiones instituidas de acuerdo con la capacidad contributiva de los diversos segmentos de contribuyentes, la caracterización de la atipia de una conducta determinada, que revela el mismo signo de riqueza identificado por el legislador, eventualmente generará consecuencias perjudiciales para otros segmentos de la sociedad.

La certeza jurídica en sí misma se vería rayada si los hechos generadores de impuestos fueran transmitidos por estructuras conceptuales, ya que los tipos, como manifestaciones de la realidad social y económica son mucho más concretos, por lo tanto, más apropiados para describir el hecho-signo que manifiesta la capacidad de contribuir.

Partiendo de la distinción que ofrece Larenz, entre concepto abstracto y tipo, no es difícil percibir las dificultades teóricas que atraviesa la teoría de la tipicidad cerrada, a la hora de defender la subsunción del hecho imposible a la hipótesis de incidencia. Dado que la norma tipológica está abierta a la realidad social y económica, la subsumación no ocurre. Fenómeno propio del concepto, pero la coordinación del hecho al tipo. Según Larenz, lo ideal en un sistema legal sería la subsunción de todos los casos legales a conceptos legales. Dado que este ideal es inalcanzable, ya que no se ha logrado ni siquiera en el apogeo de la jurisprudencia de conceptos, existe la necesidad, en la

mayoría de los casos, de que el legislador utilice tipos que a menudo revelan una agenda de valores que deben ser llenados. Después de todo, son capaces, contrariamente a los conceptos abstractos, de coordinar la conducta humana en toda su riqueza y mutabilidad.

4.1.2.2. Teoría del Absolutismo en la Imposición

En la teoría del Absolutismo de la Imposición, nos damos cuenta de que está fuertemente basada en el principio de legalidad, y la tributación es algo inherente y primordial para el mantenimiento social, establecido en las constituciones y debe cumplirse sin excepciones. También es interesante destacar que esta teoría, como la que defiende, no se basa sólo en el derecho brasileño; todo lo contrario. Observando los diversos sistemas jurídicos mundiales, vemos y retejamos la legalidad expresada en sus textos normativos.

La mayor prueba de que esta legalidad tributaria absoluta propuesta no deriva de la Constitución brasileña es el examen de los textos constitucionales de los países que adoptan otros paradigmas en la interpretación del derecho tributario. Tales constituciones, como la nuestra, también consagran el principio de reserva legal.

En los Estados Unidos, el artículo 1, Sección VIII de la Constitución de 1787, atribuye al Congreso Nacional la creación de impuestos:

Article I

Section 8

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

En Alemania, los artículos 112 y 113 de la Constitución de 1949 garantizan que los impuestos estarán sujetos a la competencia legislativa exclusiva de la Federación o de los *Landers* (Estados):

Art. 112. Die Republik hat das Recht der ausschließlichen Gesetzgebung über:

die auswärtigen Beziehungen; den Außenhandel; das Zollwesen sowie die Einheit des Zoll- und Handelsgebiets und die Freizügigkeit des Warenverkehrs; die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, die Ein- und Auswanderung, die Auslieferung und das Paß- und Fremdenrecht; das Personenstandsrecht; das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung und das Gerichtsverfahren; das

Arbeitsrecht; den Verkehr; das Post-, Fernmelde- und Rundfunkwesen; das Film- und Pressewesen; das Währungs- und Münzwesen, Maß-, Gewichts- und Eichwesen; die Sozialversicherung; die Kriegsschäden- und Besatzungskosten und die Wiedergutmachungsleistungen.

Art. 113. Bei der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Finanz- und Steuerwesens muß die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Länder, der Kreise und Gemeinden gewährleistet sein.

En la Constitución Española de 1978, aunque el artículo 31.3 acepta la posibilidad de la imposición de bienes o beneficios personales en forma de ley, el artículo 133.1 establece que la facultad de establecer impuestos se ejerce por ley:

Artículo 31.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

[...]

Artículo 133.

1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.

4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.

La Constitución francesa de 1958, en su artículo 34, cumpliendo el compromiso firmado por el pueblo francés desde la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, asegura que la ley debe fijar impuestos, tasas y las modalidades de su recaudación:

Article 34.

La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie. La loi fixe également les règles concernant:

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de

France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

- *la création de catégories d'établissements publics ;*
- *les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;*
- *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. La loi détermine les principes fondamentaux:*
 - *de l'organisation générale de la défense nationale ;*
 - *de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;*
 - *de l'enseignement ;*
 - *de la préservation de l'environnement ;*
 - *du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;*
 - *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.*

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

En Argentina, la Constitución de 1994, en su artículo 4, determina que todas las contribuciones ingresadas al Tesoro serán impuestas por el Congreso Nacional:

Artículo 4º.- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

En Uruguay, la Constitución de 1966, en sus artículos 85 y 87, también subordina la creación de impuestos a la ley:

Artículo 85

A la Asamblea General compete:

1º) Formar y mandar publicar los Códigos.

2°) Establecer los Tribunales y arreglar la Administración de Justicia y de lo Contencioso-Administrativo.

3°) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior.

4°) Establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos, su distribución, el orden de su recaudación e inversión, y suprimir, modificar o aumentar las existentes.

5°) Aprobar o reprobado, en todo o en parte, las cuentas que presente el Poder Ejecutivo.

6°) Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público, requiriéndose, en los tres primeros casos, la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.[...]

Artículo 87

Para sancionar impuestos se necesitará el voto conforme de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara.

La excepción se refiere a Italia, que, al prever una disposición genérica para todas las prestaciones personales y patrimoniales, adopta en el artículo 23 de la Constitución de 1947 el principio de legalidad en un sentido amplio, basado en las disposiciones de la ley:

Art. 23

Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

Ni por esta disposición constitucional, la doctrina italiana admite la creación de impuestos por un instrumento distinto de la ley, ni la delegación en la autoridad administrativa para fijar los elementos de la obligación tributaria.

Probablemente, en Portugal la Constitución establece que la ley definirá los beneficios fiscales en su art. 103:

Artigo 103°

(Sistema fiscal)

1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

En Brasil, la enorme identificación fiscal como un verdadero pesebre, basado en el Principio de Legalidad, que le da cobertura legal para cualquier forma o tipo de tributo, determina la sujeción extrema al tamiz exclusivo del Poder Legislativo y, aun así, a vigor sólo después de un lapso de tiempo. Este principio se expresa en la Constitución Federal de 1988, en su artículo 5, inciso II, tal como extrajimos del texto normativo:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

4.1.2.3. Teoría de la Causa Jurídica del Hecho Imponible

La subsunción de un hecho imposible para un tipo tributario no existe como fenómeno representativo de una actividad carente de valor apreciación de la realidad. Lo que ocurre, en el momento de la incidencia tributaria, es la coordinación de un hecho jurídico practicado por el contribuyente a un tipo jurídico que, como tal, cuando se aplica, siempre carece, o casi siempre, de una valoración axiológica, en mayor o menor medida, por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Es la definición del supuesto de incidencia por parte del legislador la que definirá la apertura más grande o más pequeña del tipo. Sin embargo, el intérprete siempre tendrá un espacio para adaptar la norma a la realidad.

El hecho de que la obligación tributaria se manifieste, sin duda, por la descripción tipológica de una conducta humana que, por naturaleza, está siempre abierta. Como señala Karl Engisch, los tipos se abren a la aplicación teleológica del derecho. No existe una tipicidad cerrada en el derecho tributario, ni en ninguna otra rama del derecho, y es permisible, de acuerdo con la definición de hecho generador adoptado por la Constitución Federal, el uso de conceptos indeterminados.

La duplicidad simultánea de eventos registra que hay un hecho generador en la ley y otro hecho generador en el mundo. A menudo no se distinguen y una sola palabra los nomina generando cierta confusión. Una cosa es la previsión en derecho del hecho jurígeno (*in abstracto*) y otra el hecho real en el mundo de los hombres, del hecho jurígeno previsto por la ley. El jurígeno está en el mundo de los fenómenos jurídicos, porque sucedió el hecho ocurre las consecuencias jurídicas, también previstas

abstractamente por la ley. La predicción, cuando sucede, provoca la incidencia de consecuencias, innovando el mundo jurídico.⁵⁴¹

Así, el hecho generador debe ser descrito en derecho, según la lección del jurista Sacha Calmon Navarro Coelho haciendo un puchero que: “el hecho generador debe ser descrito en derecho debido al principio de legalidad. Debe describirse a fondo para evitar entendimientos al respecto a la policía, generando inseguridad al contribuyente”.⁵⁴² En cuanto a la relación entre el hecho generador y el nacimiento de la obligación tributaria, es también la lección de Paulo de Barros Carvalho: “quando se diz que, ocorrido o fato, nasce a relação jurídica, estamos lidando com o acontecimento de dois fatos: do fato causa (fato jurídico) e do fato efeito (relação jurídica)”.⁵⁴³

Algo diferente, sin embargo, es el hecho de que el sujeto que recibe el deber debe cumplir o no con el servicio estipulado. Este cambio en el mundo social, en principio, es ajeno al hecho de la relación jurídica, aunque califique otro hecho relevante para el derecho, que es la contingencia de la satisfacción del beneficio o la no implementación del debido beneficio. El hecho de la relación jurídica, en su concreción existencial, se agota en la fijación del derecho y el deber conexo, sin ninguna relevancia para los comportamientos futuros de los destinatarios, al momento de la decisión sobre la conducta de cumplimiento del debido proceso, que puede o no estar en línea con las expectativas normativas.⁵⁴⁴

La relación jurídica de obligación tributaria impone al sujeto pasivo el deber de realizar una prestación predeterminada, otorgando al sujeto activo (Estado) el derecho a obtener la prestación. Bajo este marco, entonces, es necesaria la palabra del jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker de que: “el tributo es el objeto de esa actuación que satisface ese deber”.⁵⁴⁵

Como se observa, predomina el estudio del hecho generador. Así, en cuanto a la importancia del hecho generador, Amílcar Falcão enumera⁵⁴⁶, que sus ideas vitales, en la rama tributaria, fijadas concretamente al estudiar el hecho generador: a)

⁵⁴¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 45.

⁵⁴² Ibid, p. 43.

⁵⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 130.

⁵⁴⁴ Ibid, p. 130.

⁵⁴⁵ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 261

⁵⁴⁶ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4.

Identificación del momento en que nace la obligación tributaria principal; b) Determinación del sujeto pasivo principal de la obligación tributaria; c) fijar los conceptos de incidencia, no incidencia y exención; d) Determinación del régimen jurídico de la obligación tributaria: tipo impositivo, base de cálculo, exenciones, etc.; e) Distinción de impuestos “in genere”; f) distinción de impuestos “en especie”; g) Clasificación de los impuestos directos e indirectos; h) Elección del criterio para la interpretación de la ley tributaria; i) la determinación de casos específicos de elusión en sentido estricto; j) Establecimiento de los principios de acción de discriminación constitucional de ingresos en Brasil: definición de la competencia impuesta y determinación de casos de invasión de jurisdicción y bitaxation.

La expresión hecho generador y su fenomenología no son específicos del ámbito tributario, en el dicho de Augusto Becker:

Toda e qualquer regra jurídica (independente de sua natureza tributária, civil, comercial, processual, constitucional etc.) tem a mesma estrutura lógica: a hipótese de incidência (‘fato gerador’, suporte fático etc.) e a regra (norma, preceito, regra de conduta) cuja incidência sobre a hipótese de incidência fica condicionada à realização desta hipótese de incidência.⁵⁴⁷

El fenómeno de la acción dinámica de la norma jurídica, es decir, la incidencia automática de la norma jurídica en su hipótesis de incidencia, sólo se desencadena después de la plena realización de la hipótesis de incidencia por el evento de todos los hechos predichos en ella que forman la composición específica de esa hipótesis de incidencia. Después de la incidencia de la norma jurídica es que se produce la irradiación de efectos jurídicos, que consisten en las consecuencias (por ejemplo, la relación jurídica y su contenido de ley y deber, etc.). Predeterminado por la regla que, junto con la asunción de incidencia, consiste en la estructura lógica de la norma jurídica. La doctrina de Becker al respecto, enfatizando que:

O fato ou conjunto de fatos que permitem aos agentes do fisco exercerem sua competência legal de criar um crédito de tal importância a título de tal imposto contra tal contribuinte. [...] A lei [...] Fixa, de maneira precisa e limitativa, todas as condições e circunstâncias nas quais qualquer pessoa que preencha todas essas condições e se encontre inteiramente naquelas circunstâncias deverá

⁵⁴⁷ BECKER, op. cit., p. 320.

*ser considerada devedora de tal quantia [...]. É isso o fato gerador [...].*⁵⁴⁸

Es un hecho o conjunto de hechos que permiten la creación de una deuda. Sería el pesebre de un evento público obligatorio, transformando las obligaciones contributivas obligatorias en un crédito específico realizable por sí mismo.

Cuando una persona cumple con todas las condiciones legales para ser gravada, aún no es deudor fiscal. Es por ello que, en este caso, se puede criticar la expresión normativa de hecho que genera el impuesto. Sugiere que el individuo se ha convertido *ipso facto*, deudor del impuesto cuando el individuo solo ha cumplido las condiciones requeridas por la ley para que la administración pública lo considere deudor una cantidad en virtud de dicho impuesto, creando para dicha persona la situación jurídica individual del deudor de ese monto. Efectivamente, según Gastón Jezé advierte de que no se creó el impuesto, la deuda individual de tal impuesto, como parece indicarlo el vocablo generador.⁵⁴⁹

Como ya se vio anteriormente, para el adoctrinador brasileño Alfredo Augusto Becker, en su teoría general del derecho tributario, eligiendo la hipótesis de la incidencia, afirma que la expresión adjetivada “hecho generador” no genera nada, sólo una y equivocada confusión intelectual. Para Becker, un hecho generador corresponde a cualquier evento e induce a la conclusión errónea de que un hecho puede dar lugar (de por sí) a una relación jurídico-tributaria sin la incidencia previa de la norma jurídica pertinente, siendo árido concluir que:

*No campo da doutrina do direito tributário, a expressão ‘fato gerador’ é a que mais extensos prejuízos lhe têm causado, a tal ponto que é frequente encontrarem-se autores que, embora dotados de vigorosa inteligência, brilhante erudição, escrevem – imersos numa atitude mental pseudo-jurídica – capítulos e livros destituídos de valor jurídico.*⁵⁵⁰

Geraldo Ataliba⁵⁵¹ también se inclina por aceptar la hipótesis doctrinal de la incidencia tributaria, en correspondencia con la hipotética descripción jurídica de un

⁵⁴⁸ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 320.

⁵⁴⁹ JEZÉ, Gaston. O fato gerador do imposto. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 45, 1945.

⁵⁵⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 319.

⁵⁵¹ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

hecho o estado de hecho y el hecho imposible de que el hecho realmente ocurriera, configurando la hipótesis de incidencia. Para este publicista la ley describe hipotéticamente un estado de hecho, un hecho o un conjunto de circunstancias, y establece que la realización concreta, en el mundo fenoménico de lo que se ha descrito, determina el nacimiento de una obligación de pagar tributo. Por lo tanto, primero (lógica y cronológicamente) tenemos una descripción legislativa hipotética de un hecho; para lograr este hecho concretamente.

Según Paulo de Barros Carvalho, candidato a utilizar las terminologías “hipótesis fiscal” y “hecho jurídico-tributario”, la expresión es engañosa porque alude a dos realidades (jurídica y fáctica). Al evocar la lección de Bobbio, el taxista Barros Carvalho reproduce su doctrina, advirtiendo que “el cuidado estricto en la terminología no es un requisito dictado por la gramática para la belleza del estilo, sino que es un requisito fundamental para construir cualquier ciencia”;⁵⁵² al aceptarlo, de manera positiva y acrítica, los errores que los textos de derecho expresan cursivamente, no servirán para la investigación del sistema positivo, así como el trabajo descriptivo que lo explica. Recordando a Bobbio, el Maestro Barros Carvalho doctrina que siempre permaneceremos en la superficie, inconscientes de la verdadera y sustancial organicidad que acecha en las profundidades de la ley.

Amílcar de Araújo Falcão⁵⁵³ agrega algunas observaciones a la locución concebida hoy, sobre todo mirando al generador calificador entiende que no es el hecho generador el que crea, quien, digamos, genera la obligación tributaria. La fuente de tal obligación, la energía o fuerza que la crea o genera es la ley misma. El hecho generador es sólo el presuposición material que el legislador establece para que se establezca la vinculación. También afirma Amílcar de Araújo Falcão, viendo en el obvio término adjetivante cierta impropiedad, la expresión no puede ser despreciada. La deficiencia de la expresión para él no es suficiente para excluir la virtud de dejar señalado que el momento del hecho generador es el mismo en el que se establece la obligación tributaria. Además, expone su mente al afirmar que también existe la ventaja de utilizar la palabra “hecho” para aclarar y evidenciar bien léxicamente que el hecho generador es un hecho jurídico que puede llevarse a cabo por sí mismo y no, propiamente, un acto jurídico.

⁵⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 158.

⁵⁵³ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4

Aliomar Baleeiro, a su vez, observó que la crítica derivada de la ambigüedad de la expresión hecho generador es razonable, sin embargo, es innegable que los términos hecho imponible y hecho jurídico tienen una inexactitud similar a esa expresión. Entiende que: “estrictamente hablando, la connotación completa de cada expresión sólo puede ser aprehendida en el texto y en el contexto o en la codificación adoptada por cada autor en particular. De hecho, tal fenómeno ocurriría con cualquier nominación, porque el nombre no es una definición”.⁵⁵⁴ Aliomar Baleeiro sugiere, entonces, que la expresión hecho generador se configura para ser de polisemia inferior, su adactivación. Para la realidad abstracta jurídica, se utilizaría el término hecho generador hipotético o abstracto y la designación del plano fáctico, fenoménico, el uso de la voz en off concreto generador de hecho, ocurrido o sucedido.

El respetado contribuyente brasileño Baleeiro es categórico al concluir que “la ley es la causa y la razón de ser la obligación tributaria, pero hace que esto resulte de la ocurrencia del hecho generador”.⁵⁵⁵ Este hecho, para ser considerado y ser generador de una obligación tributaria, necesariamente debe ser definido por la ley. Basta con que ocurra en el mundo fenoménico, el hecho de que no sea un mero hecho, sino un hecho capaz de hacer surgir en su ocurrencia una relación, una obligación, un deber para con uno y un derecho para con otro. Así, para que surja la obligación tributaria, es indispensable generar realmente la ocurrencia de un hecho. Esto debe ser definido por la ley, y esta definición es suficiente para su ocurrencia.

Por entenderse como un hecho jurídico de marcada y prioritaria consistencia económica o un hecho económico de relevancia jurídica, Amílcar Falcão señala, que no aplica el concepto de hecho generador al campo de las sanciones tributarias, en vista del marcado aspecto económico del hecho generador, en cuanto a su contenido o su consistencia material, circunstancias que no se dan con la asunción de sanciones fiscales. También advierte que el supuesto de penas pecuniarias difiere del hecho generador, pues en esos es un elemento esencial la voluntad de la falta, por el contrario, en el hecho generador, siempre tenemos un hecho jurídico, por lo que en él se toma la voluntad humana como elemento descriptivo del hecho.

La posición de Paulo de Barros Carvalho⁵⁵⁶ es que: Las normas legales que ponen en orden las sanciones fiscales forman parte de la subclase de las normas de

⁵⁵⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 705.

⁵⁵⁵ Ibid, p. 707.

⁵⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 342.

conducta y llevan la misma estructura lógica de la regla matriz de incidencia. Tienen una hipótesis descriptiva de un hecho del mundo real y una consecuencia prescriptiva de un vínculo jurídico que se forma entre dos sujetos vinculados al antecedente o supuesta es la relación jurídica, vinculando al autor con la conducta ilícita con el titular del derecho infringido. En el caso de sanciones o multas fiscales, el liame también es de carácter obligacional, ya que tiene un sustrato económico. Se denomina relación jurídica y se promueve el pago de la cantidad establecida como sanción.

Este vínculo de la obligación tributaria fue enseñado por Aliomar Baleeiro como el vínculo de la obligación tributaria que la sujeta a uno o más hechos jurídicos, como manifestación de la capacidad económica de los contribuyentes, no era producto de la inventiva de ningún jurista u hombre de Estado. Surgió de la práctica antigua, como consecuencia natural del propósito del contribuyente de atender al canon de certeza fiscal y acomodación de los súbditos del príncipe.

El término causalidad jurídica, atribuido al hecho generador, concebido implícitamente por gran parte de la doctrina brasileña, se debe al genio de Amílcar Falcão, quien, en su obra titulada hecho que genera la obligación tributaria, dedicó todo el capítulo al nacimiento de la obligación tributaria, utiliza este término.

El significado de la expresión causalidad jurídica nos parece claro. El hecho generador es, realmente, motivo de la aparición de la obligación tributaria. Es por eso que la relación de vínculo sucede. Es el origen, el momento del nacimiento de la obligación tributaria, que es la causa y la obligación, la consecuencia jurídica. Intrínseco al nacimiento de la obligación tributaria, el hecho generador causa el derecho, deberes, pretensiones y acciones, conferidos a las partes que legitimaron polos activos y pasivos de la relación jurídico-tributaria.

El hecho generador concreto, en el tiempo y en el espacio, marca el nacimiento de la obligación de pagar el tributo. Esta obligación debe ser individualizada y declarada por la declaración de impuestos. Es demasiado conocido que una relación jurídica privada y acordada entre particulares se establece, en general, a través de un contrato. Los acuarios civiles son, por lo tanto, el entorno formal y la posibilidad legal, donde nacen los derechos y deberes. Sin embargo, en el mundo fiscal, la relación de vínculo tiene lugar entre personas entre las cuales uno es necesariamente legal bajo el derecho público. Así, la ley es el medio en el que se proporcionan los derechos y deberes de los sujetos y en su protuberancia, traen, la situación nombrada como un hecho generador que desencadenará derechos para uno y deberes para otro. Se trata, por tanto,

de un instrumento imperativo, a través del cual se concibe expresamente la relación de vinculación fiscal.

Si bien las imposiciones contractuales surgen de la voluntad subjetiva de las partes, los deberes impuestos al sujeto pasivo de la relación tributaria les son ajenos, y la ley debe cumplirse, como afirma Sacha Calmon, evocando el magisterio doctrinal positivista de Kelsen:

Podemos afirmar hoje, como Kelsen, que toda obrigação projeta-se da lei e que a lei permite a formação das obrigações por dois modos: o autônômico (encontro de vontades) e o heterônômico (prevalência de uma vontade sobre a outra). As obrigações autônômicas são aquelas em que a vontade dos obrigados participa da própria formação da obrigação. Tal é o caso dos contratos. As obrigações heterônomas são as que obrigam independentemente da vontade dos obrigados. Tais as hipóteses das obrigações por atos ilícitos e das obrigações por fatos lícitos unilaterais (obrigações legais), previstas em lei, porquanto nestas hipóteses, o dever das obrigações decorre exclusivamente da vontade do legislador.⁵⁵⁷

Sacha Calmon también aclara que el legislador, mediante el instrumento jurídico, elige un hecho que, cuando se produce, propaga los efectos de carácter obligatorio con el establecimiento de los beneficios estipulados unilateralmente, no siendo demasiado recordar que el estallido de la obligación tributaria, *ex lege*, heteronómica, depende del evento (hecho generador concreto) y del hecho (generador abstracto) previsto por la ley por la voluntad electoral del legislador.

Y, sobre la relación jurídico-fiscal, porque si hay una obligación hay una relación consecuente, se aplican las observaciones de Francesco Carnelutti, aclarando la noción de relación:

Aparentemente, à primeira vista, entre o “eu” e o “tu”, nada existe, ou melhor, existe uma separação. Porém, essa distância poderá também ser pensada sob o ângulo da união (vinculação). E a separação ou intervalo entre, de um lado o “tu” e, de outro lado, o “eu” (quando examinada sob o ângulo da união), é a relação. Pela palavra relação se expressa a ideia de um ir e de um vir do “eu” ao “tu”. Esse ir e vir percorre o intervalo ou a separação entre duas pessoas, com a finalidade de união (vinculação) entre essas pessoas.

⁵⁵⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 41.

*Portanto, a relação é um ir e um vir entre duas pessoas, vinculando uma à outra.*⁵⁵⁸

Ahora bien, a través de la racionalidad doctrinal de Becker, se puede vivir legalmente con las sabias enseñanzas de Francesco Carnelutti, expresando que la relación de vínculo fiscal debe ser siempre entre personas y que estas personas siempre estarán enmarcadas en la situación descrita en la ley, siendo una la que realiza el hecho que genera la obligación y la otra, necesariamente, directa o indirectamente, el Estado, portador del derecho, que impone, por ley, el deber. Es importante tener en cuenta que la relación jurídico-fiscal, así como cualquier otra relación jurídica, es siempre un efecto, una consecuencia de una norma jurídica o de hecho que se describe en ella.

4.1.3. Necesidades de la existencia de la limitación al Poder de Tributar frente a los Límites Éticos

Las necesidades de la existencia de la delimitación del poder ilimitado atribuido al soberano y la predicción de garantías fundamentales fueron, sin duda, los logros positivos más importantes logrados a través del constitucionalismo.

En resumen, como lo destacan las doctrinas de los profesores Cunha y Carraza, el constitucionalismo moderno fue de gran importancia para garantizar que el poder estatal ya no se centrara en las manos de un solo gobernante u organismo.

De la lección del profesor constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho se recuerda que:

*[...] a separação dos Poderes consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade ou, ao menos, preponderantemente.*⁵⁵⁹

La división funcional del poder del Estado debe estar expresamente prevista en el texto constitucional, de modo que la jurisdicción se distribuya en sus

⁵⁵⁸ CARNELUTTI *apud* BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 337.

⁵⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 116.

respectivos planes: ejecutivo, legislativo y judicial representado en diferentes órganos con el propósito de no concentrar el poder del Estado en manos de una sola persona.

Guiada por la premisa de que el estado democrático moderno de derecho se basa en una constitución, que establece la división funcional del poder, la doctrina distingue las tres funciones típicas y atípicas de cada poder.

Las funciones triples y autónomas típicas son las ejercidas con preponderancia por cada una de las determinadas facultades y las funciones atípicas son las realizadas por ellas de forma secundaria o excepcional. Dado que la ley es la máxima expresión de la voluntad colectiva, la imposición de impuestos por parte del poder legislativo materializa el consentimiento popular.

En este sentido es la lección del profesor Hugo de Brito Machado:

Sendo a lei a manifestação legítima da vontade do povo, por seus representantes nos parlamentos, entende-se que o instituído em lei significa ser o tributo consentido. O povo consente que o Estado invada seu patrimônio para dele retirar os meios indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas. Mas não é só isto. Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão desse consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas, em lei, que obriga tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária.⁵⁶⁰

La limitación constitucional a la potestad tributaria es garantía de que el Estado, en el ejercicio de su jurisdicción tributaria exclusiva, observará las normas inherentes a la relación creada entre el Estado Tributario y el Ciudadano-Contribuyente.

La legalidad tributaria es la principal limitación constitucional al poder del Estado para instituir, aumentar y recaudar impuestos, porque no se pueden crear ingresos públicos solo a través de la ley.

El formalismo de los conceptos, en línea con el desarrollo de las ideas socialistas inspiradoras del Estado Social, llevó a la jurisprudencia de intereses a adherirse al método teleológico, que en el derecho tributario terminó descifrando en la teoría de la interpretación económica del hecho generador y en todos los excesos; que su apropiación por el nacionalsocialismo reveló al mundo legal.

⁵⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

El colapso del Estado de Bienestar (Welfare State), con el surgimiento del Estado de Riesgo, marcó históricamente el auge de la jurisprudencia de valores, alimentada poco después por el giro kantiano, con el rescate del valor de la justicia que había sido olvidado en las discusiones jurídicas desde la Ilustración.

A partir de la fuerza del pensamiento neokantiano alemán de principios del siglo 20, filósofos como Rudolf Stammler, Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert y Gustav Radbruch crearon la jurisprudencia de valores que, en la segunda mitad del siglo pasado, fue desarrollada por Karl Larenz.

La llamada jurisprudencia de valores rompió con el positivismo -tanto el de origen normativo de la jurisprudencia de conceptos, como el de carácter sociológico de la jurisprudencia de intereses- acercando la idea de derecho y moral a la idea de derecho y moral, desde el rescate de la idea de justicia, tendencia que en la década de 1970 se intensificó por un sesgo neokantiano en la obra de John Rawls.

Siguiendo la visión contractualista, a raíz de Hobbes y Rousseau, el estadounidense John Rawls comenzó a desarrollar una teoría particular de la justicia, basada en un acuerdo entre todos los miembros de la sociedad que abogaba por la igualdad de condiciones. Tal acuerdo se obtendría a partir de una posición inicial, hipotética, abstraída de cualquier contexto histórico, en la que las personas racionales interesadas en promover sus intereses, sin conocer su posición en la sociedad, optarían por la adopción de la justicia como equidad.

Sería el velo de la ignorancia sobre las características individuales de cada uno, la garantía de que todos los ciudadanos, en su posición inicial, optarían racionalmente por los principios de justicia. Sin que cada uno conozca su posición social, nivel cultural, edad, sexo, profesión y todos los demás datos personales, habría unanimidad en la elección de los principios de justicia a aplicar en situaciones concretas.

El escenario histórico para el desarrollo de ideas concebidas por la jurisprudencia de valores fue que el mundo salió del presagio de los regímenes socialistas y la quiebra del Estado de Bienestar, en una era globalizada caracterizada por un Estado de Riesgo, incapaz de garantizar beneficios sociales intrínsecos al Estado Social, constituye un campo para el florecimiento del principio de subsidiariedad, donde la acción estatal se justifica sólo en actividades que no pueden ser realizadas por la sociedad, y en la que la acción de esta acción sólo se justifica cuando el individuo mismo no puede actuar.

Influenciada por esta evolución, la cuestión de la autonomía de los conceptos de Derecho Tributario en relación con los institutos de Derecho Civil, es entonces superada por la Teoría de la Unidad del Ordenamiento Jurídico. Según Klaus Tipke, la unidad del orden jurídico significa la existencia de un orden racional basado en criterios de justicia.

En esta perspectiva, la doctrina más moderna, a raíz de Dworkin y Alexy, entiende que el género de las normas legales se divide en principios y reglas. Los principios son altos estándares de abstracción que, según Larenz, se traducen en pensamientos rectores de la regulación legal existente y posible. Son, en sí mismos, incapaces de aplicarse, porque carecen de las normas que deben aplicarse. Sin embargo, pueden convertirse en reglas.

Los principios son comandos de optimización, que se traducen en expresiones genéricas, posicionadas en el rango intermedio, con respecto a la abstracción entre valores y reglas. Las primeras, ideas abstractas, avaladas con gran placidez y amplitud, pero que sostienen, sin embargo, un bajo grado de concreción. Aunque no están necesariamente contenidos en los textos jurídicos, los valores informan a todo el sistema jurídico, como la justicia, la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad. Las normas, por el contrario, revelan un alto grado de concreto, atribuyendo derechos y deberes, subordinados a valores y principios. Según Canotilho, estos últimos contienen fijaciones normativas definitivas, y la validez simultánea de reglas contradictorias es insostenible.

Dado que la seguridad jurídica y la justicia son los valores supremos del sistema jurídico tributario, el impuesto justo se convierte en uno que cumple con los principios de capacidad contributiva y legalidad. Si no hay jerarquía entre los dos principios, cualquier tensión entre ellos se resuelve mediante ponderación. La ponderación de los principios, según Daniel Sarmiento, se da en dos etapas: en la primera el intérprete, que se encuentra en una posible colisión de principios, verifica desde los límites inmanentes la existencia de la contradicción real entre ellos. Si esto se ha encontrado es la segunda fase, donde el intérprete comprobará el principio de mayor peso, que prevalecerá sobre el otro. En el caso de principios que en la escala de valores que presenta la Constitución tengan el mismo peso genérico, se dejará al intérprete verificar el peso específico que la legalidad y la capacidad de aportar en el caso concreto.

Según Pérez Luño:

La aproximación entre seguridad y justicia se produce ahora a partir de una concreción de ambos valores. El primero deja de identificarse con la mera noción de legalidad o de positividad del Derecho, para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo “aseguramiento” se estima social y políticamente necesario. La justicia pierde su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias y democratizadoras que informan su contenido en el Estado social de Derecho.⁵⁶¹

En la transición del Estado Liberal al Estado Democrático y Social de Derecho, el valor de la seguridad jurídica comenzó a verse afectado no sólo por la legalidad en un sentido individualista, sino que, desde su acercamiento al valor de la justicia, se vinculó a los intereses de la sociedad.

En esta nueva concepción del Estado democrático de Derecho, vemos que los Derechos Fundamentales ejercen fuerza normativa en todos los ordenamientos jurídicos y tienen una posición destacada. A partir de ellos, la visión del derecho frente al Estado cambia por completo, y luego se ve por el sesgo del ciudadano y del ciudadano-contribuyente. Esta transformación discursiva cambia decisivamente toda la interpretación del ordenamiento jurídico y dicho cambio no podía dejar de aplicarse en el derecho tributario.

Renato Lopes Becho cree que hay partes del derecho tributario que son más fácilmente susceptibles a la interferencia moral, y el caso de este cambio de paradigma presentado por el Estado Democrático de Derecho. El adoctrinador argumenta que:

[...] colocando o homem (sujeito passivo) no centro do direito tributário, retirando o tributo (objeto) do núcleo de importância. [...] desloca o centro da disciplina do tributo para o homem que recolhe o tributo. Um exemplo evidente dessa nova visão é o Estatuto do Contribuinte, Projetos de Lei Complementar n. 646/99 e 38/2007.⁵⁶²

Agrega que el propósito social por el cual el hombre se convierte en el centro del derecho tributario sería la ética que llega al altiplano del ordenamiento jurídico y también hace la siguiente salvedad: “como es notorio, la justicia no es una palabra mágica, que abre puertas o define valores solo por su uso. Es fundamental verificar el

⁵⁶¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 72.

⁵⁶² BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312-314.

derecho por los métodos de medición de los justos en el caso concreto, para tratar de verificar quién está verdaderamente protegido por la justicia”.⁵⁶³

La evolución histórica del principio de legalidad fiscal sigue la historia misma de la tributación moderna. En la antigüedad, la principal fuente de ingresos públicos era el saqueo y saqueo de los pueblos vencidos, caracterizando la fase clásica llamada Aliomar Baleeiro, parásito. A pesar de su importancia secundaria dentro de este contexto histórico, los tributos ya eran conocidos por algunos pueblos antiguos de Oriente, Egipto, Grecia y Roma, a menudo pagados *in natura*, a través de un porcentaje de la producción agrícola, mineral o animal. Cabe destacar que las referencias sobre los impuestos se encontraron en tablillas de arcilla, fechadas en el año 4000 a.C. en Mesopotamia. Hay registros históricos de impuestos en el período clásico sobre la imposición, sobre el consumo, sobre la tierra, las herencias, las ventas y las ventas de personas, incluido el germen del impuesto sobre la renta, experimentado en Grecia: el *eisfora*.

A principios de la Edad Media, los ingresos públicos eran predominantemente dominantes, con la recepción de ingresos por la explotación de los bienes del príncipe, que se confundía con los del Estado. Con el desarrollo del feudalismo, el tributo tuvo su importancia mucho mayor, en la característica de los derechos requeridos por el señor feudal de sus vasallos, cobrados a través de la captura, es decir, la división de una cierta cantidad por los habitantes del feudo.

A su vez, la nobleza feudal también pagaba tributo al rey por la defensa territorial del reino y el mantenimiento de los gastos reales. En esta etapa histórica, como en la antigüedad, no hace falta hablar de principios que limitan el poder de gravar, dado su carácter eventual y secundario. La tributación, hasta la crisis del feudalismo, se tradujo en un acto voluntario del señor feudal, de subvención a los gastos del reino, inherente al pacto feudal.

Es importante registrar, por lo tanto, que la preocupación por la limitación del poder del rey para imponer impuestos surge solo en Inglaterra, a partir del siglo XI, frente al fortalecimiento absoluto del monarca y el requisito cada vez más rutinario de impuestos para el mantenimiento de los gastos permanentes del Estado. En vista de esta situación, los señores feudales ingleses se levantaron contra la imposición de impuestos

⁵⁶³ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312-314.

más pesados, exigiendo en ciertos casos, autorización para recaudar por parte de sus representantes.

El hito histórico que registra la primera declaración de derechos contra los impuestos arbitrarios exigidos por el monarca fue la Carta Magna en 1215, cuando los barones feudales ingleses impusieron (el Rey John Landless) el requisito de aprobación por parte de la Comuna Consilium Regis para recaudar impuestos, excepto para pagar el rescate real si caía cautivo; armar a su hijo primogénito como caballero y pagar el regalo de matrimonio de su hija mayor, siempre que cobraron razonablemente.

Estas tres excepciones estaban justificadas por la costumbre en tales casos. La Carta Magna, a pesar de ser un hito en la evolución del constitucionalismo moderno, representa una manifestación corporativa medieval inserta en un entorno histórico de reacción al fortalecimiento de la es cólica monárquica, debido a la decadencia del feudalismo.

La temporalidad se notó por el aspecto limitado en el tiempo de esta autorización, que debía renovarse regularmente y que estaba perfectamente en línea con la naturaleza temporal de los impuestos. El artículo XIV de la Carta Magna recomendaba que la fijación del tributo, aparte de los casos previstos en el art. XII sin autorización, fuera convocada por la Comuna por el rey, con 40 días de antelación.

Hasta el final del Estado de Equidad, los impuestos no eran responsables del costo de los gastos estatales ordinarios. Es por eso que se requiere autorización para su recolección en un cierto período de tiempo. Al ser los impuestos temporales, la idea de autorización previa por parte del Parlamento (legalidad) se confundió con la aprobación temporal (anualidad), porque en su momento no hubo una dicotomía posterior verificada entre la ley institutiva del impuesto y la ley de presupuestos, que no existió como hoy conocemos, hasta las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII.

Sólo en la Edad Moderna, cuando los impuestos ya no son responsables solo de los gastos extraordinarios, y son la principal fuente de ingresos para el Estado, que podemos concebir la tributación tal como la conocemos hoy, es decir, destinada a financiar generalmente los gastos públicos.

Modernamente, en el Estado Democrático y Social de Derecho, los gobiernos han sido ejercidos por representantes directos del pueblo, como es el caso del Parlamento. Sin embargo, fue en el contexto histórico en el que se produjeron las aspiraciones de la Ilustración que la idea de que sólo los representantes del pueblo

reunidos en el Parlamento podían crear obligaciones, y que el Poder Ejecutivo sería el instrumento ejecutor de las políticas definidas por ellos.

La seguridad jurídica ya no encaja con un régimen que le dará la máxima protección para que un individuo (contribuyente) deje de cumplir una norma, en perjuicio de otros particulares, de su menor o mayor astucia en la manipulación de las formas jurídicas, porque la legalidad tributaria traduce la seguridad frente a la arbitrariedad de la falta de normas, la seguridad jurídica constituye la seguridad misma de la norma. La certeza en la aplicación de la regla tributaria para todos es que garantiza la aplicabilidad y el imperio de la ley.

Como señaló Misabel de Abreu Machado Derzi, Karl Larenz abandonó la tesis de la posibilidad del tipo cerrado de la tercera edición de su obra, fechada en 1975.

Para Betina Grupenmacher, citada específicamente por Octavio Campos Fischer en la organización de estudios sobre impuestos y derechos fundamentales, afirma con precisión que “los principios constitucionales de tributación e inmunidades son formas de limitaciones impuestas por el Estado en el ejercicio de la potestad tributaria, por lo que se reconocen como derechos individuales de la persona humana frente a la actividad arbitraria del Poder Público”.⁵⁶⁴

Estos principios también se refieren a la aplicación de las normas fiscales. En derecho español, Acosta, Villanueva y Yarza enseñan que:

*Para referirnos al poder administrativo de aplicar las normas tributarias utilizamos habitualmente la expresión potestad tributaria. Las potestades o facultades administrativas de aplicación de los tributos se suelen clasificar en potestades de gestión, de inspección y de recaudación. La Administración tributaria también ejerce potestades sancionatorias e incluso tiene la potestad de revisar sus propios actos en los términos establecidos por la ley.*⁵⁶⁵

También aclaran a estos juristas fiscales españoles que “*todos los poderes son limitados y también lo es, por tanto, el poder de establecer y regular los tributos*”. Y, refiriéndose a esta limitación, explican que existen tres clasificaciones para los límites

⁵⁶⁴ FISCHER, Octavio Campos (org.). **Tributos e Direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 13.

⁵⁶⁵ ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54.

de la potestad tributaria, siendo ellas: “límites lógico-legales”, “límites constitucionales” y “límites internacionales”.⁵⁶⁶

Sobre esta limitación en el derecho español todavía, Queralt, Carmelo, López y Ollero añaden:

*No hay lugar, en el Estado de Derecho, para un poder soberano, es decir, para un poder sustraído a toda regla; de forma que en un Estado de Derecho el poder financiero, al igual que cualquier otra manifestación del poder político, debe ejercitarse en el marco del Derecho, esto es, del Ordenamiento jurídico en su conjunto (y no sólo en el de las concretas normas jurídicas, conforme a los postulados del hoy definitivamente superado positivismo legalista). Es, pues, el Ordenamiento jurídico en su totalidad el que, al tiempo que legitima, delimita el ejercicio del poder financiero en sus diferentes manifestaciones.*⁵⁶⁷

Concluimos, pues, que la potestad tributaria es una característica de los órganos representativos, en sus dos vertientes presentadas hasta ahora, la de dictar las normas y la de hacerlas cumplir. En la definición de Prieto:

*El poder tributario es la facultad propia de determinados órganos representativos de los entes públicos en virtud de la cual pueden, a través de los cauces normativos oportunos, establecer o aprobar tributos como medio de nutrir el gasto preciso para financiar sus actividades.*⁵⁶⁸

La legitimación de la competencia para ejercer la potestad tributaria se divide en órganos específicos dentro de la estructura estatal, autonómica y local, e impuestos, y en consecuencia su legislación y recaudación, divididos en los ámbitos administrativos:

La titularidad específica se refiere a aquel órgano concreto dentro de la estructura estatal, autonómica o local al que en particular se confiere la facultad aludida. Por la importancia de la materia y las exigencias de la democracia representativa, la titularidad específica

⁵⁶⁶ ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 2. ed. España: Thomson Reuters Limited, 2018. p. 51-54.

⁵⁶⁷ QUERALT, Juan Martín; CARMELO, Lozano Serrano; LÓPEZ, José M. Tejerizo; OLLERO, Gabriel Casado. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 28. ed. Madrid: Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA), 2017. p. 198-201.

⁵⁶⁸ PRIETO, Luis María Cazorla. **Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 17. ed. España: Thomson Reuters Limited, 2017. p. 76-77.

*se atribuye a los órganos representativos por excelencia de cada uno de los entes públicos titulares genéricos a su vez.*⁵⁶⁹

Los criterios que confieren esta división son históricos y contribuyen a una visión igualitaria. En el derecho español, la división también se hace entre las oficinas de la administración pública, como se observa:

*Criterios político-sociales hoy vigentes, junto a razones históricas, confieren, como hemos apuntado ya, la titularidad específica del poder tributario en el seno del Estado entendido en sentido estricto a la institución parlamentaria estatal, cuya voluntad en el campo normativo se manifiesta por medio de la ley. En consecuencia, el poder tributario del Estado se encuadra, desde un punto de vista jurídico-formal, dentro de la categoría genérica del poder legislativo, ya que su titular son las Cortes Generales y su manifestación se produce a través de la ley. En otras palabras, y como señala el profesor Rodríguez Bereijo: “El llamado poder tributario se confunde con la potestad legislativa normal”.*⁵⁷⁰

La competencia para establecer impuestos, desde la perspectiva de la soberanía política, con esta retrospectiva histórica de las asambleas medievales para la contención de los poderes de los monarcas, se presenta en el derecho español, como explica Prieto:

*La competencia para establecer tributos ha sido uno de los distintivos tradicionales de la soberanía política. Cuando las primeras instituciones parlamentarias – las Asambleas medievales – se reúnen para discutir asuntos públicos, lo hacen con una finalidad muy concreta: estudiar y, en su caso, aprobar las peticiones de subsidio hechas por los Monarcas, condicionando su concesión al hecho de que diera explicación sobre las actividades que iban a financiarse con los medios solicitados.*⁵⁷¹

Es, una vez más, que la potestad tributaria no es una categoría unitaria derivada de la soberanía sino un conjunto de facultades constitucionales y administrativas a disposición de los organismos públicos para representar los intereses sociales:

⁵⁶⁹ PRIETO, Luis María Cazorla. **Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 17. ed. España: Thomson Reuters Limited, 2017. p. 76-77.

⁵⁷⁰ Ibid, p. 76-77.

⁵⁷¹ ROYO, Fernando Pérez; BERRO, Florián García; ROYO, Ignacio Pérez; ESCRIBANO, Francisco; GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco. **Curso de Derecho Tributario**: parte especial. 11. ed. Madrid: Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA), 2017. p. 37-38.

*El poder financiero no puede concebirse en la actualidad como una categoría unitaria derivada de la soberanía, sino como una fórmula abreviada para designar las competencias en materia hacendística; esto es, como el haz de competencias constitucionales y de potestades administrativas de que gozan los entes públicos territoriales, representativos de intereses primarios, para establecer un sistema de ingresos y gastos.*⁵⁷²

De esta manera, no se puede dejar de reflejar más profundamente cada una de estas facultades desde la perspectiva del derecho tributario y su relación con la potestad tributaria.

Los principales motivadores de la incisiva demostración de la necesidad de limitar el poder de los impuestos fueron las ideas liberales que tomaron fuerza en las principales potencias económicas mundiales. Innegable que uno de sus grandes propósitos de innovación sistemática fue la muy baja, casi inexistente, acción estatal, especialmente en la economía.

En su diseño político busca la libertad para que las empresas crezcan, a cualquier costo, y el desarrollo, ante todo. Y así, el poder de gravar ahora es visto como un enemigo del propio sistema. El lugar de gravar cada vez más hace que el poder de gravar se convierta, en realidad, en el poder de destruir la economía, surgiendo la necesidad psicológica de limitación.

El doctrinador Ricardo Lobo Torres, relata en sus lecciones que esta definición de poder destruir surgió en los Estados Unidos, en un juicio de 1919, teniendo como relator al Chief Marshall:

*No início do liberalismo prosperou a ideia de que o poder de tributar era o poder de destruir, que, por isso mesmo, tinha que ser contido e limitado. No famoso caso *Mc Culloch v. Maryland*, julgado em 1919, sendo relator o Chief Justice Marshall, discutia-se a possibilidade de o Estado-membro cobrar impostos de banco nacional. Marshall, apoiado no princípio da supremacia da União e na observação de que o poder de tributar envolve o poder de destruir (*the power to tax involves the power to destroy*), disse que se o Estado-membro pudesse fazer incidir impostos sobre instrumentos do Governo Federal estaria destruindo o que a este cabia criar e presenvar (*that the power to destroy may defeat and render useless the power create*). O povo de um Estado – acrescentava o grande Magistrado- não pode modificar a resolução do povo dos Estados Unidos, eis que não pode ferir a soberania que se estende sobre ele (*the people of a single State cannot**

⁵⁷² ROYO, Fernando Pérez; BERRO, Florián García; ROYO, Ignacio Pérez; ESCRIBANO, Francisco; GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco. **Curso de Derecho Tributario**: parte especial. 11. ed. Madrid: Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA), 2017. p. 37-38.

confer a sovereignty which will extend over them). Se o Estado-membro pudesse tributar bancos nacionais, poderia também criar impostos sobre os Correios, a Casa da Moeda, a alfândega e o processo judicial. Advertia Marshall, entretanto, que a recíproca não era verdadeira e os Estados não gozavam de imunidade diante do poder fiscal da União, tendo em vista que se faziam representar no Congresso e participavam do exercício do poder federal de tributar.⁵⁷³

Ya en el siglo XX surgió el Estado Social de Derecho, que sería otra perspectiva incorporada al liberalismo. Esta concepción social del Estado comienza a intervenir más en la economía, como una forma de afirmar el interés colectivo en el interés privado, lo que en consecuencia lo convierte en un sistema público con una mayor tasa de gasto.

El Estado Social de Derecho cobró fuerza principalmente en los momentos de posguerra, incorporándose a varios países con el inicio de la era globalizada, ampliando entonces el ejercicio del poder tributario.

Torres enseña sobre el tema demostrando esta amplitud global del poder de gravar en varios países en el siglo XX:

No início do século XX, com o desenvolvimento do Estado Social de Direito, intervencionista e gastador, firmou-se a tendência de ampliar os limites para o exercício do Poder de tributar. No caso Panhandle Oil Co. v. Mississippi (1928) invalidou-se o imposto sobre a gasolina vendida ao Governo Federal; esse julgamento foi importante pelo voto vencido do juiz Holmes, que lançou a afirmativa, contrária à Marshall, de que o poder de tributar não seria o poder de destruir enquanto a Suprema Corte existisse (the power to tax is not the power to destroy while this courts sits...), aduzindo que a imunidade não poderia prevalecer quando fosse remota a interferência sobre o Governo (...it seems to me that the interference in this case is too remote); relevante igualmente o voto do juiz MacReynolds, que chamou a atenção para o risco de se considerar qualquer pessoa que venda gasolina para ser utilizada pelos Estados Unidos como instrumentalidade federal. Na Alemanha os positivistas afirmaram a tese da reserva ilimitada e incondicionada de poder tributário (Steuervorbehalt), tendo O. Mayer declarado que o poder tributário “não tem fundamento no direito natural, pois o dever geral de o sujeito pagar impostos é uma fórmula destituída de sentido e de valor jurídico”. F. Fleiner dizia que os Estados “tiram o seu poder de imposição do poder que eles exercem sobre as pessoas e os bens no seu território”.⁵⁷⁴

⁵⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 377. v. 1.

⁵⁷⁴ Ibid, p. 377-378.

La idea de destruir el poder de los impuestos sufre una caída de consideración en el mundo legal, siendo un poder controlado, pero de manera más integral. La explicación de esto, en el Estado Social de Derecho, es el fuerte sesgo financiero que tiene el impuesto, principalmente empezando a considerar el derecho desde la perspectiva del análisis económico, como veremos.

Partiendo de esta concepción de la perspectiva analítica del derecho a través del análisis económico, tanto del liberalismo como del Estado Social de Derecho, el poder tributario tiene un sesgo financiero muy fuerte, ya que se convierte en la principal fuente estatal de autoconsogo. Es una lógica simple, cuanto más recauda impuestos el estado, más recursos tiene para administrar su gasto. Para Torres, esta gestión financiera del impuesto, en su ratio impuesto/gasto, es responsable de una buena parte de los problemas actuales de las finanzas públicas en Brasil y en el mundo, porque conduce a la irresponsabilidad fiscal, dando lugar al abuso de poder, en impuestos excesivos que deslegitiman el Estado de Bienestar:

O poder de tributar é também uma parcela do poder de financeiro, que abrange simultaneamente o poder de instituir e cobrar tributos e o poder de gastar. Boa parte dos problemas das finanças públicas atuais, no Brasil e no estrangeiro, veio do corte observado entre poder de tributar e poder de gastar ou entre direito tributário e direito financeiro, que conduziu à irresponsabilidade fiscal e à própria crise fiscal que desestruturou o Estado de Bem-estar Social.⁵⁷⁵

Para visualizar la relación entre el Derecho Tributario y el Derecho Financiero, que para muchos son más o menos lo mismo, pero no se pueden ignorar las peculiaridades de cada uno, es importante entender que el derecho tributario puede considerarse como resultado de las presiones que el pueblo inglés, especialmente la burguesía, impuso al rey para limitar las riquezas individuales cobradas por él, con el fin de salvaguardar su sustento y también su crecimiento personal como ciudadano.

Haciendo un breve recorte sobre el reconocimiento de las definiciones de derecho tributario en varios países, en Italia, Ezio Vanoni entiende el derecho tributario como “[...] la rama de las ciencias jurídicas que estudia la emergencia, modificaciones y extinción de la relación jurídica del impuesto”.⁵⁷⁶ Este concepto fue duramente criticado por no aclarar la relación jurídica del impuesto, considerando la definición de Alessi y

⁵⁷⁵Ibid, p. 385.

⁵⁷⁶ VANONI, Ezio. *Opere Giuridiche*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. p. 5. v. 2.

Stammati mucho más completa cuando afirmaron que: “[...] el derecho tributario consiste en el complejo de normas legales que regulan la función tributaria de las entidades públicas”.⁵⁷⁷

Esta descripción fue mejor aceptada por el positivismo jurídico al retratar el derecho tributario como un complejo de normas jurídicas, pero surge entonces otro punto: ¿cuál es la función tributaria de las entidades públicas?

Tratando de vincular mejor una definición más completa, Antonio Berliini la conceptualiza como “[...] la rama del derecho que establece los principios y normas relativos a la institución, la aplicación y recaudación de impuestos y tasas, así como el cumplimiento del monopolio fiscal”⁵⁷⁸.

Berlini, además, es más específico y claro a la hora de ser una rama del derecho que disciplina la creación, recaudación, uso de impuestos y la capacidad exclusiva del Poder Público para instituirlos.

Todavía en la ley italiana, para Giannini:

*O Direito Tributário, [...], é aquele ramo do direito administrativo que expõe os princípios e as normas relativas à imposição e à cobrança dos tributos e analisa as consequentes relações jurídicas entre os entes públicos e os cidadãos.*⁵⁷⁹

El enfoque principal dirigido por el autor italiano, parte de la premisa de que el Derecho Tributario nació del derecho administrativo. Sin embargo, tal complejidad es que ya no se considera sólo una rama del Derecho Administrativo, sino una rama científica dotada de plena autonomía, y dedicación exclusiva al estudio.

En Francia, Louis Trotabas añade, en su *Droit Fiscal*, que la ley fiscal: “[...] es la rama del derecho público que regula los derechos de las Autoridades Tributarias y las prerrogativas de su ejercicio”.⁵⁸⁰

La conceptualización definida en Francia se basa en el nombre de “Derecho Tributario”. La Agencia Tributaria, según De Plácido e Silva⁵⁸¹, es la tesorería

⁵⁷⁷ MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Alguns conceitos de direito tributário. **Boletim Conteúdo Jurídico**, v. 17, p. 2.22640, 2009. Disponible en: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16353/alguns-conceitos-de-direito-tributario>. Acceso en: 14 jul 2020.

⁵⁷⁸ BERLINI, Antonio. **Corso Istituzionale di Diritto Tributário**. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1985. p. 1-2. v. 1.

⁵⁷⁹ GIANNINI, A. D. **Istituzioni di Diritto Tributário**. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1974. p. 6.

⁵⁸⁰ TROTABAS, Louis. **Droit Fiscal**. [S.l.]: Ed. Gallag, 1975. p. 14.

⁵⁸¹ PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

o hacienda pública, es decir, comprende todo el equipamiento administrativo destinado al cobro de rentas públicas y custodia de bienes del Estado.

En Brasil, Bernardo Ribeiro de Moraes conceptualiza el derecho tributario como el “conjunto sistemático de principios y normas jurídicas que disciplinan el poder fiscal del Estado y sus relaciones con las personas sujetas a tal poder”.⁵⁸² Zelmo Denari lo define como “[...] rama de derecho público que regula las normas relativas a la imposición, supervisión y recaudación de impuestos y disciplina la relación entre las autoridades tributarias y los contribuyentes”.⁵⁸³ Rubens Gomes de Souza trae el Derecho Tributario:

*[...] ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que se refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos.*⁵⁸⁴

Finalmente, Vittorio Cassone vuelve a perfilar de forma unificada los derechos financieros con el impuesto, destacando que:

*O Direito Tributário é parte do Direito Financeiro que estuda as relações jurídicas entre o Estado (Fisco) e os particulares (contribuintes), no que concerne à instituição, arrecadação, fiscalização e extinção do tributo. É direito autônomo, pois se rege por princípios e normas próprias.*⁵⁸⁵

En esta definición presentada por Cassone, el autor incorpora el derecho tributario al derecho financiero, llevando el impuesto a la complejidad sistémica que huye de la esfera única y exclusiva del derecho administrativo.

Al cubrir una conexión con el derecho financiero, surgen dos líneas fundamentales para la base de la premisa: i) la importancia reconocida al principio de equilibrio presupuestario para la sostenibilidad del desarrollo, visto no sólo como un factor inhibitor de la inflación resultante de un posible descontrol de las cuentas públicas; ii) y la relativización de la aplicación exclusiva del derecho formal que permitía el control

⁵⁸² MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 106.

⁵⁸³ DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 9-10.

⁵⁸⁴ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954. p. 13-14.

⁵⁸⁵ CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 32.

judicial del presupuesto, aplicándose en muchos casos de lagunas interpretativas en el derecho, la jurisprudencia y la hermenéutica jurídica tributaria, la principal que aquí se discute a través de la interpretación del análisis económico del derecho.

Es desde esta perspectiva del fenómeno financiero, que se relacionan presupuesto y tributación, estableciendo la necesidad de una razonabilidad proporcional entre las cantidades recaudadas y los gastos públicos, asegurando una buena gestión.

En otras palabras, el sistema tributario debe ser democráticamente compatible con la riqueza nacional, precisamente porque en él se encuentran los recursos necesarios para el mantenimiento del Estado. Los fondos públicos representan la fortaleza económica *que* condiciona la posibilidad de realizar el gasto público necesario para el desarrollo económico.

Así, se entiende que, para que el sistema tributario sea justo, es fundamental observar la capacidad contributiva de las personas receptoras del servicio público, en una distribución justa y solidaria del gasto público.

Esta distribución equitativa y solidaria, a su vez, requiere economía en el manejo de los recursos financieros recaudados por el Estado, lo que dictará la intensidad de la tributación y la calidad del cumplimiento de las políticas públicas.

En la legislación brasileña, la observancia de la equidad de los recursos públicos debe cumplir con el principio fundamental de la capacidad contributiva, ya sea en su dimensión de requisito potencial, o en su aspecto distributivo. Justificando así el necesario uso de la progresividad y la selectividad fiscal. La tributación cumple su función social además de ser un proceso financiero justo, en la medida en que sirve a los fines del desarrollo socioeconómico, a través de la progresividad extrafiscal y la selectividad como instrumentos de implementación de políticas públicas constitucionalizadas o acuerdos con los valores del ordenamiento jurídico.

Ricardo Lobo Torres también añade en sus lecciones este vínculo entre el derecho tributario y el derecho financiero, pero hace una salvedad:

Mas não podemos deixar de observar que a preocupação exagerada com o poder financeiro pode levar à minimização da importância da divisão tripartida do poder tributário. Isso acontece especialmente na Alemanha, pois a Constituição, ao distribuir a competência pelos diversos entes públicos, distingue a legislação (Art. 105), a participação sobre o produto da arrecadação (arts. 106 e 107) e a administração (art. 108). Com base no texto positivo a doutrina germânica passou a dividir o poder ou a soberania tributária (Steuerhoheit) em soberania legislativa (Steuerverwaltungshoheit) e

soberania administrativa (Steuerverwaltungshoheit). Misturam-se, dessa forma, o poder tributário e o poder financeiro, pois a soberania sobre o produto é mera forma de participação sobre a arrecadação levada a efeito por outro entre público, caracterizando-se melhor como instrumento financeiro do que como categoria tributária, sendo figura estranha à relação jurídica entre Fisco/contribuinte; demais disso, colocar a participação sobre a arrecadação ao lado da legislação e da administração implica em introduzir critério heterogêneo na classificação, pois é claro que o poder sobre o produto se exerce através do poder de legislar e do poder de administrar.⁵⁸⁶

La relación entre poder financiero y poder tributario debe ser analizada y observada con cautela por la gestión pública, precisamente desde la perspectiva del análisis económico, pues de lo contrario, en casos de desequilibrio entre recaudación y gasto, la tendencia es el endeudamiento público que genera la necesidad, a juicio de los gestores, de actualizar los valores de las tasas cobradas en impuestos, y absurdos, que deben evitarse y limitarse.

Otro punto importante de ser limitado es el poder de policía conferido a la facultad de gravar, en forma de tributación efectiva a través de la potestad de castigo.

El concepto de di Pietro del poder policial se caracteriza como “la actividad del Estado consistente en limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio del interés público”.⁵⁸⁷

Para Hely Lopes Meirelles “el poder de policía es la facultad de la que dispone la Administración Pública para condicionar y restringir el uso y disfrute de los bienes, actividades y derechos individuales, en beneficio del colectivo o del propio Estado”⁵⁸⁸, siendo para él una herramienta que tiene la Administración Pública para vetar los abusos del derecho individual y controlar las actividades de los individuos que puedan ser contrarias al desarrollo colectivo y a la seguridad nacional.

Celso Antônio Bandeira de Mello defiende a su vez el concepto de policía administrativa como:

A atividade da Administração Pública, expressa em normativos ou atos concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos,

⁵⁸⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 386. v. 1.

⁵⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 195.

⁵⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90 de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 152.

*mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.*⁵⁸⁹

Al centrarse más en el significado, insta a destacar, incluso de manera breve y simplificada, la comprensión de la evolución, a lo largo del tiempo, del surgimiento del Poder Policial. Dicho análisis será imprescindible para el análisis de esta Potetera conferida por la Administración Pública, y utilizada como mecanismo de inspección y amonestación en la recaudación tributaria.

El término “poder de policía” se origina en la Edad Media, un período feudal en el que el príncipe poseía un poder conocido como “*jus politiae*”, que le daba la capacidad de designar los atributos necesarios para el buen orden de la sociedad civil bajo la autoridad del Estado, respetando el buen orden moral y religioso.⁵⁹⁰ El término “*jus politiae*” a finales del siglo XV, termina expandiendo su conceptualización y comienza a referirse a toda actividad estatal, lo que limita el poder del príncipe, restringiendo su campo de acción.

Cuando surge el imperio de la ley y el auge de la legalidad, el propio Estado comienza a someterse a las leyes que ello mismo pone. Poco a poco, este término ya no se utiliza de forma aislada para designarlo como parte de la Administración. El término “policía administrativa” también surge en Francia, en contrapunto a la policía judicial.

En Brasil, la Constitución de 1924 introdujo las llamadas Posturas Policiales. Ya en 1915 Ruy Barbosa en una de sus opiniones utiliza la expresión poder policial, que es ratificada por Aurelino Leal quien en 1918 publica un libro titulado Policía y Poder Policial, momento en el que la expresión está consagrada en la ley brasileña.

El Poder de Policía es un instrumento de la Administración Pública para que esta intervenga de forma coegiente sobre los ciudadanos, administrada por el Estado. Representa una permanencia del tipo de Poder de Imperio que osonaba el Estado republicano, que se establece, como explica Hely Lopes Meirelles:

⁵⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev e atual até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 837.

⁵⁹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 549.

*Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.*⁵⁹¹

Es a través del Poder de Policía y otras facultades que el Estado tiene la tarea de garantizar la seguridad, el bienestar y la tranquilidad de los administrados. Así, José Cretella Júnior afirma que “Poder de Polícia é a faculdade discricionária do Estado de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público”.⁵⁹²

El Poder de policía puede ser tomado en un sentido amplio, designado como la actividad estatal de “condicionar la libertad y la propiedad ajustándolos a los intereses colectivos”, según Bandeira de Mello⁵⁹³, definiéndose a sí mismo como el drapeado de las medidas adoptadas por el Estado para delinear tanto la libertad como la propiedad de los ciudadanos. O puede adoptarse en sentido estricto, relacionado con las intervenciones dadas por el Poder Ejecutivo, con el alcance de frenar el desarrollo de actividades particulares opuestas al interés social, contrastadas por la Administración Pública.

Este poder también tiene la intención de evitar dañar la esencia del propio Poder, constituyendo un desempeño negativo o positivo por parte del Estado, desde el momento en que se evita el daño, se construye una utilidad colectiva.

El punto crucial de la distinción que hace la doctrina entre las posibles formas de actuación de la Administración Pública es necesario para conceptualizar tanto el poder vinculado como el poder discrecional. Dicho esto, el poder vinculado es más un deber que un poder en sí mismo, ya que la Administración actúa a través de la práctica de actos administrativos relacionados. Sería la hipótesis por la cual, “el agente público está enteramente obligado a la declaración de la ley, en todas sus especificaciones”.⁵⁹⁴

Bandeira de Mello lo caracteriza como:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade

⁵⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 131.

⁵⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 549.

⁵⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 402.

⁵⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136

*absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.*⁵⁹⁵

Por otro lado, el poder discrecional es el que ha controlado la libertad de acción, “podendo valorar sobre a oportunidade e conveniência da prática do ato”⁵⁹⁶, pues, a pesar de la libertad discrecional del agente público, no es plena y, por lo tanto, debe actuar con la debida motivación y basar adecuadamente su conducta y sus actos públicos.

En este sesgo, se deben observar los criterios de oportunidad y conveniencia, que serán formulados por la Administración, “aunque estén adscritos a la ley que regula su despacho”.⁵⁹⁷ De esta manera, la discreción es una libertad condicional.

El punto clave es la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad, ya que el primero es un acto ilícito, ya que el agente realiza el acto yendo más allá de lo que la ley le permite, es decir, agrediendo el ordenamiento jurídico, por el abuso o mal uso del poder. A discreción, el agente a favor del mejor interés público actúa sometiéndose a los límites de la ley, de acuerdo con la libertad que se le otorga dentro de la morfología jurídico-social.

Así, la diferencia entre actuación discrecional y afines radica en que, en la primera, existe libertad de elección entre dos o más opciones, por las que la Administración puede, a través del juicio de oportunidad y conveniencia, y siguiendo las directrices de la ley elegir la que mejor destaque el interés público. En la actuación vinculada, el administrador público está estrictamente vinculado a lo que la norma impone, sin posibilidad de elección porque es la norma la que dicta el procedimiento a producir.

Ya que la discrecionalidad, como se analizó anteriormente, es la libre elección que tiene la Administración Pública para ejercer su Poder de Policía en la circunscripción de la ley a través de la evaluación de oportunidad y conveniencia, apuntando a la protección de algún interés público. Como enseña Meirelles: “mientras el acto de la policía administrativa esté contenido dentro de los límites legales y la autoridad permanezca en el rango de opción que se le asigna, la discreción es legítima”.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ MELLO, op. cit., p. 401.

⁵⁹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p.183-188.

⁵⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 401.

⁵⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136.

Por lo tanto, ya no será discrecional y quedará vinculado si la norma que lo rige establece un modo y una forma específicos de su realización. La máquina estatal no puede elegir entre más de una opción, la que mejor se dirija al interés público.

Para demostrar lo anterior, tenemos los actos de autorizaciones y licencias, los primeros son actos típicos de la policía administrativa, y emitidos en el uso de la competencia discrecional, mientras que las licencias, expresiones igualmente típicas de la misma, son actos vinculados de acuerdo con una comprensión pacífica de la doctrina. Es decir, no hay una característica única para el poder policial.

Por lo tanto, siguiendo el entendimiento doctrinal y el razonamiento de Diógenes Gasparini,⁵⁹⁹ enfatizamos que la acción de la policía es ahora discrecional y ahora limitada. Pero, con reserva al entendimiento de los Tribunales de Justicia, cuando esta acción se somete a la ley, en consecuencia, no es un acto arbitrario ni siquiera llevado al capricho del administrador público.⁶⁰⁰

Teniendo este doble sesgo, el poder policial puede ser visto y utilizado tanto como garante de los límites al poder de gravar, como una herramienta del mismo para transformar el poder de gravar en el poder de castigar administrativamente a los infractores, a través de impuestos y sanciones financieras excesivamente exorbitantes, como punitivo directamente a los servidores públicos.

4.2. Análisis Económico del Derecho Tributario

El Análisis Económico del Derecho, como ya se ha abordado, es desinente, especialmente, de la sabiduría de Ronald Coase, Richard Posner y Guido Calabresi, adoctrinadores clásicos y fundadores de esta corriente político-económica que pretende sistematizar la conexión entre las ciencias jurídicas y económicas. Este análisis se aplica a numerosas áreas del derecho, pero específicamente en el campo tributario, esta teoría adquiere un valor singular, ya que los impuestos están estrechamente acoplados a factores económicos y estudios.

Enseña a Bullard:

Estudiar derecho sin analizar sus consecuencias es como estudiar medicina sin saber si un medicamento matará o curará al paciente.

⁵⁹⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶⁰⁰ GASPARINI, DÍA. **Correcto Administrativo**. 6. Ed. Sano Paulo: Granizo 2001.

El derecho es más que la norma. Incluso es más que su mera aplicación. El derecho es también su consecuencia. ¿Se cumplirá un contrato si cambiamos la forma de calcular los daños causados por el incumplimiento? ¿Si establecemos la regla de la culpa en lugar de la regla de responsabilidad objetiva se desarrollarán nuevos medicamentos? ¿La causalidad adecuada aumenta o reduce los accidentes de tránsito? ¿La pena de muerte desincentiva la comisión de crímenes? ¿Qué incentiva más la inversión? ¿Un sistema consensualista de transmisión de propiedad o el sistema de título y modo? ¿Tiene algo que ver el sistema jurídico con el crecimiento del producto bruto interno de un país?⁶⁰¹

Como enseña este autor, uno de los objetivos de esta corriente teórica es comprender los efectos de la norma y las interpretaciones judiciales, así como predecir las consecuencias de estas y dar forma a los resultados para que se hagan consecuencias beneficiosas para la sociedad derivadas de los actos judiciales, conectando la realidad con la ley.

De esta manera, la historia de la erudición económica aplicada en tributación guarda una vasta historia, que puede mencionarse, “Estudios de David Ricardo sobre el déficit público (1817); Cournot (1838) sobre la incidencia de los impuestos en los mercados imperfectos; Edgeworth (1925) sobre los efectos de la fiscalidad en las empresas y en Pareto (1909) sobre la base de decisiones sociales”.⁶⁰²

Un problema que encubre -y sigue encubriendo- a los tribunales, a pesar de la importancia de los estudios económicos, fue que los jueces tienden a “dejarse guiar, en el ejercicio de su discreción, por una comprensión intuitiva de la economía del litigio”,⁶⁰³ “, sin tener en cuenta el trabajo de los economistas y sus teorías.

Para resolver este callejón sin salida, la AED busca, mediante el uso del marco teórico económico, maximizar la eficiencia económica del ordenamiento positivo, concomitante con la consagración de la isonomía, mejorando los efectos resultantes de las normas jurídicas. En el ámbito fiscal, la AED tiene el mismo propósito: hacer que la tributación sea más eficiente, en el aspecto económico, así como apoyar la equidad.

La escuela austriaca de análisis económico reconoce que el derecho tributario es “el resultado de intercambios entre los subsistemas de la sociedad y por lo

⁶⁰¹ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 6. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁶⁰² CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 189-190.

⁶⁰³ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xvi.

tanto tendrá el sentido dinámico de respuesta a la complejidad del sistema social y el riesgo”⁶⁰⁴, y obtiene, como consecuencia de este enfoque, un análisis más interseccional entre las ciencias y menos restringido al conocimiento puramente económico.

En relación con la equidad, un factor elemental del análisis económico tributario, este se presenta como un “broker” de errores de mercado. Incluso Adam Smith admitió que el mercado abarcaba imperfecciones que debían recuperarse mediante el pago de impuestos destinados a proporcionar políticas estatales a sus contribuyentes, que los clasificaban en tres especies: defensa, justicia y bienes públicos sujetos a externalidades.

Estos errores o imperfecciones también se denominan fallos de mercado, un tema ya abordado en los capítulos anteriores, que Caliendo clasifica, según lo que considera, los dos principales defectos:

i) bens públicos exclusivos (não rivais), visto que um agente pode consumir sem reduzir o consumo de outros agentes e ii) presença de efeitos externos (“presence of external effects”), dado que o mercado não pode alcançar sozinho o seu nível ótimo”. Dessa forma, “tributos corretivos” (“corrective taxes”) são formas de corrigir falhas de mercado (“market failure”).⁶⁰⁵

Esta categoría se inserta dentro de la perspectiva económica neoclásica del teorema del bienestar que establece la eficiencia del libre mercado como regla general y predice factores de realidad social, es decir, las fallas del mercado antes mencionadas. Así, en el marco de dicha corriente teórica, las normas jurídicas son consideradas un instrumento de regulación por excelencia cuando tienen dos funciones centrales: la viabilidad del funcionamiento del libre mercado y, excepcionalmente, la intervención estatal para corregir sus defectos cuando sea necesario.

Hay dudas, sin embargo, sobre cuál sería la concepción y los criterios para determinar una tributación más eficiente, y la solución a este cuestionamiento es la base que determina la constitución del impuesto óptimo.

El análisis económico del derecho tributario, de esta manera, tiene un papel destacado en la medida en que ayuda en la comprensión de institutos como: evasión fiscal,

⁶⁰⁴ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. xvi.

⁶⁰⁵ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 190.

sanciones tributarias, incumplimientos tributarios, evasión, incentivos fiscales, entre otros, a los que serán tratados en este capítulo, en los siguientes sub-ítems.

La teoría del AED tributario incluye la comprensión del impuesto óptimo, y se puede traducir como:

A estrutura tributária ótima em cada país é aquela capaz de atender às exigências da eficiência econômica e da equidade, respeitando as particularidades e valores existentes naquela sociedade. [...] A teoria da tributação ótima permite uma análise racional da estrutura tributária atual, verificando se ela atende aos requisitos de equidade e eficiência e, em caso negativo, quais são as medidas que podem ser adotadas para melhorá-la. Ou seja, fornece meios que possibilitam a verificação e a correção de distorções provocadas na economia, bem como a aferição da efetividade da realização de fins distributivos.⁶⁰⁶

Aunque Brasil, en 2020, alcanzó una puntuación de 53,7, en una escala de 100, en el Índice de Libertad Económica -con el líder de Singapur, con una puntuación de 89,4-,⁶⁰⁷ demostrando el predominio político-económico liberal en el país, el sistema tributario nacional se mantuvo en oposición al uso de este modelo político-económico.

En el campo tributario, el país soporta un aspecto muy estatista, como se desprende del estudio realizado por el Instituto Brasileño de Planificación Tributaria (IBTP). La encuesta encontró que el contribuyente brasileño trabajó, en 2020, hasta el 30 de mayo, solo para pagar impuestos (impuestos, tasas y contribuciones) requeridos por el gobierno a nivel federal, estatal y municipal. Además, el Instituto proporciona el número de días hábiles para pagar impuestos desde 1986, así como sistematiza los días por década y translucida un problema aterrador: cada década, los trabajadores brasileños necesitan trabajar más días solo para pagar impuestos. En 1970 el número promedio de días trabajados para pagar impuestos fue de 76 días, en 1980 de 77 días, en los años 90 fue de 102 días, en los años 2000 de 138 días, en 2010 de 141 días, llegando a 151 días en el año 2020.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019. p. 209.

⁶⁰⁷ HERITAGE FOUNDATION. **2020 Index of economic freedom**. [S.l.]: HERITAGE, 2020. Disponible en: www.heritage.org/index/ranking. Acceso em 10 jul. 2020.

⁶⁰⁸ AMARAL, Gilberto Luiz do. OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2020. Disponible en: www.ibpt.com.br/estudos/estudo-sobre-os-dias-trabalhados-para-pagar-tributos-2020/. Acceso en: 20 jul. 2020.

Con estos datos, es posible concluir que, hoy en día, en los años 70 se trabajaba más del doble de trabajo solo para pagar impuestos. La investigación también denota la creciente influencia del Estado en la vida de la clase obrera brasileña, así como, en consecuencia, un distanciamiento de las concepciones económicas liberales.

Contrariamente al pensamiento común, pagar altos impuestos no es necesariamente malo; de hecho, países con altas tasas de desarrollo humano y excelente calidad de vida, como Dinamarca, Bélgica, Francia, Finlandia, Noruega, Austria, Suecia e Italia, tienen cargas fiscales promedio aún más altas que Brasil, según el estudio mencionado.⁶⁰⁹ La idea de los estadistas -los que abogan por la intervención estatal en la economía- es que el Estado devuelva estos impuestos en forma de servicios a la comunidad, por lo tanto, para esta corriente político-económica, si los impuestos están bien administrados, cuanto mayor sea la tributación, mejor será la prestación de estos servicios y la provisión de derechos.

En el país mencionado, sin embargo, se observa que hay poco retorno a la población en detrimento de los muy altos ingresos fiscales, considerando que “entre los 30 países con mayor carga tributaria, Brasil sigue siendo el que peor rendimiento proporciona los montos recaudados para el bienestar de la sociedad”.⁶¹⁰ Paralelamente a esta constatación, la Constitución de la Patria establece, en su artículo 37, el principio de eficiencia en el ámbito público administrativo, sin embargo, la disposición, como se ha demostrado, no dio frutos relevantes en la cuestión tributaria.

Considerando que el Estado debe ser financiado para el logro de sus primeras funciones:

[...] a tributação torna-se condição necessária à vida coletivamente organizada. Embora sendo necessários, os tributos não podem ser instituídos de qualquer forma. É preciso considerar os efeitos por eles causados na economia e na distribuição de riqueza, na medida em que podem impulsionar ou prejudicar a eficiência econômica e a justiça fiscal. Algumas formas de tributação são melhores do que outras, porque causam menores distorções econômicas, realizando a eficiência, bem como porque promovem fins distributivos, realizando a equidade. A delimitação da estrutura tributária capaz de atender a esses valores é objeto de estudos da teoria econômica denominada tributação ótima. A partir dela, como visto anteriormente é possível

⁶⁰⁹ AMARAL, Gilberto Luiz do. OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2020. Disponible en: www.ibpt.com.br/estudos/estudo-sobre-os-dias-trabalhados-para-pagar-tributos-2020/. Acceso en: 20 jul. 2020.

⁶¹⁰ Ibid, no paginado.

*analisar racionalmente um sistema tributário, verificando se sua conformação é compatível com a realização da equidade e da eficiência. Caso não seja, essa teoria permite identificar quais aspectos devem ser aperfeiçoados, para que se atinja referidos valores, respeitando as particularidades de cada ordenamento jurídico e de cada sociedade.*⁶¹¹

Frente a los impasses tributarios contemporáneos, la teoría del análisis económico del derecho, creada desde una perspectiva neoliberal, se muestra como una posible solución a los problemas estructurales del sistema jurídico nacional, porque permite una relectura del derecho desde las ciencias auxiliares, como la economía. Aunque es un enfoque reciente en la doctrina jurídica, particularmente en el derecho tributario, los aportes de la teoría pueden ser sustanciales para una mejor aplicabilidad y normatividad del fenómeno de los impuestos. Debido a que es reciente, se está avanzando mucho en el sistema de AED tributaria, por otro lado, es una teoría en alza con un marco epistemológico que tiene mucho que aportar a una tributación más justa y eficiente.

4.2.1. Ética en las funciones de los Tributos

Como se ha señalado anteriormente, la ética es esencial en el ámbito del Derecho Tributario, pues es somenta a través de su cumplimiento que es posible lograr la deseada Justicia Fiscal. En este sentido, el siguiente entendimiento se elimina del artículo *Fundamentos éticos de la Tributación* de Samatha Corrêa:

A justiça fiscal pode ser entendida como princípio básico e estruturante do Direito Tributário, do qual decorrem outros princípios (tais como a capacidade contributiva e a seletividade), como pode também ser analisada como princípio hermenêutico, servindo como norte para a interpretação e aplicação das normas tributárias. O conceito de justiça, indiscutivelmente, encontra-se no cerne do estudo do Direito. Embora sua importância tenha sido de certo modo mitigada pelo discurso positivista, em nenhum momento histórico houve sua total negação, mas tão somente fases distintas quanto a sua compreensão. De fato, pode-se distinguir as chamadas teorias clássicas da justiça (apresentadas por Aristóteles, Kant, Jeremy Bentham, entre outros), das modernas teorias da justiça (pode-se mencionar John Rawls, Buchanan e Dworkin). Ademais, destaca-se o ceticismo quanto ao conceito da justiça desenvolvido na teoria de Hans Kelsen, representando momento intermediário entre

⁶¹¹ FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019. p. 230.

*ambas. No que diz respeito às modernas teorias da justiça, estas representam uma retomada da centralidade da questão do justo no estudo do Direito, existente nas teorias clássicas, mas com um enfoque ético-prático.*⁶¹²

Jorge del Busto Vargas, sobre la justicia tributaria y la función de los impuestos, en su artículo titulado *Ética Tributaria*, afirma:

*El tributo, por una parte, es una exigencia de la justicia general, legal o social y, por otra, de la justicia distributiva. En efecto, por un lado, le ley lo crea, modifica o suprime; es requerido por el bien común, fin de la sociedad, para el mantenimiento de los servicios públicos; y, para su efectuación, la generalidad de la justicia exige, además, el cumplimiento de otras virtudes como por ejemplo la veracidad. Por otro lado, al contribuyente le asiste el derecho de no tributar más allá de su capacidad impositiva y al Fisco, la obligación de respetar este derecho, todo lo cual pertenece al terreno de la justicia distributiva. La clasificación de la justicia así expuesta, se cruza con la distinción entre lo justo por naturaleza que tiene en todas partes la misma naturaleza y no depende de la aprobación o desaprobación del legislador, como es, por ejemplo el principio de legalidad de la tributación; y lo justo puramente legal que es ‘todo lo que en principio puede ser de este modo o de otro, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto’, lo que explica las variaciones de la legislación tributaria por razón de país, tempo, personas, etc.*⁶¹³

La tributación es esencial para financiar a los estados contemporáneos, ya que el impuesto “resulta de una exigencia del Estado que, en los primeros días de la historia fiscal, se deriva de la voluntad del soberano, entonces identificado con la ley, y hoy se basa en la ley, como expresión de la voluntad colectiva”.⁶¹⁴ Además, los impuestos también son inherentes a la economía, ya que “el derecho tributario es precisamente el instrumento fundamental del Estado para poder llevar a cabo su intervención en la economía”.⁶¹⁵

El derecho tributario es la disciplina legal que, por lo tanto, tiene una de las prerrogativas estatales más importantes: el poder de gravar. A nivel internacional, tal

⁶¹² CORRÊA, Samantha. Fundamentos éticos da tributação. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2011. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/fundamentos-eticos-da-tributacao/>. Acceso en: 30 de ago. de 2021. No paginado.

⁶¹³ VARGAS, Jorge del Busto. *Ética Tributaria*. *Thémis* 12, PUCP, San Miguel, Peru, p. 10-15, 1988. p. 10-11.

⁶¹⁴ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

⁶¹⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 593.

poder es considerado como una de las principales medidas de exploración de la soberanía de un país; es decir, existe una relación intrínseca entre el poder soberano y el poder de gravar.

Eros Grau retrata la importancia del monopolio estatal de los impuestos en la sociedad actual: “Lo que caracteriza a la sociedad moderna, permitiendo el aparato del Estado moderno es, por un lado, la división del trabajo, por el otro la monopolización de los impuestos”.⁶¹⁶ Sería este tema, la función de las normas legales tributarias y su papel en el mundo, el punto central de investigación.

Las normas tributarias ganaron relevancia en el ordenamiento jurídico “hasta el punto de que se convirtió en un subterfugio para que el Estado controlara fallas inherentes al propio sistema económico”⁶¹⁷ especialmente en la intervención en el mercado, siendo así imposible analizar la función de los impuestos y examinar su núcleo económico.

Así, además de que la fiscalidad tiene la función tributaria de recaudar impuestos, existen otras funciones, llamadas extrafiscales, que son efectivas a la hora de responder a la pregunta de por qué -y cómo- recaudar. Se concibe un sistema tributario para hacer efectivas las demandas y garantías que tiene el Estado, así como para estimular, o desalentar, ciertas conductas sociales, constituyendo una verdadera intervención económica.

Estas demandas estatales siempre están impregnadas por una serie de decisiones difíciles. El sistema tributario sufre varias inflexiones resultantes de los resultados de estas elecciones que el Estado tiene que hacer, albergando la forma de vida que la sociedad desea, un estado de bienestar social o un estado mínimo, por ejemplo. La diferencia entre ambos, para el derecho tributario, es absolutamente abisal. En el estado del estado la necesidad de un fondo tributario es mucho mayor, en el estado mínimo, por otro lado, las garantías estatales son menores. El sistema tributario, como enseña Sacha Calmon, no se trata sólo de dogmatismo, porque se facilita con valores subjetivos⁶¹⁸, siendo siempre un instrumento resultante de decisiones difíciles vinculadas a un modelo particular de sociedad que el Estado desea construir que, idealmente, debe coincidir con los valores de la sociedad.

⁶¹⁶ GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 16.

⁶¹⁷ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 73.

⁶¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. p. 3.

Así, el máximo de tributación es efectuar el proyecto de una empresa elegida y/o desarrollada por un determinado país en un periodo histórico determinado, teniendo como característica primordial la consagración de la justicia fiscal. El concepto de justicia no es nada sencillo, en palabras de Jeremy Waldron:

There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about existence of God and meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. We disagree about we owe each in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives ; socialists disagree with market economists ; the party of freedom disagreed with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for 'family values'; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert .⁶¹⁹

No hay consenso sobre la definición de justicia, qué menos sobre la justicia fiscal, sin embargo, la sociedad debe incluir el significado de la nación de la justicia de acuerdo con sus valores y objetivos como un colectivo dentro de la unidad estatal.

Es a través de la imposición legal que se hace factible y aplicable a la realización de los deberes fundamentales, que son esenciales para la realización de la máxima dignidad de la persona humana. El pago obligatorio de impuestos recauda fondos financieros que permiten implementar los derechos fundamentales consagrados en las Cartas de Patria, es decir, los deberes fundamentales (por ejemplo, pagar impuestos) a medida que avanzan los derechos fundamentales.

La democracia, dentro de un estado de derecho, se compone a través de la colectividad y las normas jurídicas, como enseña Waldron: *“The idea of democracy is not incompatible with the idea of individual rights. On the contrary, there cannot be a democracy unless individuals possess and regularly exercise what we called [...] ‘the right of rights’ – the right to participate in the making of the laws”*⁶²⁰. El papel de los impuestos, por tanto, consiste también en la viabilidad de la encarnación de los preceptos más básicos de nuestra sociedad, como la igualdad, la justicia y la defensa del medio

⁶¹⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford. 1999. p. 1.

⁶²⁰ Ibid, p. 282.

ambiente, a través de la voluntad individual de las personas y su posterior positivo en el ordenamiento jurídico.

La política tributaria y la dimensión social construyen un vínculo que debe corporizar el proyecto de sociedad elegido por tal nación, en palabras de Ribeiro:

*A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso deve se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. Devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda, já na sua origem, as razões de justiça em relação à oneração do tributo.*⁶²¹

Por lo tanto, la fiscalidad social debe reflejar los anides de la sociedad. Además de la función tributaria y extratributaria, dependiendo de las enseñanzas de Caliendo, la tributación también:

*[...] é um fenômeno intersistêmico que envolve a Política, a Economia e o Direito. No caso da política pode ser lido como uma relação entre poder e não poder (limites) tributar, ou seja, exigir prestações pecuniárias compulsórias de particulares; no caso da economia a tributação pode ser entendida como um elemento relativo à programação dos agentes econômicos sobre o que terão ou não nas situações de produção, acumulação e circulação de bens em uma dada sociedade. Por sua vez, o Direito irá considerá-la como conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como os outros se comportem nas relações entre o poder de tributar e as limitações a este poder, determinando as sanções pelo descumprimento dessas normas condicionais*⁶²²

Los Estados tienen el deber de indicar cómo debe diseñarse el sistema tributario nacional. Así, el papel de la tributación impregna elementos fundamentales como la ciudadanía, considerada desde la perspectiva de la Ciencia Política y el Derecho Tributario, formando la noción de ciudadanía tributaria, también llamada justicia fiscal, que efectivamente libertades y la idea de democracia, siendo esencial verificar tales elementos bajo el sesgo de recaudación tributaria. Es decir, la tributación también asume

⁶²¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. In: **Direito Tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 178.

⁶²² CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 186.

el papel concerniente a la realización de los derechos y garantías fundamentales previstos en el marco de las Cartas Constitucionales de cada nación.⁶²³

Muchos factores económicos influyeron en los impuestos brasileños, y los impuestos siempre estuvieron alineados con los ciclos económicos dominantes de cada época. Sobre este tema, Ubaldo Balthazar se expresa:

*[...] é noção cediça que a realidade econômica representa a base material sobre a qual incidem as hipóteses de incidência tributárias previstas em lei, de forma geral e abstrata. Neste sentido, podemos afirmar que nossos tributos, ao longo de nossa história, traduziram sempre os diferentes ciclos econômicos pelo qual passou a economia brasileira.*⁶²⁴

Las garantías fundamentales son inherentes a los diplomas tributarios, porque tienen como uno de sus pilares la realización de los derechos humanos. Así, “el vínculo entre el derecho tributario y los derechos humanos es consecuencia de la relación social que origina la tributación”, considerando que “la tributación está legitimada en el sentido de que pretende hacer posible la realización de fines sociales para garantizar una vida digna para todos”.⁶²⁵

Además de los aspectos económicos, es necesario destacar los factores que influyeron más marcadamente en el proceso de institución de los impuestos brasileños. Desde una perspectiva sociológica, Baltasar retrata que:

*[...] podemos mencionar as questões relacionada às diferentes classes componente da sociedade brasileira, os estamentos detentores do poder político, econômico e militar, a participação e a força política exercida por parte de cada um destes no processo legislativo. Este, mais especificamente, considerado em sua atividade de criação de tributos. Importante neste aspecto é o registro da histórica segregação que se firmou entre as diferentes classes sociais, uma ou outra impondo-se sobre as demais, as quais ficavam submetidas às regras criadas. Este fenômeno gerou um outro, perceptível nos dias atuais, traduzido na indiferença, por vezes repulsa, ao ordenamento positivo tributário.*⁶²⁶

⁶²³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária**: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 61.

⁶²⁴ BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. v. 1. p. 34.

⁶²⁵ SEFER, Tiago Nasser. Segurança jurídica tributária: sob a ótica da Análise Econômica do Direito. In: NETO, Calilo Jorge Kzan Neto; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 274.

⁶²⁶ BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. v. 1. p. 33.

Del examen de la afirmación anterior, es posible inferir que la creación de impuestos, históricamente, las relaciones de poder y la cadena entre las diferentes clases sociales y económicas fueron muy intrincadas, surgiendo la inferencia de que los impuestos son esencialmente una relación de poder, como ya lo demuestran los estudios de Ives Gandra, y sus atribuciones deben comprometerse cuidadosamente para salvaguardar los preceptos constitucionales, así como no implicar fechorías injustas.⁶²⁷

De acuerdo con esta concepción, Álvaro Rodríguez Bereijo señala que la existencia del impuesto está directamente relacionada con la efectividad de la igualdad en una sociedad, ya que es a través de su recaudación que el Estado es capaz de hacer efectivo el bien común. *En verbis*:

*La mención a la igualdad y a la progresividad, referidas ambas al sistema tributario, es significativa de que a través de dichos principios se aspira a conseguir real y efectivamente una distribución más justa de la carga tributaria mediante un mandato de igualdad que se valora con referencia a la progresividad, esto es una igualdad que requiere inexcusablemente la discriminación o tratamiento desigual en la imposición (equidad vertical) según las distintas situaciones económicas y de riqueza también diferentes de los sujetos (por la cuantía de la riqueza, por el origen de la misma o por otras circunstancias o condiciones relevantes de dicha riqueza) con el fin de lograr un sistema tributario justo. Pues la igualdad que aquí se reclama, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 27/1981, F. J. 4º), va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad y no puede ser simplemente reconducida a los términos del artículo 14 CE: una certa desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio; precisamente la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta.*⁶²⁸

A partir del análisis de las razones por las que la sociedad paga impuestos y algunos de sus factores de influencia del sistema tributario, ya es posible entender por qué, aún hoy, los impuestos son vistos con temor por la sociedad en general. Esto se debe a menudo a que el impuesto se paga y el resultado se ve muy lejos e indirectamente, como la construcción y el mantenimiento de universidades y hospitales públicos. También hay otros factores importantes que hacen que la población no aprecie el pago de impuestos,

⁶²⁷ MARTINS Ives de Gandra de Silva. **Uno Teoría del Tributo**. São Paulo: Ed. Cuarto Latín 2005.

⁶²⁸ BEREIJO, Álvaro Rodríguez. Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, Espanha, n. 13, p. 235-251, 2005. p. 242-243.

como la regresividad de los impuestos en Brasil, demasiados impuestos indirectos y la corrupción en el entorno político.

Por otro lado, “la tributación, más que un deber, es un derecho del Estado y debe llevarse a cabo desde mínimos elementos necesarios de respeto al contribuyente cuando los aclamados derechos humanos [...] fundamental”, en este sentido:

*[...] é preciso aprender a incorporar a concepção de que as exações não são formas de retirar dos indivíduos a dignidade de sobrevivência, mas sim na sua finalidade precípua de ajudar o Estado no sustento das suas obrigações para com os indivíduos componentes de seu elemento físico, buscando instrumentalizar as liberdades fundamentais dos indivíduos, distribuindo rendas e minimizando as desigualdades sociais e regionais.*⁶²⁹

Desde otra perspectiva, la fiscalidad también está muy por debajo de la idea de solidaridad entre todos los miembros de la sociedad, ya sea a través del sistema tributario en el que el Estado garantiza, a todos los ciudadanos, condiciones mínimas de experiencia y dignidad, reduciendo las desigualdades sociales.

Esta es la abstracción del famoso contrato social, llamado el “precio de la libertad” de Ricardo Lobo Torres⁶³⁰, que establece que cada persona, ya de nacimiento, firma un contrato que se somete al cumplimiento de algunas reglas sociales -desde la perspectiva fiscal, paga impuestos- a cambio de toda protección estatal, que garantiza condiciones esenciales a través de la realización de derechos fundamentales. Luciano Amaro evalúa que “o nascimento da obrigação de prestar (o tributo) é compulsório (ou forçado), no sentido de que esse dever se cria por força da lei (obrigação *ex lege*), e não da vontade dos sujeitos da relação jurídica (obrigação *ex voluntate*)”.⁶³¹

Sobre la función del tributo y la obligación de su pago, José María Martín dice:

La Economía ha explicado plausiblemente, la naturaliza y función primaria del impuesto. Esa explicación, bien sabida, diese en líneas generales así: la vida en común de los hombres genera necesidades comunes o “públicas”, que aprovechan de un modo global y – normalmente – no discriminado a los sujetos agrupados en una colectividad; luego tales sujetos deben subvenir mediante una

⁶²⁹ BEREIJO, Álvaro Rodríguez. Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Espanha, n. 13, p. 64, 2005.

⁶³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

⁶³¹ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

*aportación- normalmente-económica (“impuesto”) a la satisfacción de aquellas necesidades. Ese “deber” expresa, en términos económicos, una mera consecuencia lógica o casual: “hay necesidades públicas, luego hay que subvenir las por todos”. Pero traslada tal conexión al plano ético, se convierte de igual modo en un auténtico deber moral: el hombre en sociedad tiene el deber (ético) de subvenir a la satisfacción de las necesidades públicas o coletivas.*⁶³²

El impuesto tiene carácter obligatorio debido a que el derecho tributario es una rama del derecho público y, debido a esta constatación, “la supremacía del interés público da cobijo a la imposición unilateral de obligaciones, independientemente del acuerdo del obligado”.⁶³³ La autonomía de la voluntad, por lo tanto, permanece suprimida en detrimento del bienestar general.

Respecto al contrato de bienestar social, Caliendo señala que la tributación:

*[...] significa o modo de financiamento dos direitos fundamentais e da busca dos recursos necessários à realização dos valores da liberdade e da igualdade. Trata-se de um instrumento para alcançar a justiça e não de um mecanismo a ser utilizado para opressão e manutenção da desigualdade social.*⁶³⁴

A pesar de las funciones analizadas, la praxis tributaria permea muchos retrocesos en contrapunto a la perfectibilidad de los pilares de justicia e igualdad social. Se perciben dos prismas del sistema tributario nacional: (i) referidos a un proceso históricamente desigual, de mantenimiento e institución de fuerzas de poder, de confirmación de clases económicas y perpetuación de desigualdades, (ii) alusivos a un sistema que pretende redistribuir la riqueza de un país, efectuar la igualdad y otros preceptos básicos de la Constitución patria, garantizando a todos el mínimo existencial.

Aunque ambos son aparentemente controvertidos, completan las características del complejo y controvertido sistema tributario de Brasil. La primera perspectiva se observa en la regresividad de la tributación brasileña, en la amplia institución de la tributación indirecta, en la falta de regulación de la tributación de las grandes fortunas, así como en la alta carga tributaria sobre los productos y servicios

⁶³² OVIEDO, José Maria Martin. Reflexiones sobre Etica Fiscal. **Revista de Economía Política, Espanha**, n. 61, p. 127-154, 1972. p. 138-139.

⁶³³ SABBAG, Eduardo. **Sistema Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 335.

⁶³⁴ CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 132.

considerados esenciales. El segundo, a su vez, se refleja en las políticas públicas para la redistribución de recursos, como los programas sociales, como la bolsa familiar, y en la creación, preservación y expansión de los sistemas públicos de educación y salud, como el SUS, universidades, institutos federales y escuelas públicas.

Este conflicto de valores presente en los impuestos, sin embargo, no es inesperado, ya que esta divergencia también está impresa en la Constitución Federal de Brasil/88. Según la clasificación de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho y Paulo Gonet, las letras supremas pueden ser dogmáticas –el resultado de sólo una corriente filosófico-política que prevalece en su tiempo y espacio– o eclécticas –el resultado de diversas ideologías, a menudo incompatibles, que apoyan numerosas visiones políticas y sociales.⁶³⁵ La Carta de la Patria Brasileña se encuentra entonces en el contexto retratado por las cartas eclécticas, adoptando diferentes ideologías.

Es por esto que varios institutos jurídicos constitucionales son contradictorios, “o que é constantemente exemplificado na doutrina pelo aparente conflito entre propriedade privada e função social da propriedade, ambos princípios gerais da atividade econômica adotados pela Carta Magna pátria”.⁶³⁶

Dada la complejidad del tema tributario brasileño, se concluye que el sistema tributario juega un papel esencial en la sociedad, como la efectividad de los dichos fundamentales-constitucionales, por otro lado, en la práctica, existen numerosas imperfecciones que imponen la consagración de los objetivos de tributación. El análisis económico del derecho puede, con este fin, ser un instrumento teórico importante en la mejora del sistema tributario.

4.2.2. Derecho Tributario Comparado a la luz del Eficientísimo

La realidad de los sistemas tributarios que actualmente operan y practican en diferentes países es múltiple, con relación a la importancia de la tributación y la atribución de potestades tributarias entre niveles de gobierno. Es interesante pasar por un análisis de esta experiencia internacional para probar algunas hipótesis tributarias, como la estructura tributaria; si los países con una estructura federal más descentralizada tienen

⁶³⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

⁶³⁶ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 13.

sistemas tributarios basados en mayor medida en la tributación directa; es decir, es común encontrar países donde prevalece un mayor federalismo fiscal y en los que los impuestos basados en la capacidad de pago se atribuyen principalmente a los gobiernos regionales. Esta característica, generalmente asociada a una situación distributiva más progresiva, estaría invalidando la supuesta ventaja de la centralización tributaria con fines redistributivos⁶³⁷, y este análisis es intrínseco a la eficiencia.

Invocar el apoyo de experiencias jurídicas comparadas siempre es enriquecedor. David René, al dilucidar sobre el Derecho Comparado, enumera algunas de las posibilidades hermenéuticas a la hora de aplicar dicha comparación jurídica. En primer lugar, el Derecho Comparado permite las investigaciones históricas, en segundo lugar, la auxilia en la comprensión de las naciones extranjeras y su *modus operandi* jurídico, lo que contribuye al progreso en las relaciones internas y, por último, “el estudio del Derecho Comparado sería la comprensión del Derecho nacional”.⁶³⁸

Es necesario aclarar que la categoría de eficiencia económica se puede aplicar en cualquier sistema tributario, porque:

*[...] habiéndose definido a la economía como la ‘ciencia de la elección humana’, su objeto de estudio puede ser cualquier conducta humana, ello con independencia de su contenido particular y concreto. En tanto ciencia, la economía pretende ser objetiva, general y abstracta, de ahí que modus oeconomicus pueda analizarse cualquier conducta. [...] una vez propuesta su racionalidad, todas las conductas pueden ser analizadas económicamente. El análisis económico del derecho es, entonces, aplicable a cualquier tipo de “conducta jurídica”, ello con independencia del orden jurídico dentro del cual se dé. Si lo determinante para considerar una conducta económicamente no son sus ‘elementos’ propios sino la asignación de un sentido, no puede hablarse de una ‘naturaleza’ general o jurídica de las conductas que impida comprenderlas económicamente.*⁶³⁹

Además, la eficiencia puede ser aplicada y analizada en ambos países de *commom law* y del *civil law*, como explica Eríca Gorga, quien:

⁶³⁷ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 1212.

⁶³⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2002. p. 4.

⁶³⁹ DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y Análisis Económico**: política y Derecho. Espanha: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 271. E-book.

[...] cita alguns estudos que apontaram que países cujo sistema baseava-se no common law tinham maior desempenho econômico do que os países da civil law. Em síntese, o common law seria mais eficiente porque os juízes, no julgamento da equidade, teriam maior grau de liberdade e independência, o que permitiria uma evolução contínua do Direito no sentido de proteger os investidores, o que não ocorre no sistema de direito romano-germânico. Outros autores, tais como Bentham e Weber, entendem que o sistema da civil law é mais eficiente, pois possuiria maior racionalização e coerência interna.⁶⁴⁰

Dado que el Análisis Económico del Derecho Tributario es una categoría transdisciplinaria, es muy importante analizar esta teoría bajo la perspectiva de diversos ordenamientos jurídicos. Así:

[...] a análise do Direito, inclusive do Direito Tributário, sob o viés da complexidade, requer, dentre outras providências igualmente importantes, o estudo interdisciplinar. Essa interdisciplinaridade pode atingir os mais diversos graus. Dessa forma, a investigação pode percorrer diversos níveis de complexidade. O primeiro nível considera a relação de normas jurídicas entre si. O segundo, por seu turno, observa a relação entre vários ramos do direito. O terceiro nível de complexidade cuida de considerações acerca dos entrelaçamentos de ordenamentos jurídicos distintos, como direito comparado.⁶⁴¹

En relación con la categoría de eficiencia, esto subyace en el Análisis Económico del Derecho Tributario y la tributación óptima, ya que:

[...] a teoria da tributação ótima, suscintamente, analisa o trade-off entre dois valores: equidade e eficiência. Diz-se que um sistema tributário é eficiente quando ele é apto a reduzir as distorções provocadas pela tributação na economia, impactando de forma mínima a alocação de recursos. A eficiência é obtida quando a utilização dos recursos existentes ocorre de tal forma que haja maximização dos resultados obtidos, satisfação dos indivíduos e redução de perdas.⁶⁴²

⁶⁴⁰ GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. **Common Law, Civil Law e a Análise Econômica do Direito**: Common Law, Civil Law and the Economic Analysis of Law. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: CONPEDI, 2009. p. 996-1016.

⁶⁴¹ FOLLONI, André; SIMM, Camila Beatriz. Direito Tributário, complexidade e Análise Econômica do Direito: tax law, complexity and Law and economics. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 49-70, 2016. p. 58.

⁶⁴² FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019. p. 213.

Es importante hacer una breve comparación de la eficiencia de los sistemas jurídicos de diferentes tradiciones del derecho: como señala Guimarães, “gran parte del éxito de la AED se debe a su entorno de aplicación original, es decir, *al derecho consuetudinario*, un entorno que no es verificable en muchos otros países en los que la AED ha comenzado a examinar la AED”, como es el caso de gran parte de América Latina:

Fala-se em maior eficiência e desenvolvimento econômico de países que possuem o common law como pano de fundo, muito embora haja opiniões em sentido contrário, ou seja, de que a civil law seria uma tradição jurídica melhor.[...] Em síntese, o debate entre maior ou menor eficiência do common law quando comparado à civil law traz como pano de fundo a ideologia que guia as afirmações dentro destes estudos. Um maior desenvolvimento econômico estaria relacionado a uma maior liberdade dos juízes e a uma menor ingerência do Estado nos direitos contratuais e de propriedade. Se tal assertiva é verdadeira, maior cuidado então deve-se ter no estudo comparativo destas duas tradições, no âmbito de aplicação da AED. Talvez a AED não se mostre útil para países em desenvolvimento, ou cujos governos se mostrem intervencionistas, com tradição na civil law. [...] Ainda, não se pode esquecer que o contexto histórico-social onde se deu o transplante da AED do common law para a civil law foi o europeu, países com nível de desenvolvimento econômico-social alto, diferentemente de países latino-americanos.⁶⁴³

Debido al análisis económico del derecho surgido en naciones del Norte Global, consideradas económicamente más desarrolladas, es más complejo aplicar esta corriente teórica en los países del Sur Global, ya sea por las diferencias de tradiciones jurídicas, así como por los diferentes contextos jurídico-económico-político-sociales. Por lo tanto, Europa y los Estados Unidos a menudo se consideran, bajo el sesgo fiscal, sistemas con un mayor grado de eficiencia.

De lo contrario, y alejándose de la geografía que podría registrarse en el plano norte del globo, como se ve, los estados más desarrollados también en el campo de la recaudación de impuestos, o en relación con los ubicados en el sur del globo, es interesante registrar el posicionamiento intelectual sociológico de Max Weber,⁶⁴⁴ al estudiar la fuerza social de las religiones en la aplicación subjetiva de sus respectivos dogmas eclesiásticos, cristológicamente. Para Weber, la romanización, inicialmente se

⁶⁴³ GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. **Common Law, Civil Law e a Análise Econômica do Direito**: Common Law, Civil Law and the Economic Analysis of Law. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: CONPEDI, 2009. p. 996-1016.

⁶⁴⁴ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Abril Cultura, 1974.

habría asentado en la salvación eterna a través de la bondad y la misericordia, a través de la distribución de bienes a los necesitados. Esto fue lo que ocurrió, ejemplificado por el Padre San Nicolás, en el primer período de cinco años del catolicismo, que, siendo adinerado y rico, dio todo a los pobres, siendo conocido como Santa Claus. Más tarde, su sucesor fue el Padre San Francisco, cuya línea sacerdotal despojada de bienes materiales medibles, distinguió incluso a uno de sus miembros para ocupar la respetable Catedral Papal como sucesor del Apóstol Pedro en la Iglesia Católica Occidental. La misma conducta mordaz se registra con las Iglesias católicas orientales centrándose solo en ellas en la adopción del celibato romano.

Completamente diferente fue el posicionamiento del protestantismo, cuyo ideal era protestar contra aquellos dogmas del cristianismo que abrían las puertas celestiales a los ricos, que se convertirían en buenos católicos abriendo los corazones magnánimos e indulgentes. Contra este acto de bondad el prójimo y la Iglesia se alzaron el sacerdote católico de la orden de los augustos Martín Lutero, instalando la insatisfactoria Reforma en Alemania, extendiéndose al norte de Europa con el calvinismo, en Francia y Suiza con el presbiterianismo y en Escocia el anglicanismo inglés, encontrando en la Epístola a los Romanos la justificación de la verdadera fe, porque el perdón divino no se puede comprar, y mucho menos el pecador obtiene la gracia indulgente para la riqueza. Por lo tanto, celebrar fue la comparación de Max Weber entre las religiones y los países aceptados por ellas. Preguntó, entonces, por qué las naciones desarrolladas como Alemania, Inglaterra, los Estados Unidos veneraban dogmas diferentes de los existentes en países subdesarrollados como Brasil, México y España. ¿Por qué las naciones más pobres profesan el catolicismo, mientras que las más prosperas el protestantismo?

Así, en el segmento del análisis de los diferentes modelos tributarios, Piffano realiza una visión general del derecho comparado:

a) Arreglos de coparticipación: bajo los que los gobiernos locales reciben en forma automática un porcentaje fijo del rendimiento total del impuesto. La participación usualmente está determinada según el criterio devolutivo, es decir, por la división de la base imponible imputable a los gobiernos locales. Estos acuerdos rigen en Austria, Alemania, Luxemburgo y España. b) Alícuotas impositivas separadas: ambos niveles de gobierno (federal y estadual o provincial) tienen derecho a establecer su propia tasa impositiva sobre una base tributaria determinada por el gobierno central. Este sistema de alícuotas locales adicionales, se lo suele conocer en la literatura con la expresión —piggy-backing (impuesto —a cuestrasll,

o —sobre los hombros»). Este sistema opera en Bélgica, Canadá (excepto Quebec) y Dinamarca. c) Alícuotas impositivas y deducciones separadas: ambos niveles establecen sus propias alícuotas sobre la base determinada por el gobierno central, pero se admiten deducciones impositivas a los contribuyentes locales, las que difieren de las correspondientes al impuesto federal. Este sistema es el utilizado en Finlandia, Japón y Suecia. d) Sistemas impositivos separados: los gobiernos locales tienen atribuciones para establecer base imponible y alícuota del impuesto. En la práctica, sin embargo, la base imponible es similar a la del gobierno central. Sistemas impositivos separados son utilizados en Suiza, Estados Unidos de Norteamérica y en la provincia canadiense de Quebec.⁶⁴⁵

De los sistemas jurídicos analizados, advierte el profesor Horacio Piffano:

Lo que en definitiva surge de la realidad internacional es que el patrón sugerido por la teoría normativa en cuanto a las ventajas de la centralización de la imposición a los ingresos, no suele verificarse en forma concluyente, requiriendo la búsqueda de un nuevo —rationale de la asignación de funciones y poder de imposición consecuente, a los niveles de gobierno central y locales.⁶⁴⁶

Por lo tanto, la respuesta no es concluyente, y se debe buscar una nueva racionalidad de la asignación de funciones y la imposición de impuestos.

En un análisis amplio del derecho tributario, las reflexiones de un modelo tributario, adoptado en un país determinado, se reflejan en las más variadas áreas, como la educación. Piffano evaluó además que a través de uno:

[...] estudio comparado de países de América Latina en 1992-1993 (OREALC) [...] Argentina habría alcanzado un puntaje menor que Venezuela. A su vez, otro estudio de 1992, que no incluye a Argentina pero sí a Venezuela, indica que los alumnos de éste último país habrían calificado más bajo que los alumnos de países de la OCDE y otros países de alta calificación de América Latina. Por ejemplo, se señala que en Venezuela se alcanzó el 75% del puntaje logrado en Singapur, Hong Kong y España. Inclusive en Indonesia, se habría alcanzado un puntaje algo superior al de Venezuela.⁶⁴⁷

El autor relacionó este impasse con la adopción de un sistema jurídico-tributario regresivo.

⁶⁴⁵ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 1212-1213.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 1222.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 300.

Así, aunque los ordenamientos jurídicos tributarios nacionales de cada país son muy diferentes y tienen su ganado, todos tienen una esencia o núcleo común: la noción de justicia y su plena consagración en el mundo de los hechos.⁶⁴⁸ Pues por cierto se eleva a la siguiente colocación:

Mas como o direito volta a travejar-se nos valores, como o era em suas origens, surge a necessidade de expressá-los em normas que os portem – os princípios – que assim evoluem de fundamentos técnico-doutrinários, como foram considerados durante séculos, com função estruturante e sistematizadora, a comandos de otimização axiológica, com força normativa. E mais: como esses valores se universalizam, os ordenamentos nacionais passam também a se submeter a certos princípios universalmente aceitos e declarados.⁶⁴⁹

Por otra parte, todos los sistemas tributarios tienen en su abultado, como principio universalmente aceptado y declarado, el objetivo de lograr la justicia a través de la forma más eficaz, célere y, en el sesgo fiscal, con el menor coste posible. Precisamente para cumplir esta función viene la efectividad, como teoría capaz de ofrecer eficiencia a los actos y leyes del derecho tributario, siendo interesante la aplicación de esta corriente en todos los sistemas tributarios, considerando que todos tienen el interés de mejorar su ordenamiento jurídico y profanar la justicia de la manera más eficiente.

4.2.3. Isonomía Tributaria como reflejo en el Análisis Económico del Derecho Tributario

Las desigualdades de ingresos globales están aumentando y alcanzan niveles récord al mismo tiempo, con el 1% más rico del mundo embolsándose el doble de los ingresos del 89% de la población planetaria. Según el informe social global 2020 de la ONU⁶⁵⁰, los ingresos se concentran cada vez más en la parte superior de la población, siendo una tendencia universal. A través del coeficiente de Gini, se miden las diferencias

⁶⁴⁸ NASCIMENTO NETTO, Agostinho do. **Análise Econômica do Direito à Elisão Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017. p. 210.

⁶⁴⁹ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia – geografia dos grandes sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000. p. 178-180.

⁶⁵⁰ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: além do rendimento, além das médias, além do presente – as desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI**. New York: PNUD, 2019. p. 107 e 302-303. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_pt.pdf. Acceso en: 17 ago. 2020.

de ingresos de la población mundial, en este sentido, se encontró que, refiriéndose a los datos de 1990 a 2015, el 40% más pobre ganaba menos del 25% de los ingresos en los 92 países con datos, el ingreso promedio de las personas que viven en América del Norte es 16 veces mayor que el de las personas en África subsahariana y, desde 1990, la desigualdad de ingresos ha aumentado en la mayoría de los países desarrollados.

Así, sin políticas e instituciones adecuadas, las desigualdades crean y preservan la desigualdad de oportunidades, así como perpetúan las divisiones sociales, no es imprevisible que la isonomía y la supresión de las desigualdades sociales y económicas sean uno de los pilares constitucionales en la mayoría de los países del mundo.

El principio de isonomía establece que todos tienen el deber de tratar y ser tratados por igual. Al contrario de lo que parece, la lectura de este diplomado no es tan sencilla, pues este principio no impide que las personas tengan diferentes tratamientos, teniendo en cuenta que situaciones puntuales pueden dar lugar a diferentes planteamientos. Lo que el principio estipula realmente es el sellado categórico de la práctica de la discriminación negativa.

Es imperativo conceptualizar el término “discriminación negativa”, que se refiere a la definición de discriminación comúnmente utilizada, es decir, discrimina a alguien al transgredir sus derechos, término muy relacionado con el prejuicio, que puede ser social, cultural, racial, étnico, político, religioso, sexual, de edad, entre otros. La disposición en mención prohíbe la “institución de un trato estatal desigual entre los contribuyentes que se supone que están en igualdad de condiciones”.⁶⁵¹ Cabe destacar que esta discriminación puede ser puntual e individual, pero suele dirigirse a un grupo concreto de personas más vulnerables, situación que agrava la exclusión social y vulnera los derechos humanos.

Por otro lado, no toda discriminación es perjudicial para la eficacia del tratamiento isonómico, lo que eleva el importante nombre de “discriminación positiva”. Esto establece que los diferentes grupos sociales deben ser tratados de diferentes maneras, efectuando la máxima de la expresión aristotélica de que debemos tratar por igual a los iguales y desiguales, en la medida de su desigualdad. Esta lógica proporciona justificación y elementos para, por ejemplo, que las poblaciones de bajos ingresos paguen menos

⁶⁵¹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 14.

impuestos que las poblaciones de altos ingresos, así como para que los procesos tributarios facilitados y simplificados.

Es decir, minimizar a los que menos tienen. El principio de estas prácticas no es discutible. El sociólogo francés Castel⁶⁵² contribuye a esta clasificación al entender que, “hay formas positivas de discriminación que consisten en hacer más, ya que se trata de desplegar esfuerzos adicionales en favor de las poblaciones carentes de recursos para integrarlas”, en contraste “la discriminación negativa es la instrumentalización de la austeridad, constituida a favor de la exclusión”.

Con estas aportaciones, es posible cosechar la razón de ser de la isonomía uno de los pilares del derecho tributario. No sin razón que los estudiosos en la materia consideran este precepto corolario del canon de igualdad. Así, la isonomía positiva de que las normas jurídicas no pueden discriminar a sujetos infundados, ya que el trato discriminatorio debe basarse positivamente en las desigualdades individuales o sociales, con el fin de eliminar los desequilibrios sociales.

Además de validar la justicia tributaria, la isonomía corrobora la valla a los privilegios y prerrogativas tributarias abusivas, como señala Ricardo Lobo Torres:

*[...] a autolimitação do poder fiscal, por meio da Constituição ou da lei formal, consistente na permissão, destituída de razoabilidade, para que alguém deixe de pagar tributos que incidem genericamente sobre todos os contribuintes ou receba, com alguns poucos, benefícios inextensíveis aos demais.*⁶⁵³

Posner⁶⁵⁴, al discutir la racionalidad, bajo el sesgo del análisis económico, se basa en la discusión sobre el poder de la Corte Suprema para revocar, con el uso de disposiciones sobre el debido proceso y la igualdad de protección, la legislación estatal considerada irrazonable (desde la perspectiva del bienestar social o el interés público), conduciría a un cambio en el proceso legislativo democrático. Argumenta que la distribución injusta de la riqueza es parte del proceso democrático y la intervención solo aumentaría los costos de la información de la oposición o la revocación. Por lo tanto, es razonable que promulgue la ley que no ha infringido ningún interés constitucional

⁶⁵² CASTEL, Robert. **A discriminação negativa**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 13.

⁶⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a tributação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 367.

⁶⁵⁴ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

específico. Por otro lado, la discusión sobre la invalidación por parte de la Corte Suprema de leyes cuyos métodos adoptados no son razonables para lograr los fines previstos no está de acuerdo con el sentido de racionalidad desde el punto de vista económico. Estas leyes son racionales, incluso si no están de acuerdo con el interés público. El propósito de la igualdad de protección no está relacionado con la racionalidad de los legisladores, sino con el aumento de los costos para una mayoría política que busca superar a los demás.⁶⁵⁵

En el derecho tributario, la Agencia Tributaria, con la prerrogativa de la isonomía, no debe tratar exactamente de la misma manera a todos los contribuyentes. Las Autoridades Tributarias deben tratar a las personas de manera diferente, en vista del criterio de la formación contributiva individual. Por enunciación constitucional, se prohíbe cualquier distinción por la ocupación profesional o función desempeñada.

Así, el derecho tributario es intrínseco a la noción de isonomía y justicia tributaria y, concomitantemente, el análisis económico del derecho tributario tiene igual comprensión. Calabresi, por ejemplo, es un teórico económico que buscó la noción de justicia en sus postulados, “*él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia*”⁶⁵⁶ un ejemplo de la práctica de evitar el despilfarro, que es una forma de justicia.

El análisis económico del derecho, entonces, tiene consecuencias en la concepción de la justicia:

El AED nos permite saber cuánto nos cuesta ser justos, porque si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo porque sería un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar totalmente el análisis de justicia de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio. Por ello debemos al menos cumplir con el deber de saber cuánto nos ha costado ser justos. Ser justo no implica ser irresponsable. El AED analiza la norma, pero no lo realiza en abstracto, sino en base a su consecuencia social. Se analiza la norma actuando.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ POSNER Richard El. **El Análisis Económico Del Derecho**. Traducción De Eduardo L. Sr. Suárez. 2. Ed. México: FCE, 2007.

⁶⁵⁶ CALABRESI *apud* BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 32. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁶⁵⁷ *Ibid*, p. 32.

Como consecuencia del mandamiento isonómico, también están sus ramificaciones, que son los preceptos de la capacidad contributiva -determina que, cuando sea posible, los impuestos deben graduarse de acuerdo con la capacidad financiera de los contribuyentes-, la progresividad -que prevé el aumento de la tasa impositiva de acuerdo con el aumento en la base de cálculo- y la selectividad -que define cuánto más esencial es el producto o servicio, cuanto menor sea el valor de sus impuestos. Además, cabe destacar que estos institutos serán estudiados con más detalle sobre el tema de la capacidad tributaria y la regresividad tributaria.

Las ciencias económicas también ofrecen un importante estudio que dialoga intrínsecamente con los preceptos isonómicos, conocidos como la “economía del bienestar”. Esta rama tiene como objetivo lograr el bienestar social de los individuos y los agentes económicos a través del uso de herramientas micro y macroeconómicas, mirando simultáneamente dos axiomas: la distribución del ingreso y la eficiencia asignacional de un mercado.

La economía del bienestar redistribuye los recursos de una manera más isonómica -al transferirlos a los necesitados- asegura la optimización de la eficiencia del mercado, además de proporcionar una mayor competitividad de precios que, en consecuencia, suprime los costes entre las empresas implicadas y el valor final para el consumidor.

Sobre esta teoría, para resaltar empíricamente el déficit de las finanzas públicas estatales, Posner⁶⁵⁸ ilustra que se puede verificar en la insuficiencia de recaudación de impuestos destinada a la prestación de servicios gubernamentales que son consumidos por los desempleados en situación de vulnerabilidad. El economista señala que existe un método para inducir a los beneficiarios del sistema público estatal a migrar a otros estados que brinden mejores beneficios: establecer un nivel/límite muy bajo de prestación de servicios de este tipo. Las políticas públicas en este sentido deben formularse con extrema atención y cuidado. Para mostrar tal preocupación, Posner se refiere a la situación de proporcionar beneficios de vivienda a una familia en un estado en el que la tasa de desempleo es muy alta, por ejemplo.

⁶⁵⁸ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

Hay dos corrientes principales que se ocupan de la economía del bienestar social:

[...] a teoria neoclássica e a nova escola da economia do bem-estar social. A teoria neoclássica é representada por Edgeworth, Sidgwick, Marshall e Pigou e afirma que é possível construir uma determinação do bem-estar social mediante a simples soma das funções individuais de utilidade, ou seja, somando-se o que significa utilidade para cada um dos indivíduos de uma determinada sociedade. A Nova Escola da Economia do Bem-Estar Social (New Welfare Economics) foi desenvolvida especialmente por Pareto, Hicks e Kaldor. A eficiência econômica e a distribuição de renda são consideradas como problemas distintos e que exigem instrumentos diferentes de análise. Para a eficiência utilize-se como critério os modelos de Pareto e Kaldor-Hicks. Assim, para medir o bem-estar social entender-se que este será eficiente quando a melhoria de posição de um indivíduo (better off) não significar a piora na condição de outro (worse off). Por sua vez, os problemas de distribuição são verificados mediante funções de bem-estar social.⁶⁵⁹

Así, la isonomía juega un papel clave en el Análisis Económico del Derecho:

como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: qué tendría que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores convertir en números el derecho. Pero eso no es lo que persigue el AED. No se busca sustituir la justicia por la eficiencia. Uno puede (y debe) bajo el AED, buscar las soluciones justas a los problemas jurídicos. Pero si uno quiere ser responsable, parte de la solución justa es saber cuánto cuesta alcanzarla [...]. La eficiencia tiene que ver con evitar el desperdicio y así mejorar el bienestar de las personas. Lo que se busca es, por tanto, un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir un derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines. Lo que se persigue es evitar que los sistemas jurídicos generen desperdicios.⁶⁶⁰

Finalmente, el axioma fundamental de la isonomía, previsto en numerosas Cartas Constitucionales, a la luz de las enseñanzas de la economía y el derecho, debe aplicarse concomitantemente con la AED, promulgando los preceptos isonómicos junto con la ratificación del conocimiento del orden económico.

⁶⁵⁹ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 202.

⁶⁶⁰ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 23-24. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

4.2.4. Tributación como coste de Transacción: un camino para la efectivación de la Justicia Fiscal

Una proposición epistemológica económica de extrema significación del AED es el llamado “Teorema de Coase”, cuyo nombre se debe a su fundador, Ronald Coase, aunque el propio autor no le dio este nombre, que, como se señaló anteriormente, en vista de la relevancia de sus estudios, por esta y otras tesis, fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1991. No era un estudioso del derecho en sí, pero debido a la importancia de su trabajo en el campo legal, sus enseñanzas son altamente empleadas y mencionadas en la investigación legal, a tal grado que, en el ranking de los artículos de derecho más citados de todos los tiempos, compilado por Fred. R. Shapiro⁶⁶¹, o *paper The Problem of Social Cost*, escrito por Coase, surgió en primer lugar

Ronald Coase concibió la teoría de su “Teorema de Coase”, en su obra *The nature of the firm*⁶⁶², traducida como *A natureza da firma*, en 1937 y posteriormente en el artículo *The Problem of Social Cost*⁶⁶³, traducido a *O Problema do Custo Social*, en 1960, donde mejoró sus ideas previstas en el trabajo anterior. Los artículos mencionados han cobrado gran relevancia en el entorno científico, pues sostienen que la naturaleza de la empresa debe considerarse simplemente como el costo natural en el uso del mecanismo de mercado.

El artículo desarrollado en 1960 establece, de manera sintética, que las normas legales y las reglas gubernamentales no influyen en la eficiencia económica de la asignación del mercado porque las partes siempre negociarían soluciones óptimas, si existen dos requisitos básicos: (i) no hay costos de transacción y (ii) los derechos y deberes están bien definidos en la esfera legal.

Como se ve en el primer capítulo, los costos de transacción pueden traducirse como costos involucrados en el mercado, es decir, “contratar cuesta y el hecho de que el mercado no es otra cosa que un inmenso conglomerado de transacciones (contractuales), nos lleva a considerar que utilizar el mercado tiene un costo”.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. **Michigan Law Review**, Michigan, n. 110, p. 1483-1520, 2012. Disponible en: <https://repository.Law.umich.edu/mlr/vol110/iss8/2>. Acceso en: 15 ago. 2020.

⁶⁶² COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386- 405, nov. 1937.

⁶⁶³ COASE, Ronald H. O problema do Custo Social. Tradução de Francisco Kimmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

⁶⁶⁴ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 65. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

Por lo tanto, los costos de transacción se pueden sistematizar en tres tipos:

*[...] costos de búsqueda, costos de entrada y costos de ejecución: a) Costos de búsqueda: son los costos de identificar con quién voy a contratar y sobre qué. Por ejemplo, si quiero un televisor, tengo que identificar el modelo que quiero y pasearme por tiendas o leer folletos identificando el televisor más adecuado para mis necesidades y presupuesto, adquirir información adecuada, suficiente y confiable. Ello toma tiempo y costos. A ello se suma el costo de oportunidad de no tener el televisor durante el tiempo que estoy buscándolo. b) Costos de entrada: son los costos de celebrar la transacción misma. Negociar los términos del contrato, elevarlo a escritura pública o cumplir cualquier otra formalidad, costos de abogados para que me asesoren, etcétera. c) Costos de ejecución o monitoreo: una vez celebrado el contrato hay que ejecutarlo, monitorear el cumplimiento (revisar por ejemplo que la obra se ejecute según los planos), verificar los pagos y, en caso de incumplimiento, los costos de ejecutar las obligaciones (contratar abogados, ejecutar garantías, ir al poder judicial o a arbitraje, etcétera). Si, por ejemplo, los jueces o los árbitros no son confiables y efectivos, los costos se incrementan por la incertidumbre y el resultado es poca predictibilidad. Ello no solo incrementa el costo de los contratos celebrados, sino que si estos costos son muy elevados se celebrarán menos contratos o se celebrarán en términos más ineficientes.*⁶⁶⁵

A su vez, la primera versión original del Teorema de Coase en cuestión se puede resumir en los siguientes términos: “Cuando los costos de transacción son nulos, el uso eficiente de los recursos resulta del comercio privado, independientemente de la asignación legal de los derechos de propiedad”⁶⁶⁶ El autor clásico de la AED, Guido Calabresi, por su parte, interpreta esta teoría de una manera diferente: “[...] *if one assumes rationality, no transaction costs, and no legal impediments to bargaining, all misallocations of resources would be fully cured in the market by bargains*”.⁶⁶⁷ Otra variación interpretativa del teorema se puede dilucidar de la siguiente manera: “Se os custos de transação são zero, a estrutura jurídica não importará, porque todos os casos resultarão em eficiência”.⁶⁶⁸

En las preposiciones anteriores hay dos referencias principales, la primera es común a todos, mientras que la segunda no se refleja en todas las menciones del

⁶⁶⁵ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 65-66. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁶⁶⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direto & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 102.

⁶⁶⁷ CALABRESI, Guido. Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. **Journal of Law and Economics**, [s. l], p. 67-73, 1968. p. 68.

⁶⁶⁸ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 173.

teorema. El primero se refiere a los costos de transacción, que si son iguales o cercanos a cero, el resultado de los recursos será eficiente. El segundo es sobre la asignación final de recursos, que será invariable frente a las asignaciones alternativas de las garantías. En otras palabras, el Teorema de Coase se puede resumir en el dogma de que, a un costo de transacción cero, los individuos pueden comerciar libremente para resolver sus problemas sin necesidad de la interferencia de la ley, y el resultado será más eficiente que (cuando) los postulados legales aplicados.⁶⁶⁹

Dicho esto, es inferible que:

[...] los costos de transacción pueden ser realmente significativos y dependen de una serie de condiciones. No es exagerado decir que los países desarrollados lo son porque han logrado reducir los costos de transacción, lo que les permite celebrar más contratos y transacciones y con ello se mueven rápidamente hacia soluciones más eficientes y se acercan al óptimo paretiano.⁶⁷⁰

Por lo tanto, los costos de transacción inherentes al desarrollo económico de un país.

Además de la primera versión del Teorema de Coase, otra tesis, un poco más antigua, de 1937, sostiene que la naturaleza de la empresa (*The Nature of the Firm*) solo debe analizarse desde un punto de vista económico, constituyendo un valor de uso de las apariencias del mercado. Por lo tanto, desde este punto de vista, la naturaleza de la empresa simplemente constituye el costo de usar la herramienta de fijación de precios.

El concepto de empresa, para Coase, es sinónimo de ‘empresa’, por lo que la defino como una organización que produce y vende bienes y servicios, que contrata y emplea factores de producción, y se puede clasificar como primaria o secundaria. El objetivo principal de la creación de empresas, así como la estructuración contractual, es eliminar los costos de transacción, como los gastos contractuales, reduciendo las complejidades y la inseguridad de las operaciones crónicas.

Los esquemas contractuales prevén la resolución de posibles impasses y divergencias entre terceros, como terminación contractual, sanciones, incumplimiento de contrato, entre otras cuestiones que pueden generar controversias. Las empresas, por otro lado, brindan seguridad jurídica a los involucrados (empleos y empleadores), ya que

⁶⁶⁹ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 3 e 173-174.

⁶⁷⁰ Ibid, p. 66.

constituyen arreglos de sistematización de acciones y conductas, al estipular métodos estándar de resolución de problemas entre empleados y empleadores, suprimiendo el tiempo de posibles negociaciones recurrentes.

En este sentido, Caliendo, al analizar los estudios del autor del Teorema, explica que Coase afirma que la teoría neoclásica sobre los costos de transacción se basó exclusivamente en la noción de costos de comercio en el mercado, mientras que los derechos de propiedad se basan en los costos de establecer y proteger los derechos de propiedad.⁶⁷¹

Su principal contribución al entorno económico fue señalar que los costos de los movimientos del mercado no se limitaban a los valores de producción y transporte, porque existe un mundo de costos que la economía tradicional no consideraba como los costos diarios de mantener una empresa y los costos sobrevenidos de las celebraciones contractuales, y estos costos, llamados por Coase, “costos de transacción”. La primera idea, entonces, era más estrecha y la visión de Coase más completa.

En resumen, la idea central del Teorema de Coase es que, si los costos de transacción son iguales a cero, es decir, la primera demanda de un derecho de propiedad no afectará la eficiencia económica con la que se necesitarán asignar los recursos.⁶⁷²

Los conceptos parecen demasiado complejos y abstractos, pero se transmutan en una visualización más simple al ser títulos de un ejemplo práctico de aplicación del Teorema de Coase. Se supone que se inauguró una industria frigorífica junto a un barrio y la empresa, debido a su actividad final, comienza a emitir un mal olor que llega a las casas vecinas, reduciendo la calidad de vida de estas personas, además de reducir el valor de mercado de las viviendas (situación, incluyendo, que es bastante común en Brasil). Antes de la existencia del teorema, se concibieron dos hipótesis clásicas para resolver el problema: (i) aumentar la tributación de esta empresa y (ii) regular la actividad de la empresa, a través de la legislación que implementa, por ejemplo, multas y otras sanciones. Ambas hipótesis pretenden hacer que la empresa se replantee la producción de olor y obligarla a cambiar su comportamiento perjudicial para el barrio.

Con la inauguración del Teorema de Coase surge la máxima del autor que independientemente de quién tenga razón, la solución es la misma: será la solución

⁶⁷¹ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009. p. 191.

⁶⁷² ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 9.

óptima. En otras palabras, la mejor solución será la resultante de la negociación entre la fábrica y el vecindario, lo que resultará en un comportamiento óptimo. Insta a explicar que esta solución, denominada “óptima”, desconstituye la perspectiva jurídica de qué parte está violando el derecho y cuál tiene su derecho violado, al concebir que ambas partes tienen la capacidad de resolver la situación de la mejor manera que el orden positivo y las normas fiscales clásicas tienen disponible positivamente.

La solución óptima, por tanto, es la que genere mayor eficiencia económica. En este caso, es importante que independientemente de quién tenga la razón legal (barrio o firma), la mejor resolución a adoptar sea: la empresa debe albergar políticas y tecnologías que tengan como objetivo controlar la contaminación por olores. Por lo tanto, si los derechos están bien definidos, existe la obligación de reducir el mal olor y no hay costo de transacción para que las partes negocien y logren la solución más cercana a la perfectibilidad, apuntando a la anulación de las externalidades dañinas.

El derecho, por otro lado, obtiene el papel de definir quién pagará los costos de transacción (el vecindario o la empresa), es decir, quién es legalmente responsable de asumir los costos derivados de la implementación de la solución. En el ejemplo de las palabras, el sistema legal define entonces que la persona responsable de los costos de implementar tecnologías que reduzcan la externalidad negativa de la contaminación es la empresa. Sin embargo, se observa que independientemente de la posición del estándar legal, el resultado es el mismo y será el más racional y eficiente económicamente.

La teoría de Coase presenta así una visión más equilibrada del litigio desde un punto de vista puramente económico. Desde una perspectiva legal tradicional, se observa que la fábrica estaría causando daños al vecindario. Desde el punto de vista de Coase, se presenta un horizonte más recíproco de la situación, cuando vislumbra que tanto la fábrica genera daños al barrio, como el barrio también perjudica a la empresa, en la medida en que la somete a cambiar su actividad económica habitual.

En este camino, Coase⁶⁷³ conjetura que su mayor contribución teórica a la economía es la inserción de la tesis llamada “costos de transacción” en el análisis económico. La tesis puede traducirse como cualquier dificultad que se imponga para la plena realización de la negociación entre las partes, en otras palabras, se considera que

⁶⁷³ COASE, Ronald. The institutional structure of production. *In: PRIZE lecture.* [s.l.], mai. 1991. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>. Acceso en: 16 ago. 2020.

las partes tienen plena capacidad racional para llevar a cabo una negociación óptima, sin embargo, es una racionalidad limitada a la adversidad. En el ejemplo anterior, si un vecino estuviera viviendo en otro país, o un vecino estuviera muy enfermo, ambas situaciones configurarían obstáculo a la participación de vecinos para las negociaciones, careciendo de elementos para una decisión racional.

Otra externalidad negativa importante de la puntuación es el llamado “oportunismo”, conceptualizado como una conducta contraria a la ética, y no hay forma de que el mercado haga imposible que estas conductas ocurran.

De la conceptualización de los costos de transacción, se infiere que los impuestos también pueden considerarse un costo, ya que pueden perjudicar el negocio económico. De hecho, en Brasil esto puede suceder con frecuencia en vista de la alta carga tributaria nacional.

Es bastante simple visualizar esta pregunta. Si, por ejemplo, vender comida en un restaurante físico está insiriendo un impuesto alto, pero a cambio, el impuesto sobre los restaurantes que entregan solo entregas en línea es menor que bajo, puede resultar en que los restaurantes inviertan en menos espacios físicos y más en llamadas por Internet y aplicaciones, así como influir en la elección estándar de los consumidores, que pueden optar más por las compras en línea, debido a las compras muy reducidas. Por lo tanto, el costo de transacción de los impuestos influye directamente en el precio y el beneficio final de los empresarios y consumidores.

Es importante enfatizar, bajo otro giro, que los impuestos en la regularización de contratos se clasifican como costos de transacción restringidos y solo los impuestos clasificados en un sentido amplio son adoptados por el Teorema de Coase. Por lo tanto, los costes “formales” no se incluyen en la definición del coste de transacción.

En este sentido, un costo de transacción configura los impuestos que generan, según Caliendo:

i) insegurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal, iv) incentivos fiscais e iv) elevadas penalidades em matéria tributária. Desse modo, um agente de mercado pensará duas ou mais vezes antes de estabelecer uma empresa formal se os custos de transação forem superiores a atuação mediante uma empresa informal.⁶⁷⁴

⁶⁷⁴ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 194-195, jan./jun. 2009. p. 194-195.

Dependiendo de las circunstancias, “los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes”⁶⁷⁵, es decir, los impuestos, al ser un costo de transacción, pueden hacer imposible que los contratos sucedan y esto puede ser tanto positivo como negativo.

Es importante dilucidar esta pregunta en un caso empírico:

*Por ejemplo, una fábrica podría obtener beneficios por S/ 1000 pero generar daños por contaminación a sus 5000 vecinos equivalentes a un sol por cada uno, porque se ven afectados con enfermedades a las vías respiratorias. Obviamente, la sociedad estaría mejor si la fábrica cerrara, porque solo produce S/ 1000 de beneficios y S/ 5000 de pérdidas. La pérdida social sería de S/ 4000.*⁶⁷⁶

Un tributo ambiental, en este caso, podría detener esta contaminación y solo permitiría el funcionamiento de la planta si fuera menos contaminante, ya que si siguiera causando daños ambientales tendría que pagar altos impuestos. Por otro lado, si fuera una fábrica beneficiosa para la sociedad y los altos impuestos le impidieran seguir funcionando, los impuestos estarían actuando de manera perjudicial.

En este sentido, aplicando la fiscalidad de manera eficiente:

*[...] por la vía de internalización de los costos que los contaminadores producen, se lograría que cierren aquellas fábricas que causan más daños sociales que beneficios. En otras palabras, el concepto de costos de transacción explica por qué no todo se puede solucionar por transacciones en el mercado.*⁶⁷⁷

Finalmente, Coase, en su artículo del año 1937, se pregunta por qué existían las empresas, si la coordinación de la economía se lleva a cabo mediante el mecanismo de precios. La resolución a la pregunta se puede encontrar en su obra de 1932, en la que el economista afirma que las organizaciones existen porque en el mercado hay costos de transacción:

Encontrei a resposta no verão de 1932. Esta consistiu no reconhecimento de que existiam custos no uso do mecanismo de preços. O que são os preços deve ser descoberto. Existem negociações

⁶⁷⁵ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 67. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁶⁷⁶ Ibid, p. 67.

⁶⁷⁷ Ibid, p. 68.

*a serem empreendidas, contratos devem ser redigidos, inspeções devem ser realizadas, acordos devem ser feitos para dirimir disputas, e assim por diante. Esses custos devem ser entendidos como custos de transação.*⁶⁷⁸

Para Coase, los costos de transacción más prominentes se pueden subdividir en tres grupos comunes: (i) costos de información y demanda (que tiene como objetivo averiguar qué costos son relevantes para ser gastados), (ii) costos de decisión y negociación, y (iii) costos de control y ejecución.⁶⁷⁹

Así, el marco teórico de Coase representó un cambio de paradigma frente a la comprensión doctrinal ortodoxa, porque analizaba la racionalidad económica de manera ilimitada e integral. Por otro lado, Coase encontró que los arreglos contractuales, que son una forma de emprender la racionalidad económica, estaban delimitados, porque tenían hipótesis restrictivas, y presentaban inarmonía a las partes, porque, por ejemplo, en un abogado contractual, el abogado tiene más conocimientos técnicos que el cliente, lo que resulta en una información incompleta para este último. Por lo tanto, puede concluir que los contratos contienen información incompleta y limitada.

4.3. Teoría de la Tributación Óptima

Tras la contextualización del análisis económico en derecho tributario, sus supuestos teóricos, aplicaciones y críticas susceptibles es posible, a partir del examen de esta corriente económica, conceptualizar y delimitar la tributación considerada óptima, así como sus aportes a los ordenamientos jurídicos y a la economía.

Precisamente, *“la tributación óptima es un área de las finanzas públicas que busca determinar reglas de tributación que hagan mínima la carga excesiva introducida por los impuestos, es decir, preocupación por la eficiencia, pero también tendrá consecuencias sobre la equidad”*.⁶⁸⁰ A partir de esta conceptualización, se

⁶⁷⁸ COASE, Ronald. The institutional structure of production. *In*: PRIZE lecture. [S.l.], mai. 1991. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>. Acceso en: 16 ago. 2020.

⁶⁷⁹ ALVES, Francisco. Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. **Revista da Administração de Empresas**, São Paulo, v. 43, n. 2, p. 124-125, jun. 2003.

⁶⁸⁰ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015. p. 250.

entiende que un sistema tributario óptimo es el determinado por “*un conjunto de tasas impositivas que minimicen la carga excesiva que producen los impuestos*”.⁶⁸¹

Las políticas económicas, junto con sus implicaciones directas e indirectas, tienen una íntima relación con los modelos tributarios y sus objetivos, como la equidad y la eficiencia. “La equidad [...] es un concepto relativo, pues se puede entender de más de una forma, mientras que la eficiencia es un concepto absoluto”, ya a eficiencia “consiste en obtener el mayor producto posible de un monto dado de factores productivos y de una tecnología dada. La equidad consiste en alcanzar una distribución justa de este producto entre los ciudadanos del país”.⁶⁸²

Por lo tanto, un sistema tributario ejemplar es aquel que puede, en la práctica, lograr sus propósitos principales en el mundo real.

Henríquez induce que la teoría de la tributación óptima, en este apartado, propone conseguir los mejores resultados con el alcance de desconsonar dichos objetivos fiscales, debido a:

*[...] la maximización simultánea de la eficiencia y la equidad se da en el punto óptimo social de la economía. Las economías de la vida real se ubican por lo general lejos de este óptimo social, por ello los gobiernos implementan políticas redistributivas con la intención de moverse hacia este óptimo. Estas políticas son las que entran en el trade-off equidad versus eficiencia.*⁶⁸³

Los Estados nacionales no pueden desconocer las repercusiones económicas derivadas de la creación, emisión y extinción de impuestos, deberes burocráticos de las actividades económicas, alta o baja carga tributaria, incumplimiento de la obligación de pagar impuestos, aumento y disminución de los precios, reducción y aumento de la oferta y la demanda. Por lo tanto, deben considerar tales impactos en el momento del establecimiento o aplicación de las normas fiscales, así como promover incentivos a través de la propia tributación para fortalecer la economía, tanto por razones económicas como sociales⁶⁸⁴, con la teoría de la tributación óptima un papel central en el logro de estos propósitos.

⁶⁸¹ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidad y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015. p. 250.

⁶⁸² Ibid, p. 242 e 254.

⁶⁸³ Ibid, p. 255.

⁶⁸⁴ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011.

Así, se pretende aquí analizar las relaciones e intersecciones, así como sus efectos y retrocesos, entre las aportaciones del Análisis Económico del Derecho y la fiscalidad, diseño que inaugura la teoría de la tributación óptima, en la que se realizará un rescate histórico de su desarrollo y se presentarán sus principales aportaciones teóricas. En primer lugar, se introducirán las funciones de los impuestos y el Análisis Económico del Derecho Tributario, al abordar el derecho tributario frente a la luz de la eficiencia y la isonomía tributaria como reflejo en el AED. Posteriormente, se estudiará el tema central, es decir, la tributación como coste de transacción y el impuesto considerado óptimo. Finalmente, a partir de la teoría de la tributación óptima, se examinará el punto de la curva de Laffer, la capacidad tributaria como requisito para la implementación del AED, la regresividad tributaria como fallo del gobierno y, finalmente, la incidencia de la tributación óptima directa e indirecta.

De hecho, la concepción de impuestos óptimos comenzó a principios del siglo XX como un intento de responder a minimizar los problemas relacionados con los impuestos globales, según Sila:

Il concetto di tassazione ottima ha avuto avvio agli inizi del XX secolo come tentativo di risposta alle problematiche legate alle lump sum taxes, imposte o sussidi in forma fissa che non influenzano i prezzi relativi di beni e servizi. Questa tipologia di imposta ha l'obiettivo di redistribuire le risorse evitando distorsioni nel comportamento dei soggetti proprio perché è legata a fattori che esulano dal controllo di consumatori e produttori. Attraverso le lump sum taxes è possibile arrivare alla situazione di ottimo, in particolare Ottimo Paretiano, ovvero quella condizione in cui il miglioramento dello stato di un soggetto non comporta il peggioramento dello stato di un altro.⁶⁸⁵

Para entender la noción de tributo óptimo, es urgente establecer la comprensión previa sobre los institutos del “criterio de Pareto” y el “gran pareto”. Para ello, Bullard sostiene que la mejor manera de entender tales concepciones es a través de un ejemplo práctico:

Imaginemos un salón en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad, mujeres. A su vez hay máquinas de afeitar y lápices de labios. Sumadas las unidades de estos dos tipos de bienes hay cuarenta. No existen otros bienes en este mundo

⁶⁸⁵ SILA, Benetazzo. **Teoria della Tassazione Ottima del Reddito**: uno studio recente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia Internacional) – Dipartimento Di Scienze Economiche e Aziendali “Marco Fanno”, Università Degli Studi Di Padova, Pádua, 2015-2016. f. 8.

imaginario. Vamos a asumir [...] que las mujeres prefieren lápices de labios y los hombres máquinas de afeitar. Pero no necesariamente el número de mujeres coincide con el número de lápices de labios, ni el de hombres con el de máquinas de afeitar. Solo se sabe que alcanza para darle una unidad de algo a cada persona en el salón. Decidimos repartir los bienes al azar, sin ningún criterio determinado, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a otros, máquinas de afeitar e igual ocurre con las mujeres. Hemos llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase. Según nuestro ejemplo ya no es posible obtener más bienes para satisfacer las necesidades de los ocupantes del salón. La distribución inicial (dadas las preferencias hipotéticas que hemos definido) ha favorecido a los hombres a los que les tocaron máquinas de afeitar y a las mujeres a las que les tocó un lápiz de labios y ha perjudicado a los hombres a los que les tocó un lápiz de labios y a las mujeres a las que les tocaron máquinas de afeitar. La pregunta es entonces, luego de esta distribución inicial ¿cómo es posible mejorar la situación del grupo? [...] Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la máquina de afeitar de una mujer (una permuta) estaremos, según el criterio de Pareto, en una situación mejor, es decir más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio (tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos) y no se ha perjudicado a nadie (todos los demás están igual). La situación es entonces mejor que la anterior en términos de Pareto y por tanto se cumple con el criterio definido. En consecuencia, luego de este “contrato” al que los abogados llamamos permuta, ambas partes han mejorado y nadie ha empeorado. Con ello, el salón (es decir quienes están en él), han mejorado en el agregado. Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles (según su preferencia), pero están en capacidad de mejorar. Imaginemos entonces que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de intercambio (permutas) entre ellos, de manera que en un corto período varios de los hombres tienen una máquina de afeitar y varias de las mujeres tienen un lápiz de labios. Llegada esta situación estamos ante una situación óptima.⁶⁸⁶

El razonamiento propuesto por Coase, denominado por la doctrina como Teorema de Coase, “se basa en una consecuencial de coste-beneficio: el Estado debe, entendiendo que el daño es siempre recíproco, simplemente evaluar qué derecho genera más ganancias (maximizando la riqueza) si se protege”.⁶⁸⁷

Así, se consigue la máxima eficiencia de Pareto, junto con los estudios de Coase, cuando, cualquier cambio en la situación, implica un empeoramiento de esta. Al

⁶⁸⁶ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 19-20. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁶⁸⁷ TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional. **Revista BNDES** 42, [s.l.], p. 181-222, dez. 2014. p. 187. Disponible en: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acceso en: 16 nov. 2020.

llegar a este punto, se percibe que uno se está enfrentando a la etapa del grande de Pareto, cuando no hay posibilidad de mejorar la situación de alguien sin perjudicar a otros.

El origen de la tributación óptima se produjo en la década de 1970, especialmente por el trabajo del británico J. Mirrlees: *“L’effettivo avvio alla tassazione ottimale del reddito si ha negli anni settanta con il lavoro dell’economista britannico J. Mirrlees, il quale parte proprio dall’obiezione rivolta agli studi di Edgeworth”*.⁶⁸⁸

Es importante entender las teorías de la tributación que deben apuntar, según la cadena tributaria clásica, a los sistemas de una manera ligada a la noción de justicia fiscal, teniendo como principio central la equidad. De esta concepción se extraen dos escuelas teóricas:

*[...] que apresentam os critérios para aplicação do tratamento equânime do fisco. Há, de um lado, o critério de que a igualdade entre os indivíduos deve ser avaliada, para fins de tributação, de acordo com os benefícios recebidos pelo contribuinte dos serviços prestados pelo Estado. A outra corrente, que sem dúvida é a base teórica dos sistemas tributários vigentes, considera que o tratamento deve ser de acordo com a capacidade de contribuição dos indivíduos. A discussão, portanto, gira em torno da melhor aplicação do Princípio de Equidade Tributária.*⁶⁸⁹

En este segmento, por lo tanto, inferimos las enseñanzas clásicas de Adam Smith quien, en el libro V de La riqueza de las naciones, hace una reflexión sobre el papel del gobierno en la economía y presenta un largo análisis de los sistemas tributarios de su tiempo. En este análisis tributario, Smith presenta cuatro principios para una tributación óptima: equidad, certeza, conveniencia de pago y ahorro en la recaudación. Ariele, aclara que:

*A partir daí, estes princípios passaram a ser considerados inquestionáveis na perseguição de uma estrutura tributária ideal, ficando a discussão restringida a interpretação do Princípio de Equidade. Da formulação ambigua de Smith, permite-se que os economistas seguidores do critério do benefício ou do critério da capacidade de pagamento, considerem-se fiéis interpretadores do princípio formulado pelo autor clássico.*⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ SILVA, Benetazzo. **Teoria della tassazione ottima del reddito**: uno studio recente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia Internacional) – Dipartimento Di Scienze Economiche e Aziendali “Marco Fanno”, Università Degli Studi Di Padova, Pádua, 2015-2016. f. 9.

⁶⁸⁹ ARIENTI, Wagner Leal. A Teoria Tributária de Adam Smith: uma revisão. **Textos de Economia**, Florianópolis, n. 2, v. 2, p. 43-58, jun. 1987. p. 43.

⁶⁹⁰ Ibid, p. 43-44.

Además, a través del análisis de Corraza, el liberalismo político, obtenido de Adam Smith:

*[...] reconhece explicitamente a divisão da sociedade em classes e que estas tem interesses diferentes, até opostos [...] e sempre considerou estes interesses possíveis de serem conciliáveis, contradição irreconciliável de classes é uma idéia que só apareceu mais tarde*⁶⁹¹.

Por lo tanto, “el punto central que sostiene la visión optimista del funcionamiento de la sociedad capitalista, que encontramos en la obra de Smith, es la reconciliación entre el interés individual y colectivo”⁶⁹².

A pesar de abogar también por la reconciliación de diferentes intereses, Smith no deja de describir de manera realista la sociedad en la que vive y la dificultad de lograr esta armonía de intereses:

*Os planos e projetos dos investidores de capital regulam e dirigem todas as operações mais importantes do trabalho, sendo que o lucro constitui o objetivo proposto e visado por todos esses planos e projetos. Entretanto, a taxa de lucro não aumenta com a prosperidade da sociedade e não diminui com seu declínio – como acontecem a renda da terra e os salários. Ao contrário, essa taxa de lucro é naturalmente baixa em países ricos e alta em países pobres, sendo a mais alta, invariavelmente, nos países que caminham rapidamente para a ruína. Por isso, o interesse dessa terceira categoria (os capitalistas) não tem a mesma vinculação com o interesse da sociedade como das outras duas (donos da terra e trabalhadores). Ora, o interesse dos negociantes, em qualquer ramo específico de comércio ou manufatura, sempre difere sob algum aspecto do interesse público, e até se lhe opõe. O interesse dos empresários é sempre ampliar o mercado e limitar a concorrência [...]. É proposta que advém de uma categoria de pessoas cujo interesse jamais coincide exatamente com o do povo, as quais geralmente tem interesse em enganá-lo e mesmo oprimir-lo e que, conseqüentemente, tem em muitas oportunidades tanto iludido quando oprimido este povo.*⁶⁹³

La noción de conciliación, entre intereses individuales y colectivos transmitida por Smith, evoca el origen del gran homenaje. Este instituto se refiere al

⁶⁹¹ CORAZZA, Gentil. **Estado e Teoria Econômica**: de Quesnay e Keynes. 1984. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Estudos e Pesquisas Econômicas (IEPE), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1984. p. 26-27.

⁶⁹² ARIENTI, op. cit., p. 46.

⁶⁹³ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1983. p. 228-229. (Colección Os Economistas).

impuesto más eficiente económicamente, al cumplir “sus metas fiscales generando la menor influencia posible en el comportamiento de los individuos”.⁶⁹⁴ El impuesto óptimo no adquirió tal nomenclatura sin razón, fomenta la morosidad, desalienta el “efecto de autostop”, permite ingresos para el Estado y, concomitantemente, ofrece un impuesto per cápita relativamente bajo.

Tributación óptima, a su vez:

*[...] estuda a melhor forma de o Estado arrecadar os recursos necessários à consecução de seus fins, impondo custos mínimos à sociedade e considerando aspectos de capacidade contributiva. Ou seja, busca estabelecer a estrutura tributária capaz de atender às exigências de eficiência econômica, bem como de alcançar fins distributivos. Analisa a estrutura tributária a partir de uma perspectiva econômica, sociológica e jurídica, visando encontrar alternativas que possam melhorá-la e conduzi-la à realização de seus objetivos, que se concretizam de forma diferente nos vários Estados.*⁶⁹⁵

Bajo otro giro, la doctrina estadounidense deslinda sobre la tributación óptima en los siguientes términos:

*The standard theory of optimal taxation posits that a tax system should be chosen to maximize a social welfare function subject to a set of constraints. The literature on optimal taxation typically treats the social planner as a utilitarian: that is, the social welfare function is based on the utilities of individuals in the society. In its most general analyses, this literature uses a social welfare function that is a nonlinear function of individual utilities. Nonlinearity allows for a social planner who prefers, for example, more equal distributions of utility. However, some studies in this literature assume that the social planner cares solely about average utility, implying a social welfare function that is linear in individual utilities. For our purposes in this essay, these differences are of secondary importance, and one would not go far wrong in thinking of the social planner as a classic “linear” utilitarian.*⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 16.

⁶⁹⁵ FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019. p. 213.

⁶⁹⁶ MANKIWI, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew; YAGAN, Danny. Optimal taxation in theory and practice. **Journal of Economic Perspectives**, [s.l.], v. 23, n. 4, p. 147-174, 2009. p. 148.

Es decir, la teoría clásica de la tributación óptima de América del Norte postula que se debe elegir un sistema tributario para maximizar una función de bienestar social sujeta a un conjunto de restricciones, con la literatura sobre tributación óptima concebida la planificación social como un factor utilitario.

Los postulados del impuesto considerado óptimo incluyen la regla de proporcionalidad, que prevé lo siguiente:

Si todos los bienes fueran gravables (incluyendo el ocio), la regla de tributación óptima indica aplicar alícuotas uniformes a todos los bienes, en tanto como ya se explicara la existencia de carga excedente se presenta cuando los impuestos introducen distorsiones en los precios relativos entre viene.⁶⁹⁷

Por lo tanto, las fallas del mercado son lo opuesto a la categoría “óptima” y demuestran la razón de que, desde el punto de vista colectivo, el Estado no es positivo para que la economía esté de acuerdo con el libre mercado basado en el *laissez-faire*, sin ninguna intervención estatal.

En el tema burocrático, se argumenta que la burocracia genera más burocracia, lo que se traduce en más impuestos para financiar su administración, es decir, cuanta más burocracia, más impuestos. En Brasil esto es bastante notable.

Según el estudio *Doing Business*⁶⁹⁸, del Banco Mundial, Brasil es uno de los 10 peores países del mundo para pagar impuestos, ocupando el puesto 184 de 190 países. Con relación al tiempo dedicado a pagar impuestos, Brasil ocupa el último lugar, con 1500 horas/año, casi el doble de las horas dedicadas en Bolivia, la penúltima de este ranking. La mayor parte del tiempo se dedica a los impuestos sobre el consumo (PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS), totalizando 1.161 horas al año.

Esta situación se debe a múltiples factores, como las numerosas leyes que se ocupan de los impuestos, los cambios en las reglas y las diversas tasas, hallazgos que hacen que los contribuyentes gasten tiempo y dinero excesivos solo para adaptarse a la legislación tributaria. Aún así, los costos de cumplimiento son enormes, lo que aumenta los costos de las transacciones económicas. Para dilucidar la gravedad de estos impasses,

⁶⁹⁷ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 188.

⁶⁹⁸ FACILIDADE de se fazer negócios em Brasil. In: DOING business. [S.L.], 2019. Disponible en: www.portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil. Acceso en: 20 ago. 2020.

cabe mencionar un dato importante: Brasil ya ha emitido 309.147 normas tributarias en 25 años, de 1988 a 2013, lo que representa 31 normas diarias.

La complejidad del sistema tributario nacional es inequívoca y una de las razones centrales es la existencia (con permiso a la figura del lenguaje) de “diversos derechos tributarios” que viven simultáneamente, no siempre de manera armoniosa. El término “varios” es para reflejar el estancamiento de la consonancia de las normas tributarias emitidas en varios niveles, considerando que el sistema tributario brasileño está laminado en el ámbito constitucional, en el código tributario y dentro de las leyes emitidas por las 5.500 entidades federativas epidérmicas que tienen jurisdicción para la imposición de impuestos, a menudo disonantes.

El problema, sin embargo, no es la existencia de estos múltiples niveles de normas fiscales, sino el hecho de que cada uno de estos niveles no tiene ninguna preocupación en establecer una consonancia con los estándares de nivel superior. Por eso es tan común la práctica de cambiar las leyes tributarias por parte de municipios, estados o la unión en total disonancia a los mandatos constitucionales; incluso gran parte de las disputas fiscales se derivan de este problema.

La jurisprudencia y la doctrina también crean nuevos paradigmas tributarios que muchas veces no tienen mucha preocupación por la preservación de la seguridad jurídica tributaria. Estas fuentes irradiadoras de normas y entendimientos no tienen una cultura de precedentes, transformando el sistema tributario, según la expresión de Alfredo Augusto Becker, en un verdadero “asilo fiscal”.⁶⁹⁹

En relación con el sistema fiscal italiano, el país se encuentra en el puesto 58 en facilidad general para hacer negocios y en el 98 en apertura de un negocio, entre 190 economías. Aunque abrir una empresa en Italia puede llevar menos tiempo, por otro lado, cuesta más que el promedio del resto de la Unión Europea. En una muestra de 13 ciudades italianas, abrir un negocio puede tomar alrededor de una semana en promedio. Sin embargo, cuesta el 13,8% de la renta per cápita, la más alta de la UE. Alrededor del 75% de este costo se refiere a los honorarios notariales requeridos para la redacción de la nota social y la preparación de los otros documentos de constitución. Italia también requiere que los empresarios paguen 310 euros por un impuesto de subsidio del gobierno, 200 euros por el impuesto de registro, 156 euros por el impuesto de timbre, así como la tarifa de registro de la Cámara de Comercio de 90 euros y una tarifa de entrada anual de

⁶⁹⁹ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

120 euros, y la tasa legal del impuesto sobre la renta de las empresas es del 24%. Italia cobra 14 impuestos y contribuciones, que combinados pueden representar el 59% de las ganancias. Sin embargo, los créditos fiscales pueden compensar parte de esto.⁷⁰⁰

En los Estados Unidos, el país se clasifica constantemente entre los mejores a nivel internacional por su competitividad general y facilidad para hacer negocios. Respalda por un entorno regulatorio que es particularmente propicio para iniciar y operar un negocio, la cultura empresarial de los Estados Unidos fomenta la libre empresa y la competencia.⁷⁰¹

Desde el punto de vista del sistema tributario indio:

*[...] os desafios do governo são enormes, principalmente no que diz respeito à necessidade do Estado aumentar a sua capacidade de arrecadação. Para tanto, reformas adicionais serão necessárias, especialmente aquelas que têm como objetivo aumentar a carga tributária para reequilibrar o orçamento do governo; grave problema presente na Índia. Nesse contexto, o desafio indiano é muito maior do que o brasileiro, pois reformas que conduzam à elevação da carga tributária e ampliação da base de incidência são sempre mais custosas, principalmente devido aos problemas políticos e econômicos associados.*⁷⁰²

China es un vasto país donde las leyes nacionales, las regulaciones locales y los procedimientos proporcionan un marco legal complejo para hacer negocios. Por otro lado, el país se destaca en la disyunta de recaudación y promoción de incentivos, siendo uno de los países con mayor crecimiento per cápita:

No entanto, problemas relacionados à forte descentralização da arrecadação geram incentivos adversos, na medida em que estimula a guerra fiscal entre as províncias e, portanto, precisam ser solucionados. Além disso, a China precisa melhorar a qualidade da administração tributária e necessita aumentar a rede de proteção social para assegurar melhor qualidade de vida para seus habitantes. Problemas ambientais também estarão mais presentes na pauta de discussões do país, o que colocará fardo adicional ao sistema tributário. Contudo, a experiência chinesa mostra que, para alcançar

⁷⁰⁰ DOING business in Italy. In: WOLTERS kluwer. [S.l.], 2020. Disponible en: www.wolterskluwer.com/en/expert-insights/doing-business-in-italy. Acceso en: 20 ago. 2020.

⁷⁰¹ EASE of doing business. In: SELECT USA. [S.l.: s.d.]. Disponible en: <https://www.selectusa.gov/doing-business>. Acceso en: 20 ago. 2020.

⁷⁰² Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Carta IEDI. In: IEDI. Ed. 309, [s.l.], 2009. Disponible en: https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_390_os_sistemas_tributarios_dos_paises_do_bric_um_foco_na_competitividade_externa.html. Acceso en: 20 ago. 2020.

*o objetivo último do crescimento, não há solução mais direta do que crescer.*⁷⁰³

En el Perú, a su vez, una de las principales dificultades en el modelo tributario adoptado es:

*[...] la evasión de impuestos, la cual ha crecido en los últimos años. En el caso del IGV está en 35.9%, o sea 3.5% del PBI. (...) en el caso del IR, también la evasión está en 57%, lo que representa 5.4% del PBI (...). Este tema explica por la informalidad (...). Para esto, el Gobierno tiene que tener una decisión política de crear un nuevo régimen tributario concentrado en los ingresos de los empresarios para no ahuyentarlos.*⁷⁰⁴

Así, el desafío central en el panorama fiscal peruano:

*[...] está influenciado por la informalidad de la economía que representa un 55%; eso quiere decir que tan solo el 45% de la economía genera valor e ingresos para la caja fiscal [...] Por ello, las dificultades que enfrenta el sistema tributario son la economía informal, la evasión e ilusión tributaria.*⁷⁰⁵

Por último, Rusia:

*[...] possui um sistema tributário eficiente, com baixas alíquotas e boa qualidade na administração tributária. O problema nesse caso é a forte dependência da receita dos recursos naturais no orçamento e a falta de incentivos à promoção das exportações, prejudicada com a forte apreciação da taxa de câmbio, deixando a dinâmica de crescimento e arrecadação do país dependente de fatores exógenos, aumentando a vulnerabilidade externa do país.*⁷⁰⁶

Estos escenarios nacionales demuestran la importancia de aplicar el equilibrio económico óptimo seminal al análisis económico del derecho tributario. Por lo

⁷⁰³ Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Carta IEDI. In: IEDI. Ed. 309, [s.l.], 2009. Disponible en: https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_390_os_sistemas_tributarios_dos_paises_do_bric_um_foco_na_competitividade_externa.html. Acceso en: 20 ago. 2020.

⁷⁰⁴ MENA, Fiorella Gil. El sistema tributario del Perú y las dificultades que hacen lento su desarrollo. In: GESTIÓN. Peru, 30 jan. 2018. Disponible en: <https://gestion.pe/Economia/dificultades-enfrenta-sistema-tributario-peru-226012-noticia/>. Acceso en: 20 ago. 2020.

⁷⁰⁵ Ibid, no paginado.

⁷⁰⁶ Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Carta IEDI. In: IEDI. Ed. 309, [s.l.], 2009. Disponible en: https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_390_os_sistemas_tributarios_dos_paises_do_bric_um_foco_na_competitividade_externa.html. Acceso en: 20 ago. 2020.

tanto, para lograr una tributación óptima, el hombre de impuestos Cristiano Carvalho estipula cinco requisitos fundamentales para maximizar la eficiencia económica: (i) debe concebirse a partir de un amplio apoyo de los contribuyentes, evitando que la tributación excesiva recaiga sobre unos pocos; ii) la legislación debe ser objetiva, simplificada, accesible y fácil de entender, transmitiendo seguridad jurídica a los electores; (iii) reflexionar sobre productos de demanda inelástica, como productos que, independientemente de los cambios de precios, duran con frecuencia y no afectan a la demanda; iv) observar y consagrar la justicia fiscal respetando el precepto isonómico; y finalmente (v) tienen bajo costo administrativo.⁷⁰⁷

Así, el impuesto será más eficiente, configurando un tributo óptimo, en la medida en que sea más equitativo para todos los implicados, así como aplicarse a un amplio número de contribuyentes -al dividirse y evitar una elevada recaudación de forma individual, sin afectar al valor de la recaudación final total-, ser fácil de entender, coincidir en productos o servicios de consumo estable y frecuente, y, en última instancia, para mantener la isonomía. Todos estos factores delimitan el propósito principal de un tributo eficiente, de acuerdo con las enseñanzas de la escuela austriaca y otras escuelas de análisis económico, que es la consagración del principio de neutralidad fiscal.

Las reglas del tributo óptimo tienen dos caminos resolutivos principales: (i) las soluciones de Ramsey y (ii) otros criterios de eficiencia:

[...] la Regla de Ramsey postula que la estructura tributaria óptima es la que induce a reducciones proporcionales en las cantidades demandadas de los bienes gravados. Dado que las elasticidades precio de las demandas de los bienes no son iguales, la regla conduce a la fijación de alícuotas diferentes¹⁵⁶, ($\eta_x \neq \eta_y$), que habrán de alterar los precios relativos de forma tal que se logre igualar dichas variaciones proporcionales de las cantidades. Es decir: $\Delta X/X_0 = \Delta Y/Y_0$. Para lograr esta reducción proporcional en las cantidades, las alícuotas necesariamente deberán ser mayores cuanto menor sea la elasticidad-precio de la demanda respectiva. Pero esto implica una tarea muy difícil de resolver a nivel práctico, teniendo en cuenta que las demandas de los bienes usualmente son elásticas no solo respecto a su precio, sino además respecto al precio del resto de los bienes (sustitutos y complementarios), de manera que la regla no necesariamente habrá de inducir a la diferenciación de alícuotas en forma estricta e inversamente proporcionales a las elasticidades precio directas de los bienes. Una particularidad necesaria de la regla de Ramsey es que las elasticidades precio de la demanda deben ser

⁷⁰⁷ CARVALHO, Cristiano. *A Análise Econômica do Direito Tributário*. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). *Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 2-15.

*referidas a curvas de demanda compensadas (Hicks), de muy difícil medición empírica. Caso contrario, las cargas excedentes estarán sesgadas al incorporar los efectos ingreso de las curvas de demanda normales (Marshallianas). El sesgo que pudiera introducir el empleo de las curvas no compensadas ha sido, no obstante, relativizado.*⁷⁰⁸

Como derivación de la regla de Ramsey, surgen las pautas de proporcionalidad inversa y la elasticidad-precio correcto de la demanda, *siendo “aplicable al caso de un subconjunto de bienes gravables cuyas elasticidades-precio cruzadas son iguales a cero. En tal caso, las demandas de los bienes gravables solamente responden a los cambios producidos en sus propios precios [...]”*⁷⁰⁹

Este principio fiscal busca armonizar institutos como la equidad y la eficiencia para que no tengan inconformidades en la perspectiva económica, al considerar estos dos intereses disímiles. Al finalizar sus estudios sobre el impuesto óptimo, Mankiw, Weinzierl y Yagan detallan la complejidad de la teoría e implementación de un modelo fiscal óptimo, además de señalar las respuestas correctas, errores e incertidumbres de esta corriente de microeconomía:

On the one hand, some trends in tax policy look like at least partial victories for optimal tax theory. Perhaps the most important is the worldwide trend toward reduced taxation of capital income, at least in statutory tax rates. In addition, the worldwide trend toward tax systems with flatter tax rates might be seen as a reflection of lessons from theoretical work. Recall that the motivation of the original Mirrlees (1971) model was to provide a framework in which to derive an optimal structure of tax rates, which (surprisingly) often turned out to be nearly flat over a broad range. The robustness of this conclusion remains open to debate, as it depends on details of the ability distribution and individual utility function that are hard to pin down. But it is at least arguable that the movement toward flatter taxes is consistent with prescriptions from theory. On the other hand, some results from optimal tax theory cannot be easily identified in actual policy and seem unlikely to be found there anytime soon. The theory predicts that policymakers should use exogenous “tags” that are correlated with income-producing ability, such as gender, height, and race. Recent work recommends capital taxation that is regressive in labor income changes, according to which capital income is taxed for those who earn surprisingly little and subsidized for those who earn surprisingly much. Few economists advising political candidates or elected government officials would have the temerity to advance these ideas in any practical discussion of tax policy. Why not? One possibility is that theory is right and that policymakers and the public

⁷⁰⁸ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 189.

⁷⁰⁹ *Ibid*, p. 189.

are slow to appreciate certain valuable but counterintuitive insights. Another possibility, at least as plausible, is that the broader tradition in public finance includes other ideas that are often ignored in modern optimal tax theory, such as the benefits principle that a person's tax liability should be related to the benefits that individual receives from the government and the horizontal equity principle that similar people should face similar tax burdens. Whether and how to incorporate such ideas into the theory of optimal taxation remain open questions.⁷¹⁰

Según la advertencia proporcionada por el economista Mises, desde el momento en que un impuesto excede su punto óptimo de recaudación, la propensión es que la recaudación disminuya, y puede, en la hipótesis de elevación exagerada del orden tributario, culminar en su colapso. Así que:

[...] impostos discriminatórios aplicados sobre as grandes empresas, acima de certo limite, resultam no completo desaparecimento dessas empresas. Os impostos sobre o capital, sobre a herança e sobre a propriedade, da mesma forma que o imposto sobre a renda, também são autodestrutivos, se levados a extremos.⁷¹¹

La taxista italiana Sila suprime los estudios sobre la fiscalidad óptima porque son recientes y ciertamente no se consideran en un punto estable. Los resultados teóricos no son definitivos si se insertan en la vida real ante hipótesis restrictivas y resultados que corren el riesgo de ser antagonizados con la respuesta de la población. Sin embargo, la teoría de la tributación óptima tiene el mérito de arrojar luz sobre problemas reales, que independientemente de la tipificación adoptada para la comunidad, son siempre actuales. La búsqueda del bienestar común y la reducción de la pobreza siguen siendo los pilares de las políticas gubernamentales, y la acción fiscal es una de las herramientas más efectivas para lograr estos objetivos. Por lo tanto, es más correcto mirar la teoría como una guía, acercando las acciones políticas a los modelos teorizados, ajustándolas a la situación económica y social de referencia:

Lo studio della tassazione ottimale, in quanto recente, certo non può dirsi approdato ad un punto stabile. A riprova di questa osservazione c'è proprio il lavoro MWY[09] che mostra come i risultati teorici non siano definitivi se inseriti nella vita reale a fronte di ipotesi restrittive

⁷¹⁰ MANKIWI, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew; YAGAN, Danny. Optimal taxation in theory and practice. **Journal of Economic Perspectives**, [s.l.], v. 23, n. 4, p. 147-174, 2009. p. 171-172.

⁷¹¹ MISES, Ludwig von. **Ação Humana**: um tratado de Economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 840.

e di risultati che rischiano di porsi in antagonismo con la risposta della popolazione. Di sicuro con la recente crisi del 2008 il focus si è spostato dal benessere alla povertà, perciò l'approccio non-welfarista potrebbe risultare maggiormente accettabile, tant'è che tiene più in considerazione le reazioni individuali prevedendo una gamma di scenari meno generalizzata. La semplificazione del contesto d'analisi tuttavia è cosa comune nei modelli teorici, ancor più tra quelli che hanno tra i termini di studio la società, che sappiamo essere realtà complessa e multi sfaccettata. La teoria della tassazione ottima ha il merito di portare luce su problematiche effettive, che a prescindere dalla tipizzazione adottata per la collettività risultano sempre attuali. Il perseguimento del benessere comune e l'abbattimento del livello di povertà rimangono punti cardine delle politiche di governo, e l'azione fiscale è uno degli strumenti più efficaci per il raggiungimento di tali obiettivi. Allora è più corretto guardare alla teoria come una guida, operando un avvicinamento delle azioni di policy ai modelli teorizzati, aggiustandoli alla situazione economico-sociale di riferimento.⁷¹²

Por lo tanto:

[...] las reglas tradicionales de tributación óptima han sugerido la ideal situación de gravar con tasas uniformes a los bienes y servicios (de consumo final y/o al valor agregado). Sin embargo, ante la imposibilidad de gravar todos los bienes (sea por razones teóricas - como el caso del ocio- o de administración tributaria), se sugiere el empleo de la regla de Ramsey que implica gravar a los bienes y servicios con tasas diferenciales en forma inversamente proporcional a las elasticidades-precio de sus demandas (de manera de lograr reducciones proporcionales en las cantidades transadas). Proposiciones posteriores (Corlett y Hague, Habegger, Meade) sugieren, asimismo, gravar con tasas mayores los bienes y servicios complementarios del ocio. No obstante, la historia de la literatura sobre tributación óptima no está concluida; aportes posteriores a las reglas tradicionales han arrojado dudas sobre la validez de las mismas bajo determinadas circunstancias, especialmente referidas a los valores que asuman las elasticidades-precio cruzadas de los bienes.⁷¹³

Por todo lo anterior, se vislumbra la importancia de una tributación óptima a la luz de los problemas reales de la tributación, interdisciplinarios, mediante la búsqueda constante, a través de la economía, las matemáticas y la estadística, logrando que, los más diversos modelos tributarios, logren impuestos considerados óptimos, es decir, aquellos

⁷¹² SILVA, Benetazzo. **Teoria della Tassazione Ottima del Reddito**: uno studio recente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia Internacional) – Departamento Di Scienze Economiche e Aziendali “Marco Fanno”, Università Degli Studi Di Padova, Pádua, 2015-2016. f. 31.

⁷¹³ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 893.

que engloban el mayor bienestar común en concomitancia con la máxima mejora de la acción fiscal.

La teoría funciona como base para acercar las acciones políticas tributarias al punto considerado óptimo, pues desde el momento en que el impuesto excede su punto óptimo de recaudación, la estupefacción sugiere que la recaudación disminuye, e incluso puede culminar en una crisis fiscal. Así, el punto central de esta corriente fiscal y económica es la unión entre los elementos de equidad y eficiencia; ponderando estos dos intereses para solidificar uno de los principales puntos de la fiscalidad óptima es conseguir el punto en la curva de Laffer de la fiscalidad donde cualquier cambio en la situación tributaria implica un empeoramiento del sistema, es decir, cuando no hay posibilidad de mejorar la situación de alguien sin perjudicar a otros. Este periodo, tan parecido a gran tributo, es el máximo punto de eficiencia fiscal que, según las teorías estudiadas, puede alcanzar el impuesto.

Sin embargo, dado que uno vive en un planeta con recursos finitos, usarlos de la mejor manera debería ser un objetivo general de la humanidad frente a las crecientes necesidades de las relaciones económicas. En este contexto, la fiscalidad óptima tiene principios, normas y conductas fundamentales para la gestión más eficaz de dichos recursos en relación con el viés fiscal, así como “*da una gran importancia a la eficacia real de la ley; aún más, el criterio a partir del cual juzga si una ley es buena o mala es apelando a sus resultados, es decir, a qué tanto se modificó el comportamiento de los destinatarios de la ley*”.⁷¹⁴

Como explica Carvalho:

*[...] a tributação sempre é nociva, do ponto de visto econômico, isto é, sempre gera ineficiência. Por certo que isso não faz com que se deseje eliminar a tributação, pois o Estado não é possível sem ela, e como este é necessário para proteger direitos individuais, também o é a tributação (um mal necessário, portanto). [...]. O que se deseja, do ponto de vista de eficiência econômica, é a limitação da tributação em um ponto que não iniba a atividade privada, única geradora de riqueza para a sociedade. Daí a importância do direito tributário, principalmente das limitações ao poder de tributar.*⁷¹⁵

⁷¹⁴ TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El análisis económico del Derecho**. Colombia: Precedente, 2012. p. 130.

⁷¹⁵ CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). **Direito Tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 11.

Por lo tanto, una de las principales contribuciones teóricas de la tributación óptima al derecho tributario es:

[...] precisamente el énfasis que hace en la importancia de los resultados reales que tienen las leyes: se dice que el derecho no ha dado suficiente atención a este problema, mientras que la economía ha logrado rescatar la importancia de explicar y valorar los efectos que las leyes tienen en sus destinatarios y en el agregado de la sociedad.⁷¹⁶

Los resultados de la adopción de un sistema tributario óptimo también demuestran el valor de esta corriente microeconómica al implicar consecuencias positivas como el sellado de que la tributación excesiva recae sobre unos pocos; una legislación tributaria objetiva, accesible y sencilla de comprensión y aplicación, que transmita una mayor seguridad jurídica a todo el ordenamiento, lo que, además, se traduce en menos litigios tributarios judicializados relativos a lagunas y ambigüedades legislativas; consagra la justicia fiscal al colocar la isonomía como un tema central y tiene un bajo costo administrativo. Así, las concepciones de tributación óptima constituyen un sistema tributario más eficiente, con apoyo a preceptos isonómicos, que genera un menor costo estatal y transmite más seguridad jurídica, rapidez y eficacia a los contribuyentes. Por lo tanto, para la comprensión adecuada del tributo óptimo, es esencial estar también en el punto de la curva de Laffer.

4.3.1. Punto en la Curva de Laffer como parámetro de una Justicia Tributaria

En honor a su creador, el economista Arthur Laffer, la llamada “Curva de Laffer” estipula el punto óptimo en la recaudación de impuestos, constituyendo una especie de ‘metro’ de la eficiencia de la tributación a través de cálculos matemáticos que dan como resultado un gráfico. Esto significa que por encima de este punto, cuanto mayor sea la tasa impositiva cobrada, mayor será la predisposición a la evasión fiscal, con la consiguiente reducción de los ingresos.

Esta teoría económica se destaca como una política incorporada por la mayoría de los países que tienen como denominador común la propuesta de reducción general de impuestos basada en las hipótesis teóricas de Laffer, como explican Komlos y

⁷¹⁶ TRUJILLO; PARDO, op. cit., p. 132.

Perri: “*I partiti e i movimenti sovranisti che stanno salendo alla ribalta in gran parte dei paesi occidentali hanno come comune denominatore, di politica economica, la proposta di una riduzione generalizzata delle tasse sulla scorta delle ipotesi teoriche di Arthur Laffer*”.⁷¹⁷

Un punto central que considerar en dicha categoría económica está relacionado con:

*[...] tema de la maximización no ya del bienestar social sino de la maximización del rendimiento de los impuestos. En la literatura moderna sobre finanzas públicas es usual hallar explicaciones sobre uno de los argumentos centrales del enfoque económico conocido como la economía del lado de la oferta (supply-side economics); se trata de la denominada Curva de Laffer.*⁷¹⁸

La cuestión clave en la curva de Laffer es que este punto demuestra cuando existe un equilibrio entre la tributación y el producto interior bruto (PIB) en el que se maximiza la recaudación financiera, estableciendo el punto óptimo. Como explica Araújo, el punto de la curva de Laffer “indica que la recaudación tributaria no aumenta proporcionalmente a la carga tributaria indefinidamente, sino solo en cierta medida, a partir de la cual, con un nuevo aumento de impuestos, los ingresos están decayendo”.⁷¹⁹

En 1974, Arthur Laffer, en un almuerzo con los representantes del gobierno Dick Cheney y Donald Rumsfeld, según se informa, diseñó en una servilleta los primeros proyectos de lo que se convertiría en uno de los principales conceptos de la economía política moderna, a saber, la curva de Laffer.⁷²⁰ Después de este almuerzo, se desarrollaron muchos otros estudios para tratar de medir el porcentaje de la carga tributaria que correspondería a la recaudación máxima de impuestos.

Primero, es necesario mirar quién es este teórico económico:

Alfred Laffer, asesor económico del presidente Ronald Reagan de los EE. UU. durante el período 1981-1989, adelantó la sugerencia de que una política fiscal consistente en la reducción de la presión tributaria

⁷¹⁷ KOMLOS, John; PERRI, Salvatore. Il Reaganismo, la Curva di Laffer e la Flat Tax: alcune considerazioni realistiche. In: ETICA PA. [S.l.], 2019. p. 1. Disponible en: www.eticapa.it/eticapa/wp-content/uploads/2019/10/Breve-_Reaganomics-curva-di-Laffer-e-flat-tax_.pdf. Acceso en: 18 nov. 2020.

⁷¹⁸ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 160.

⁷¹⁹ ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Rdiet**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 197-226, jan./jun. 2016. p. 197.

⁷²⁰ ATKINSON, Anthony B. **Inequality: what can be done?** Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 267.

ante signos de recesión que registraba la economía americana de entonces, conllevaría el recupero del nivel de actividad económica y al mismo tiempo un aumento de la recaudación tributaria, contrariamente a la preocupación usual de muchos políticos que para entonces pensaban (y algunos aún piensan hoy) que una baja de las alícuotas impositivas conduciría necesariamente a una reducción en la recaudación tributaria.⁷²¹

El concepto, debido a que implica cálculos matemáticos, parece bastante complejo, pero es simple de entender:

[...] a arrecadação tributária não cresce em proporção direta ao aumento da alíquota média praticada. Em uma situação ideal, a arrecadação fiscal aumentaria conforme se implementassem maiores alíquotas, de modo que, se com 10% de carga tributária houvesse uma arrecadação de \$10, com uma carga de 20% se teria uma arrecadação de \$20, com 30% de \$30, com 40% de \$40, e assim proporcionalmente. A receita fiscal, nesse cenário hipotético, cresceria de forma proporcional ao incremento da carga tributária. A função agregada da arrecadação com a carga tributária, em valores proporcionais do Produto Interno Bruto – PIB, estaria disposta como uma linha reta simétrica em relação a ambos os eixos. Atingiria seu ápice juntamente com o limite da carga tributária de 100% do PIB.⁷²²

La curva se invierte inesperadamente en un punto específico que, en lugar de aumentar los ingresos, un nuevo aumento de impuestos lo disminuiría. Esto se debe a que el aumento de la recaudación tributaria desincentiva a los individuos, así como estimula la informalidad. Los contribuyentes afectados por la alta recaudación tributaria, ante el nuevo costo adicional, podrían simplemente dejar de practicar el hecho generador o intentar practicarlo con el uso de mecanismos de planificación tributaria (lícitos o ilegales), con el fin de reducir los costos inherentes a la operación.⁷²³

Y:

[...] del análisis de la Curva de Laffer, se sabe que para un cierto rango de valores de recaudación tributaria total, existe la posibilidad de alcanzarlo con dos niveles de tasas impositivas distintos. Por lo tanto, para una recaudación dada se debe buscar el nivel de tasas impositivas más bajas que permitan lograrlo. Además, mientras más

⁷²¹ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 161.

⁷²² ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Rdnet**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 197-226, jan./jun. 2016. p. 207.

⁷²³ MACHADO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. f. 266.

*bajo sea el nivel de las tasas menor será la carga excesiva de los impuestos.*⁷²⁴

Como curiosidad, en el contexto estadounidense, Arthur Laffer hizo recomendaciones al presidente Ronald Reagan en la década de 1980, analizando el tema de la maximización y el efecto de “Laffer”, que relataba:

*[...] cuanto a reducir la progresividad del Income Tax. Los resultados de los estudios realizados en los EE.UU. luego de las varias reformas introducidas en el Income Tax, curiosamente por administraciones gubernamentales de signo político distinto (en momentos republicanos y en otros demócratas), determinaron que los cambios derivaron en un aumento recaudatorio y en un sistema tributario más progresivo, corroborando los pronósticos de Laffer.*⁷²⁵

En este escenario, a la luz de las enseñanzas de la curva de Laffer, la afirmación paradigmática de que el aumento de la carga tributaria es perjudicial para la recaudación, porque desalienta la práctica de su hecho generador. Es por este factor que los impuestos extrafiscais, incluso si obtienen tasas altas, no recaudan mucho de las arcas públicas.

Basándose en una metodología muy innovadora, los investigadores Christina y David Romer⁷²⁶, estimaron que es posible estipular cuál sería el máximo de la curva de Laffer -el porcentaje de la carga tributaria que correspondería a la recaudación máxima- y el resultado encontrado fue que este punto estaría en torno al 33%.

En este segmento, un segundo punto central de la teoría de Laffer es sobre:

[...] sus efectos sobre el comportamiento de los agentes económicos con relación al cumplimiento tributario. También es posible sugerir que la mayor recaudación registrada luego de la reducción de las alícuotas, no solamente derive de una mayor base imponible, sino de una mayor predisposición de los contribuyentes al cumplimiento voluntario, es decir, a una reducción del nivel de evasión. Esto significa que la hipótesis de mayor recaudación ante la baja de las alícuotas, puede que registre el efecto combinado de una mayor base y un mayor grado de cumplimiento tributario. La confluencia de

⁷²⁴ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015. p. 252.

⁷²⁵ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 306-307.

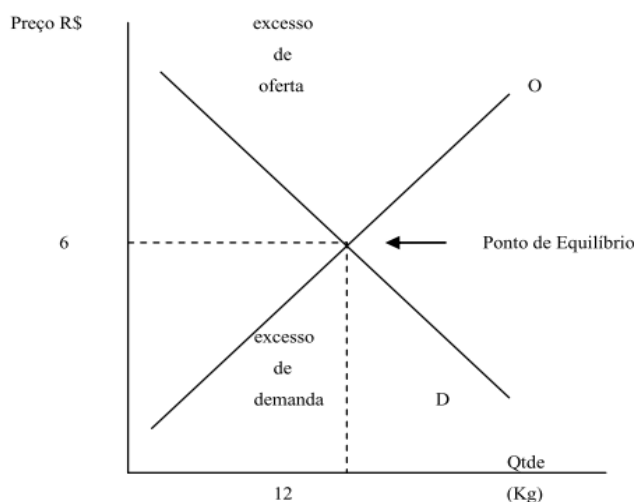
⁷²⁶ GROSECLOSE, Tim. The Laffer Curve and new evidence that taxes stifle economic output. In: RICOCHET. [S.l.], 9 set. 2012. Disponible en: <https://ricochet.com/185158/archives/the-laffer-curve-and-new-evidence-that-taxes-stifle-economic-output/>. Acceso en: 08 ago. 2020.

*ambos fenómenos sería así la respuesta al incentivo de la mayor rentabilidad después de impuestos en las actividades.*⁷²⁷

Por lo tanto, es importante crear una hipótesis para la visualización de esta curva:

*[...] o preço de equilíbrio é de R\$ 6,00. Para este preço, a quantidade ofertada iguala-se à quantidade demandada que é de R\$ 12 kg. No suposto mercado de bananas, a situação de equilíbrio deste mercado está configurada desta maneira. Também são visualizadas duas áreas entre as curvas de oferta e demanda. A área acima do ponto de equilíbrio representa um excesso de oferta e a área abaixo do ponto de equilíbrio significa que existe um excesso de demanda.*⁷²⁸

Figura 1 – Balance del mercado



Fuente: JUNIOR OLIVEIRA (2011, p. 125).

En el gráfico de arriba, Montoro Filho deslinda sobre las áreas donde hay exceso de oferta y exceso de demanda:

Analisaremos o que ocorre nestas situações; I – quando existir excesso de demanda surgirão pressões para que os preços subam, pois: a) os compradores, incapazes de comprar tudo o que desejam ao preço existente, dispõem-se a pagar mais; e b) os vendedores vêem a

⁷²⁷ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 161.

⁷²⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. *A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 124.

*escassez e percebem que podem elevar os preços sem queda em suas vendas. II – quando existir excesso de oferta surgirão pressões para os preços caírem, pois: c) os vendedores percebem que não podem vender tudo o que desejam ao preço existente, seus estoques aumentam e, assim, passam a oferecer a preços menores; e d) os compradores notam a fatura e passam a regatear no preço.*⁷²⁹

Es decir, hay un precio superior al punto de equilibrio, ya que la cantidad ofrecida es mayor que la cantidad demandada, situación que provoca una presión por el aumento no deseado e inadecuado de los inventarios.⁷³⁰

De esta manera:

*[...] es posible identificar teóricamente dos tipos de incentivos tributarios que provocan los tributos, a saber: los que provocan cambios inducidos en la base tributaria (nivel de actividad económica) y los cambios provocados sobre el cumplimiento tributario de los contribuyentes (o en el nivel de evasión). Ambos efectos estarán operando en forma conjunta sobre los resultados encontrados en los estudios empíricos.*⁷³¹

Debe crear nuevamente una hipótesis de mercado para visualizar la curva. Supongamos una situación en la que se descubre una nueva propiedad medicinal del plátano:

*Nesta primeira situação, haverá um crescimento na quantidade demandada de bananas com um deslocamento da curva de demanda para direita, acarretando um novo equilíbrio de mercado. Por outro lado, se acontecer uma praga nos bananais (situação 2), ocorrerá uma diminuição na quantidade ofertada de bananas, o que levará a um deslocamento da curva de oferta para esquerda e a configuração de um novo equilíbrio de mercado. Finalmente na terceira situação, se ambos os eventos acima mencionados acontecerem simultaneamente, haverá a formatação de um novo equilíbrio de mercado.*⁷³²

⁷²⁹ MONTORO FILHO, André Franco. Teoria elementar do funcionamento do mercado. In PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de (org.). **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140.

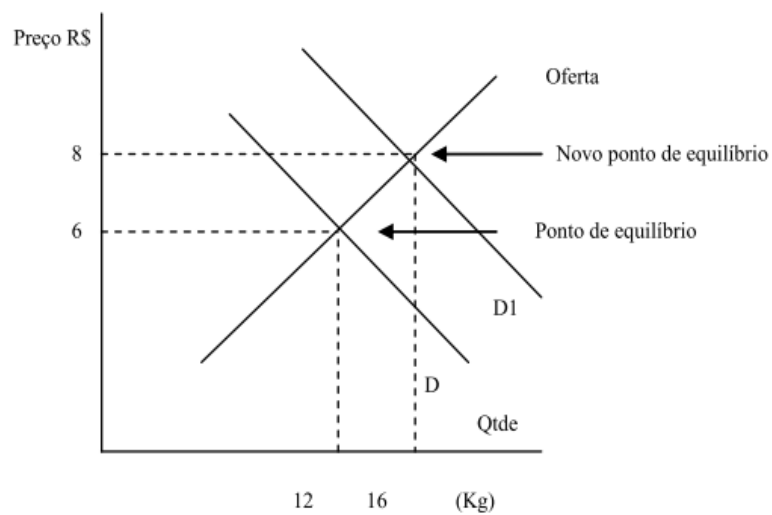
⁷³⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 161.

⁷³¹ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 306-307.

⁷³² OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 126.

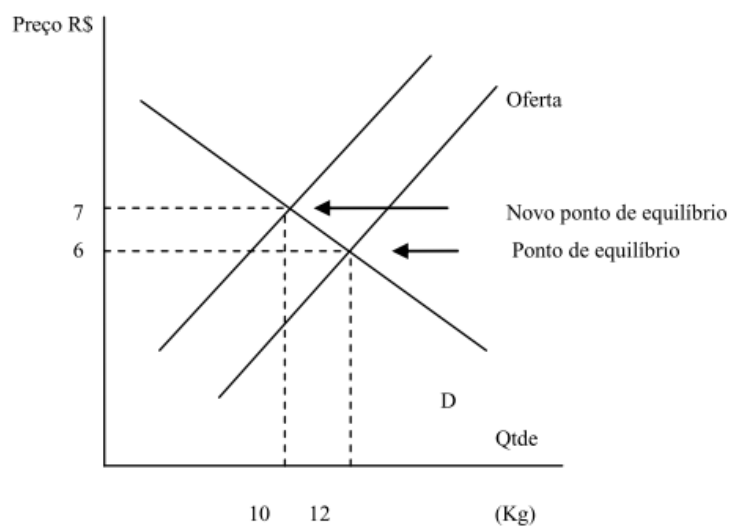
Como se puede ver en los gráficos mencionados a continuación:

Figura 2 – Factores responsables de los cambios en el equilibrio del mercado:
situación 1



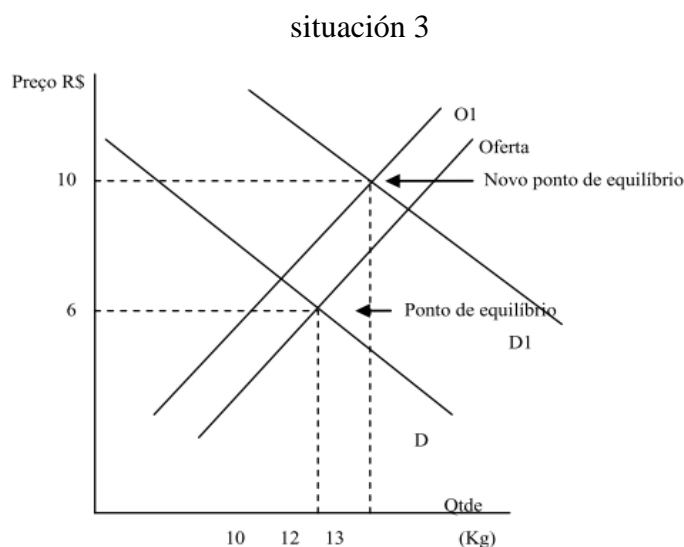
Fuente: JUNIOR OLIVEIRA (2011, p. 127).

Figura 3 – Factores responsables de los cambios en el mercado: situación 2



Fuente: JUNIOR OLIVEIRA (2011, p. 128).

Figura 4 – Factores responsables de los cambios en el equilibrio del mercado:



Fuente: JUNIOR OLIVEIRA (2011, p. 128).

Por lo tanto, en las cifras anteriores es posible obtener que uno de los factores que interfieren en el equilibrio del mercado está vinculado a las actividades tributarias, que pueden ser externalizadas a través de la institución de un nuevo impuesto, o en el aumento o disminución de uno existente.⁷³³

En el contexto brasileño, por ejemplo, es posible identificar la carga tributaria sobre la curva de Laffer para optimizar los ingresos obtenidos y lograr el equilibrio tributario óptimo. Araújo explica que Brasil estaba, antes de la crisis de 2015, “en algún momento antes del punto óptimo de ingresos, y, con la llegada de la crisis, hubo un cambio de su propia curvatura, de modo que la carga tributaria brasileña se volvió dañina, y posiblemente lo seguirá siendo, con los recientes aumentos”.⁷³⁴

Según la teoría de Laffer, “la función de recaudación es continua unimodal y con forma de ‘U’”⁷³⁵, siendo posible visualizar la famosa curva en la forma que se transcribe a continuación. Para explicar:

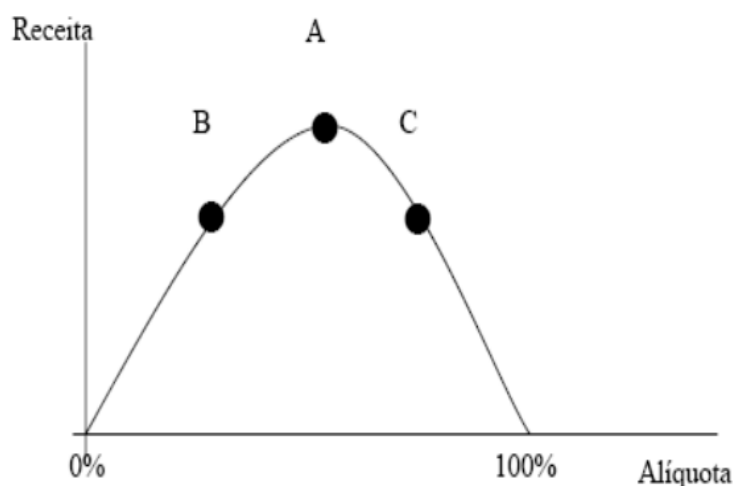
⁷³³ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 128.

⁷³⁴ ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Rdjet**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 197-226, jan./jun. 2016. p. 219.

⁷³⁵ MONTANER, Ramón José Torregrosa. **Tres ensayos sobre Tributación Óptima, economías de escala y competencia imperfecta**. Tese (Doutorado em Economia) – Universitat d’Alacant, Alicante, 1994. f. 42.

*[...] a receita é nula quando não existe tributação e também quando esta atinge o patamar de 100% de tributação. Da alíquota de 0% até o ponto A, a economia responde positivamente ao aumento da carga tributária. O ponto A é uma condição aceitável, pois a curva está na sua linha ascendente. A partir do ponto B, a linha passa a ter um caráter proibitivo e a carga tributária passa a ser intolerável para a sociedade. Quando a curva atinge este ponto, passa a ocorrer uma sufocação da economia e a atividade produtiva passa a estar comprometida. O tributo passa a extrapolar os limites da aceitabilidade social, acarretando efeitos danosos macroeconômicos e um incentivo velado à sonegação fiscal, pois os contribuintes estariam mais dispostos a sonegar tributos do que pagá-los a partir de uma análise da relação custo-benefício. O ponto C apresenta esta configuração, sendo, portanto, uma zona que impacta negativamente nos objetivos colimados por uma política tributária que almeja a eficiência na arrecadação dos tributos.*⁷³⁶

Figura 5 – Versión teórica de la Curva de Laffer



Fuente: JUNIOR OLIVEIRA (2011, p. 190).

A partir de los datos obtenidos, es posible identificar que:

[...] los políticos deben aceptar o reconocer que el Estado es el —monopolista más importante— que tiene toda economía. Pero como cualquier monopolista, a pesar de su poder de amenaza en el juego social, no podrá superar lo que ningún gobierno puede lograr: ‘evitar las consecuencias’ de sus acciones. Los monopolios, tanto privados como estatales, deben enfrentar las decisiones que adoptan los agentes económicos y ellos deben inducir a comportamientos racionales en el diseño de las políticas, es decir, maximizando la función objetivo que se plantea a nivel gubernamental pero sujeto a

⁷³⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. *A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito fundamental à vedação do confisco tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 189-190.

*restricciones, entre ellas los límites económicos que ese accionar de los agentes plantean a las decisiones públicas.*⁷³⁷

Por lo tanto, incluso los países que se encuentran en una situación cómoda, en relación con la optimización de sus ingresos, deben estar constantemente atentos. Esto se debe a que la curva de Laffer no es estática, sino dinámica. Hay, por ejemplo, tendencias – como resultado de la disminución del PIB – de pasar a una situación perjudicial. Además, la curva de Laffer presenta una tendencia regresiva:

*[...] de modo que o percentual ótimo da carga tributária tende a ser reduzido com o desenvolvimento tecnológico e com a globalização, motivo pelo qual a tendência é que a manutenção – ou aumento na carga tributária – a curto e médio prazos possivelmente será prejudicial às finanças públicas.*⁷³⁸

Así, es fundamental que las políticas fiscales impongan constantemente análisis de estudios de la curva de Laffer, a través del conocimiento del orden económico, para lograr el equilibrio tributario óptimo y proporcionar una fiscalidad siempre centrada en el servicio de la eficiencia.

Finalmente, la Curva de Laffer, creada por Arthur Laffer, se vislumbra mediante un gráfico que muestra el punto de equilibrio necesario para practicar una tributación óptima. Se considera ideal, ya que representa una tributación en la que se pagan y devuelven impuestos en los servicios públicos, sin intervenir significativamente en el balance económico. Se concluye, por tanto, que se verifica su importancia porque, al considerar y cumplir con las normas y lineamientos de la curva de Laffer en tributación, se llega a un punto fiscal que evita el menor número posible de evasiones fiscales, con la implicación de un aumento de los ingresos, sin sacudir negativamente las relaciones económicas.

⁷³⁷ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 150.

⁷³⁸ ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Rdiet**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 197-226, jan./jun. 2016. p. 199.

4.3.2. Capacidad Tributaria como requisito ético a la ejecución del Análisis Económico del Derecho Tributario

La máxima jurídica del tratamiento isonómico impulsó la institución del principio de capacidad contributiva al determinar que, cuando sea posible, los impuestos deben graduarse de acuerdo con la capacidad contributiva, económica y financiera de los contribuyentes. Significa que los valores de la tributación deben cambiar de acuerdo con la mayor o menor capacidad financiera de los contribuyentes, lo que resulta en un trato diferenciado entre las personas, efectivamente la idea de discriminación positiva.

La noción de isonomía, entonces, “como una forma de establecer la justicia fiscal llevó a la creación de otros principios, como la capacidad contributiva”,⁷³⁹ teniendo como una de sus funciones básicas la realización de la justicia fiscal y la justicia distributiva.

Insta a señalar que el término “siempre que sea posible” no implica subjetividad arbitraria y liberalidad, en realidad, significa que los legisladores deben advertir -y justificar- cuando hay impuestos cuya naturaleza jurídica dificulta la realización de la capacidad de contribución. A modo de ejemplo se puede inferir la cuota, una especie de homenaje. Dado que estos se calculan a partir del coste de la actividad estatal -y no sobre la base de la capacidad económica del sujeto pasivo-, no es factible utilizar, por regla general, la capacidad contributiva.

Desde la antigua Roma, hay registros del uso del principio legal de la capacidad contributiva. Este postulado se consagró en ese momento, a través de la realización, cada catorce años, de investigaciones censales que tenían como objetivo evaluar, de manera globalizada, la capacidad potencial de tributación.⁷⁴⁰

El principio puede traducirse como la potencialidad o voluntad de contribuir al gasto público, restringiendo las necesidades elementales de la existencia. En otras palabras, es la posibilidad de pagar impuestos después de ser suprimido a las necesidades consideradas esenciales. Con igual pensamiento, Regina Helena Costa describe el principio como el “límite de la tributación, permitiendo el mantenimiento del

⁷³⁹ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 14.

⁷⁴⁰ PEZZI, Alessandra Cristina Giacomet, *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115.

‘mínimo vital’ y observando que la progresividad tributaria alcanza niveles de confiscación o la reducción de otros derechos”.⁷⁴¹

En este sentido, el principio de no decomiso subyace al principio de capacidad contributiva, ya que no es concebible que se agoten las fuentes originadas en rentas, cuando se alcanzan los recursos necesarios para el mantenimiento del mínimo existencial humano, lo que es desobedecido por la regla matricial de incidencias tributarias o que el desarrollo de las actividades económicas se hace imposible a través de una tributación excesiva.

A su vez, Luciano Amaro entiende que el principio de isonomía está estrechamente ligado al principio de capacidad de contribución, pues debe haber una distinción entre los hechos que deben ser menos gravados de aquellos que, por caracterizar una mayor capacidad económica, deben sufrir una imposición tributaria más gravosa. Además, señala que el tratamiento a dar a los contribuyentes debe tener siempre en cuenta la igualdad de quienes tienen igual capacidad contributiva, buscando también reducir de forma desigual aquellas que indican una capacidad económica diferenciada, es decir, apuntando siempre a un tratamiento que, al estipular las capacidades de contribución, tenga más probabilidades de ganar más y viceversa, siempre con mayor capacidad de contribución.⁷⁴²

Los adoctrinadores clásicos de la Escuela Austriaca, sin embargo, son reacios a la atribución de los preceptos de la capacidad contributiva.⁷⁴³ El hombre de impuestos de Mises ya expresó gran preocupación por la creciente importancia de este principio: “En las consideraciones que eventualmente resultaron en la aceptación general del principio de capacidad de pago, había una vaga idea de que al gravar más fuertemente a los que tienen más que a los que tienen menos, el impuesto sería un poco más neutral”.⁷⁴⁴

Hayek, con un pensamiento alineado con el de Mises, “talvez tenha sido um dos maiores críticos do princípio da capacidade contributiva efetivado através da progressividade”.⁷⁴⁵ Como el teórico sobre este principio está cerrado:

⁷⁴¹ COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30-31.

⁷⁴² AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

⁷⁴³ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017.

⁷⁴⁴ MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 838.

⁷⁴⁵ BRETAS, op. cit., p. 26.

Por muitas razões eu gostaria de poder omitir este capítulo. De fato, a análise que nele empreendi ataca convicções que encontram a mais ampla aceitação e, com certeza, ferirá a suscetibilidade de muitas pessoas. Mesmo as que me seguirem até aqui e consideram, talvez, minhas posições razoáveis no conjunto, poderão achar minhas idéias sobre taxação doutrinárias, extremistas e não práticas.⁷⁴⁶

El discurso austriaco, al menos en lo que respecta a la fiscalidad, es actualmente al menos impopular, especialmente en los países latinoamericanos con gran tradición en la adopción del principio de capacidad contributiva. Disposiciones legales en todo el mundo capacidad tributaria positiva como principio de impuestos. En Brasil, por ejemplo, la máxima jurídica del trato isonómico está prevista en el artículo 150, punto II, del CF/88, y el subprincipal de la capacidad contributiva se define en el artículo 145, § 1º del CF/88.

Para la plena consolidación del principio de capacidad tributaria, es esencial prever e implementar otros principios como la progresividad y la selectividad. Todo ello con la función nuclear de brindar por la justicia fiscal y el tratamiento isonómico de la sociedad en su conjunto.

La progresividad, a su vez, establece que los impuestos deben tener valores más altos en la medida en que la base de cálculo sea mayor, es decir, cuanto mayor sea la riqueza demostrada en la operación, mayor será el monto cobrado en forma de impuestos, que pueden ser fiscales o extrafiscales. La definición de este principio es muy similar a la anterior – capacidad contributiva – esto se debe a la razón de que la progresividad constituye un método para lograr la capacidad de contribuir y también la isonomía, basada en la premisa de que cuanto mayor es la base de cálculo, mayor es el valor de la alícuota.

El uso de tales herramientas democráticas, aunque ampliamente positivo en los diversos sistemas jurídicos del mundo, sigue siendo tímido en la práctica. En Brasil, por ejemplo, su uso se basa en la sistematización de los siguientes impuestos: impuesto sobre la renta (IR), impuesto sobre la propiedad urbana y la tierra (IPTU) y impuesto sobre la tierra rural (ITR). En esta investigación se analizará con más profundidad la progresividad y regresividad del sistema tributario en el tema denominado “regresividad tributaria”.

Otro precepto importante, también resultado del tratamiento isonómico, es la selectividad. Su objetivo principal es proporcionar la tributación más alta o más baja

⁷⁴⁶ HAYEK, Friederich. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983. p. 371.

de productos y servicios, y se aplica en el sistema tributario brasileño al IPI y al ICMS. Selectivamente, la legislatura debe basarse en la esencialidad del producto o servicio para estipular el valor de los impuestos. Por lo tanto, si el producto o servicio se considera más esencial, cuanto menor debe ser la tributación, mientras que cuanto menor sea la esencialidad, mayor será el valor de los impuestos.

Una cuestión central de la categoría de capacidad contributiva está relacionada con:

*[...] como aferir a medida ideal de tributação de acordo com a capacidade contributiva de cada um? Não há dúvidas que se trata de tarefa difícil. A instituição de tributos com a previsão de hipóteses de incidência tem o objetivo de aquilatar, de maneira prática e dentro das possibilidades de controle dos fiscos, substratos econômicos que possam, da maneira mais justa possível, determinar o quantum cada contribuinte pode pagar para que a estrutura estatal possa, em troca, prover a população das condições necessárias para a vida em sociedade. Desta forma, o gozo da liberdade e da propriedade privada estão atrelados a obrigação compulsória de contribuir para os cofres públicos com os recursos essenciais para a efetivação destes direitos fundamentais estipulados constitucionalmente”.*⁷⁴⁷

En el ámbito de responder a esta pregunta, la capacidad de contribuir se convierte en un requisito para el Análisis Económico del Derecho Tributario. Así, el legislador, al instituir impuestos, además de analizar hechos que muestren contenido económico, también debe considerar las asimetrías entre las diferentes categorías de contribuyentes. Carrazza también considera que:

*Os impostos, quando ajustados à capacidade contributiva permitem que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social. Os que pagam este tipo de exação devem contribuir para as despesas publicas não em razão daquilo que recebem do Estado, mas de suas potencialidades econômicas. Com isso ajudam a remover obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos menos afortunados.*⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 51

⁷⁴⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Uno de los preceptos a los que debe aspirar la capacidad de contribuir, por tanto, es la preservación integral de la dignidad de la persona humana, junto con la máxima eficiencia fiscal:

[...] a definição da área sobre a qual a capacidade contributiva deve ser aquilatada é de suma importância para uma tributação eficiente e que respeite os valores consagrados constitucionalmente. Tal atividade de seleção de fatos que possuam um conteúdo econômico deve ter como balizas duas extremidades que representam pontos nevrálgicos que não podem ser atingidos: um garantidor de uma existência minimamente digna e o outro que se configura contraproducente por inviabilizar a atividade produtiva e ceifar a propriedade privada.⁷⁴⁹

El derecho a la alimentación, por ejemplo, está vinculado al poder adquisitivo de los consumidores, siendo esencial el examen de la capacidad del contribuyente para soportar la carga fiscal. Por lo tanto, los impuestos afectan a los productos alimenticios y deben aumentar plenamente la plena capacidad financiera del contribuyente para establecer una justicia distributiva acorde con la situación de cada contribuyente.⁷⁵⁰

Es imperativo aclarar que los impuestos tienen un carácter fiscal y extratributario. El primero consiste en obtener los recursos necesarios para las arcas públicas, mientras que el segundo se refiere al uso de los impuestos como instrumento político, social y económico, dirigiendo el comportamiento de los contribuyentes, estimulando y desestimulando su conducta.⁷⁵¹

Dado este principio de capacidad contributivo, podemos considerar que tiene una gran compatibilidad con el carácter extrafiscal, especialmente los impuestos inherentes a los alimentos esenciales, porque la tributación extrafiscal siempre debe orientarse en relación con la riqueza del contribuyente y salvaguardar el mínimo necesario. Carraza explica que “há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas ou bases de cálculo dos tributos, com

⁷⁴⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 53.

⁷⁵⁰ TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental: a utilização dos instrumentos econômicos e fiscais na implementação do Direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139.

⁷⁵¹ REALI, Darcí. **Os municípios e a tributação ambiental**. Caxias do Sul: Educs, 2006. p. 40-41.

o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa”.⁷⁵²

Al analizar la capacidad tributaria, a la luz del desarrollo de la eficiencia, el maestro argentino Piffano afirma que:

*[...] las asimetrías regionales de capacidad tributaria local deberían enfrentarse con algún mecanismo de transferencias regionales de nivelación de recursos. Al igual que en el caso previo, deberían instrumentarse de forma de minimizar los costos de eficiencia que es dable esperar de ellas (flypaper effect).*⁷⁵³

La capacidad tributaria tampoco puede limitarse a los ingresos de los contribuyentes, ya que:

*In the world, there are good reasons why lump-sum taxes are rarely used. Most important, this tax falls equally on the rich and poor, placing a greater relative burden on the latter. When Margaret Thatcher, during her time as the Prime Minister of the United Kingdom, successfully pushed through a lump-sum tax levied at the local level (a “community charge”) beginning in 1989, the tax was deeply unpopular. As the New York Times reported in 1990, “[W]idespread anger over the tax threatens Mrs. Thatcher’s political life, if not her physical safety. And it may prove to be the last hurrah for her philosophy of public finance, in which the goals of efficiency and accountability take precedence over the values of the welfare state” (Passell, 1990). The tax was quickly revoked, and not coincidentally, Thatcher’s term of office ended not long after. As this episode suggests, the social planner has to come to grips with heterogeneity in taxpayers’ abilities to pay. If the planner could observe differences among taxpayers in inherent ability, the planner could again rely on lump-sum taxes, but now those lump-sum taxes would be contingent on ability. These taxes would not depend on any choice an individual makes, so they would not distort incentives, and the planner could achieve equality with no efficiency costs.*⁷⁵⁴

La capacidad de contribuir al alcance de una tributación óptima es de particular importancia, ya que es:

⁷⁵² CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e 109.

⁷⁵³ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 863.

⁷⁵⁴ MANKIW, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew; YAGAN, Danny. Optimal taxation in theory and practice. **Journal of Economic Perspectives**, [s.l.], v. 23, n. 4, p. 147-174, 2009. p. 149.

*[...] importante precisar em qual medida o tributo deveria cumprir com suas funções de arrecadar ou orientar, uma vez que a perfeita eficiência do seu caráter extrafiscal leva à anulação da arrecadação. Tal raciocínio foi localizado não somente no caráter extrafiscal. De acordo com o economista brasileiro Bretas, caso a capacidade contributiva dos indivíduos fosse extrapolada pelo Estado, o fenômeno seria o mesmo, inexistência de tributação. Ou seja, a partir do momento em que o tributo ultrapassa seu ponto ótimo de arrecadação, a tendência é que a arrecadação diminua. Em outras palavras, passa a naturalmente financeiro, ocorrer um paradoxo onde o fortalecimento e o aumento de um sistema tributário induz por culminar o seu colapso.*⁷⁵⁵

Los modelos tributarios óptimos sugieren una forma de formalizar el problema de la legislatura tributaria que aborda explícitamente la heterogeneidad no observada entre los contribuyentes. En la versión más básica del modelo, los individuos difieren en su capacidad innata para obtener ingresos, por lo que, si el legislador grava los ingresos en un intento de gravar a los más calificados, los individuos se desalentarán de hacer tanto esfuerzo para obtener estos ingresos, así como pueden omitir sus ingresos reales. Transportista, debe haber una compensación entre igualdad y eficiencia:

Actual governments, however, cannot directly observe ability, so the model still fails to deliver useful and realistic prescriptions. James Mirrlees (1971) launched the second wave of optimal tax models by suggesting a way to formalize the planner's problem that deals explicitly with unobserved heterogeneity among taxpayers. In the most basic version of the model, individuals differ in their innate ability to earn income. The planner can observe income, which depends on both ability and effort, but the planner can observe neither ability nor effort directly. If the planner taxes income in an attempt to tax those of high ability, individuals will be discouraged from exerting as much effort to earn that income. By recognizing unobserved heterogeneity, diminishing marginal utility of consumption, and incentive effects, the Mirrlees approach formalizes the classic tradeoff between equality and efficiency that real governments face, and it has become the dominant approach for tax theorists.⁷⁵⁶

Por último, se concluye que:

[...] no processo de fixação da capacidade contributiva, não devem ser alcançados os valores relativos ao mínimo existencial necessários à

⁷⁵⁵ BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017. p. 30.

⁷⁵⁶ MANKIW, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew; YAGAN, Danny. Optimal taxation in theory and practice. *Journal of Economic Perspectives*, [s.l.], v. 23, n. 4, p. 147-174, 2009. p. 150.

*subsistência digna, à alimentação, à moradia, à educação e à saúde, bem como não devem ser fixadas taxações extorsivas capazes de corresponder a uma verdadeira absorção da propriedade particular pelo Estado, do lucro de uma empresa acima do mínimo necessário para sua sobrevivência no mercado, dos rendimentos oriundos de um patrimônio e, por fim, não deve atingir a parte substancial de um patrimônio, inviabilizando-o. Depreende-se, portanto, que o princípio da capacidade contributiva possui uma importância fundamental para as administrações tributárias, as quais devem nortear as suas políticas fiscais pelo alcance de uma tributação caracterizada pela eficiência, porém com o respeito aos limites acima delineados.*⁷⁵⁷

4.3.3. Regressividad Tributaria como fracasso a la Justicia Tributaria

De lo que ya se ha planteado que las tasas actuales de desigualdades globales se encuentran en niveles récord⁷⁵⁸, con el ingreso mundial altamente concentrado en los estados más ricos, es imperativo conocer el desempeño de las políticas públicas para la redistribución del ingreso, así como los sistemas tributarios llamados regresivos y progresivos.

Además, estudios recientes⁷⁵⁹ muestran la probabilidad de que la evolución de los ingresos de los más ricos tienda a ser un factor determinante en la desigualdad de ingresos; es decir, cuando los más ricos aumentan sus ingresos, esta participación es predominante a la tasa de desigualdad. A pesar de esta situación, Gonçalves y Stelzer concluyen que la distribución regresiva resulta en la intensificación de estas injusticias en términos materiales.⁷⁶⁰

Sobre las desigualdades regionales, perito fiscal porteño Horacio Piffano examina la relación entre la tasa de crecimiento económico y el nivel de desigualdad en los países latinos:

⁷⁵⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito fundamental à vedação do confisco tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 55-56.

⁷⁵⁸ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: além do rendimento, além das médias, além do presente – as desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI**. New York: PNUD, 2019. p. 107 e 302-303. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_pt.pdf. Acceso en: 17 ago. 2020.

⁷⁵⁹ HECKSHER, M.; SILVA, P. L. DO N.; CORSEUIL, C. H. **A contribuição dos ricos para a desigualdade de renda no Brasil**. Brasília/Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponible en: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2411.pdf. Acceso en: 17 ago. 2020.

⁷⁶⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, [s.l.], v. 1, n. 28, p. 77-122, nov. 2012.

En un estudio histórico de Williamson (2010) se sostiene la existencia de una relación entre crecimiento y desigualdad en América Latina. Hacia el final de la época colonial la región creció junto con un aumento de la desigualdad, en el período de revoluciones e independencia las economías se paralizaron y la desigualdad cayó, mientras que a fines del siglo XIX el crecimiento se aceleró junto a incrementos fuertes del nivel de desigualdad. Aconseja Gasparini, no obstante, que es importante no sobre interpretar estos resultados. La evidencia sólo indica que en promedio los episodios de crecimiento no han estado acompañados de reducción o aumento de la desigualdad, pero nada dice acerca de la conveniencia o no de aplicar política redistributiva. En un interesante artículo Ravallion (2003) sostiene que en promedio el crecimiento no está asociado a incrementos en la desigualdad relativa pero sí absoluta, y son estas mayores brechas absolutas entre ‘ricos’ y ‘pobres’ las que generan percepción de mayor inequidad en procesos de crecimiento.⁷⁶¹

Las marcadas desigualdades sociales planetarias se cruzan con numerosos factores, uno de los cuales son los sistemas tributarios. Las múltiples matrices tributarias constituyen una perpetuación de la injusticia social en la medida en que los impuestos se caracterizan por ser regresivos. Es decir, los impuestos menos costosos son para aquellos con ingresos más altos y las personas más costosas con menor capacidad de contribuir. De hecho, los investigadores Silva y Gassen concluyen que este sistema tributario regresivo representa un incumplimiento de la garantía fundamental al mínimo existencial humano.⁷⁶²

El estudio sobre progresividad y regresividad de los sistemas tributarios tiene dos aspectos importantes que se dilucidarán:

[...] la cuestión de la equidad en la imposición, es decir, no estaremos ya pensando tanto en cuestiones de eficiencia, como el de los diseños de sistemas tributarios óptimos y/o cuestiones de eficiencia y eficacia de la administración tributaria ligadas a ellos, sino sobre lo que la literatura ha registrado respecto a la identificación de los criterios que permitirían adelantar un juzgamiento sobre la ‘equidad tributaria’ ante posibles diseños tributarios alternativos. Adicionalmente, sin

⁷⁶¹ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 281.

⁷⁶² SILVA, Janyl de Jesus; GASSEN, Valcir. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, Valcir (org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre estado, constituição e tributação**. 2. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 149-173.

*descuidar que en el diseño fiscal, no solamente inciden los impuestos, sino también el gasto al cual ellos deben financiar.*⁷⁶³

El estudio sobre progresividad y regresividad de los sistemas tributarios tiene dos aspectos importantes que serán aclarados:

*[...] la ricerca sulla tassazione ottimale e il dibattito sul rapporto tra progressività ed equità. La prima consiste nell'applicazione della Regola di Ramsey alla tassazione sul reddito e in particolare alla determinazione delle aliquote marginali progressive. L'obiettivo di tale ricerca è trovarne i livelli ottimali, cioè quei livelli che generino la minor distorsione sul sistema economico su cui sono imposti.*⁷⁶⁴

En otras palabras, los dos sesgos son el de la investigación sobre la tributación óptima y la relación entre progresividad y equidad.

Sobre la definición de regresividad, Kaiser aclara que si el impuesto tiene un efecto regresivo o proporcional esto significa que la carga tributaria promedio de ese régimen jurídico disminuye continuamente con el aumento de los ingresos o si se mantiene constante. Así, en sus palabras, “ob die Mehrwertsteuer regressiv oder proportional wirkt, das heißt die durchschnittliche Steuerbelastung mit zunehmendem Einkommen durchgehend ab- nimmt oder ob sie konstant bleib”.⁷⁶⁵

Como explica Piffano:

*[...] surge claramente la muy baja participación de la imposición directa, básicamente representada por el impuesto a las ganancias, y la muy alta preponderancia de la imposición indirecta, en ese caso representada por el IVA, al que acompaña el Impuesto a los Ingresos Brutos de la Provincias. Esa estructura que induce a un sistema más bien regresivo es acompañada por muchos países de América Latina, no así los de la OECD”, ademais “Latinoamérica tiene un sesgo notorio hacia la imposición indirecta, semejante a los países de África sub-Sahariana y de Asia del Este y Pacífico, seguida algo por debajo por el grupo de países de Europa Oriental y Rusia, y de Medio Oriente y África del Norte. Esta estructura presagia una incidencia tributaria regresiva.*⁷⁶⁶

⁷⁶³ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 251.

⁷⁶⁴ GARIBOTTO, Chiara. **La tassazione efficiente: un modello di simulazione ad agenti per il confronto tra sistemi tributari**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia e Gestão) – Facolt`A Di Economia, Università degli Studi di Torino, Torino, 2011-2012. f. 4.

⁷⁶⁵ KAISER, Helmut. **Konsumnachfrage, arbeitsangebot und optimale haushaltsbesteuerung: theoretische ergebnisse und mikroökonomische simulation für die Bundesrepublik Deutschland**. Frankfurt: Lang, 1990. p. 185.

⁷⁶⁶ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 308 e 310.

Así, los sistemas tributarios latinoamericanos y sudafricanos son más regresivos y utilizan más impuestos indirectos.

Ante este problema socioeconómico, uno de los países que adopta la regresividad en su modelo tributario es Brasil, del cual los tres autores brasileños Castro, Santos y Ribeiro en un estudio conjunto afirman, provocativamente, que su país es el territorio de los impuestos para los pobres. Brasil:

[...] cobra muito imposto de sua população, mas cobra relativamente pouco dos indivíduos mais abastados. Relativamente à norma internacional, a estrutura tributária brasileira é pesada em tributação indireta, leve em tributação direta e absurdamente leve em IR. É fato que a tributação indireta é regressiva (menos concentrada que a renda, o que quer dizer que os mais pobres pagam proporcionalmente mais que os mais ricos) e que, como se verá, o IRPF é altamente progressivo. [...] além de deterem uma parcela extremamente elevada da renda, os indivíduos nos décimos e centésimos superiores da distribuição de renda também pagam pouco imposto. O Brasil é o país do imposto para os pobres.⁷⁶⁷

En este sentido, al estupear la inversión pública en educación, con apoyo en las reflexiones del taxista argentino, se puede reflexionar y ver que en un panorama regresivo de varios países, lo que también se considera un fracaso de gobierno:

Los resultados de los estudios realizados en Argentina y otros países parecen indicar una tendencia bastante general a sesgar los sistemas educativos a una estructura de gasto público más bien regresiva. En efecto, trabajos diversos realizados para otros países, llegan a verificar resultados semejantes a los encontrados en Argentina. En Birdsall, N. y James, E. (1992), se recopilan las conclusiones de diversos estudios que corroboran esta situación mundial generalizada. El predominio del gasto público que beneficia a los quintiles altos — especialmente a través del gasto en educación superior y universitaria— es un síntoma bastante divulgado. [...] En México la probabilidad de que una persona de familia de alto ingreso acceda a la universidad pública es 10 a 20 veces superior a las personas pertenecientes a familias de bajo ingreso. En varios países de la región, Costa Rica, Chile, República Dominicana y Uruguay, más del 50% del subsidio a la educación superior es asignado al quintil superior del ingreso, en tanto el quintil inferior recibe menos del 10%. En India, el 19% del presupuesto educativo total es destinado a —colleges y universidades, mientras que la mayoría de los niños rurales ni siquiera pueden terminar la escuela primaria (Tan, 1989).

⁷⁶⁷ CASTRO, J. A.; SANTOS, C. H.; RIBEIRO, J. A. C (org.). **Tributação e equidade no Brasil**: um registro da reflexão do Ipea no biênio 2008-2009. Brasília: IPEA, 2010. p. 231.

En África, el 22% del gasto educativo público se destina a educación superior, el que es atendido solamente por el 2% de la población en edad de cursar dichos estudios (Psacharopoulos, Tan y Jimenez, 1986; Winkler, 1988). Sobre la base de datos de diez países africanos, Mingat y Tan (1985) han estimado que eliminando las asignaciones para gastos de subsistencia a estudiantes universitarios, se podrían mejorar los recursos de la enseñanza primaria en un 20%. En Colombia, el 60% de los subsidios a la educación superior es recibido por el quintil superior del ingreso, mientras que sólo el 6% se dirige a los dos quintiles inferiores (Selowsky, 1979). Finalmente, en Malasia el 50% de los subsidios a la educación postsecundaria es recibido por el quintil superior y un 10% por los dos quintiles inferiores (Meerman, 1979).⁷⁶⁸

También en virtud del derecho internacional comparado, Crossen concluye lo siguiente sobre los regímenes fiscales de los países considerados industrializados: “[...] *traditional excises are moderately progressive in lower-income classes, then proportionale, and sharply regressive in higer-income ranges*”.⁷⁶⁹ Es decir, los impuestos tradicionales son moderadamente progresivos en las clases de ingresos más bajos, luego proporcional y claramente regresivos en las clases de ingresos más altos.

La razón de esta realidad desigual debería:

[...] encontrarse en las explicaciones que formula la teoría positiva del public choice, basadas en el accionar político de las clases media y alta que utilizan el mecanismo de presupuesto público para la provisión de bienes mixtos, con alto contenido de beneficio individual o privado, en desmedro de otro tipo de gasto social que genere beneficios más difundidos entre la comunidad. Así, si bien la colectivización de ciertos servicios suele justificarse en razón de la existencia de externalidades positivas o bien en fines redistributivos a favor de los más pobres, junto a ellos la literatura del public choice ha sumado otras razones importantes. Una, explicada por el lado de la oferta, es la búsqueda de rentas burocráticas o corporativas en favor de los intereses de quienes —viven de la actividad, (Krueger, 1974; Usher, 1977; Buchanan, J., Tollinson, M. y Tullock, G., 1980). La otra, explicada por el lado de la demanda, los requerimientos del electorado por redistribución de la renta y el bienestar entre grupos sociales (Buchanan, J, 1970; Spann, 1974).⁷⁷⁰

Para reducir las desigualdades sociales en los países regresivos, el Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas (IPEA) propone la implementación de

⁷⁶⁸ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 302-303.

⁷⁶⁹ KITTERER, W., FRONIA, J. *Belastungswirkungen der umsatzsteuer*. Tübingen: [s.n.], 1981. p. 203.

⁷⁷⁰ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 303.

impuestos progresivos sobre la renta y patrimonio.⁷⁷¹ Es decir, abarca proporcionalmente más a los que tienen mayores ingresos y proporcionalmente menos que a los que obtienen ingresos más bajos, constituyendo un sistema tributario progresivo, buscando alcanzar el mínimo existencial para los financieramente más vulnerables y lograr una política de redistribución del ingreso.

Alfredo Augusto Becker señala que la progresividad de los impuestos constituye un “problema prelegal de la política fiscal”, ya que solo el poder legislativo podría resolver ese impasse. Por otro lado, el autor desentraña que, en países cuyo ordenamiento jurídico tributario contiene la norma legal constitucional que establece legalidad al “principio de capacidad contributiva”, el legislador tiene el deber legal de efectuar un sistema tributario progresivo, de lo contrario viola la norma jurídica constitucional. Si esto ocurriera, Becker advierte que la disposición fiscal sería inconstitucional.⁷⁷² Es decir, abarca proporcionalmente más a los que tienen mayores ingresos y proporcionalmente menos que a los que obtienen ingresos más bajos, constituyendo un sistema tributario progresivo, buscando alcanzar el mínimo existencial para los financieramente más vulnerables y lograr una política de redistribución del ingreso.

Alfredo Augusto Becker señala que la progresividad de los impuestos constituye un “problema prelegal de la política fiscal”, ya que solo el poder legislativo podría resolver ese impasse. Por otro lado, el autor deslinda que, en los países cuyo ordenamiento jurídico tributario contiene la norma jurídica constitucional que establece la juerididad al “principio de capacidad contributiva”, el legislador tiene el deber legal de efectuar un sistema tributario progresivo, de lo contrario viola la norma jurídica constitucional. Si esto ocurriera, Becker advierte que la disposición fiscal sería inconstitucional. En vista de esta afirmación, se observa que el sistema tributario de Brasil, por ejemplo, tiene una regresividad inválida, ya que viola la norma jurídica constitucional de la capacidad contributiva.

En el campo del análisis económico del derecho, la decisión político-jurídica de adoptar un modelo tributario regresivo constituye un fracaso del gobierno. Como ya se ha visto, las fallas del mercado se caracterizan por las prácticas imperfectas

⁷⁷¹ HECKSHER, M.; SILVA, P. L. DO N.; CORSEUIL, C. H. **A contribuição dos ricos para a desigualdade de renda no Brasil**. Brasília/Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponible en: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2411.pdf. Acceso en: 17 ago. 2020.

⁷⁷² BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 309.

del libre mercado, a pesar de esta situación, el gobierno debe intervenir en esta situación para tratar de reparar tales imperfecciones. Sin embargo, estas políticas gubernamentales, como el régimen tributario, pueden constituir intentos públicos que conducen a asignaciones ineficientes de recursos, llamadas fallas gubernamentales.⁷⁷³ Por lo tanto, la regresividad tributaria, al constituir un fracaso gubernamental, genera un resultado no eficiente.

La teoría de las decisiones públicas ha sido crucial para el desarrollo de las finanzas públicas y ha permitido:

[...] ahondar el entendimiento de las fallas del gobierno, destacando la importancia del diseño institucional requerido como forma de limitar o reducir esas fallas, derivando a aconsejar restringir la discrecionalidad de la autoridad pública por medio de limitaciones institucionales, como analizaran Brennan y Buchanan (1985) y Poterba (1994, 1995). Esta visión tiene particular importancia respecto a las cuestiones de la macroeconomía y de los acuerdos federales. Las relativamente recientes modificaciones institucionales experimentadas por países como la Argentina y asimismo Brasil, consistentes en la incorporación de limitaciones fiscales formales (esencialmente reglas numéricas) en las leyes de convertibilidad (Argentina en los años noventa) y en las llamadas leyes de responsabilidad fiscal (de Argentina y Brasil en esa década), constituyen ejemplos de lo señalado precedentemente.⁷⁷⁴

A pesar de este fracaso de gobierno, el autor alemán Kaiser ya mencionado, sigue comentando sobre un impuesto llamado *poll tax* que, si se considera la ponderación de la distribución, la estructura tributaria no puede ser óptima si tiene un efecto extremadamente regresivo, como se puede inferir de un extracto de su investigación:

Berücksichtigt man jedoch Verteilungsüberlegungen, so kann die Kopfsteuer aufgrund mangelnder Informationen über die Bemessungsgrundlage (z. B. individuelle Fähigkeiten) sowie aufgrund ihrer extremen regressiven Wirkung nicht die Lösung des Problems der optimalen Steuerstruktur darstellen. Damit rechtfertigt sich auch die Fragestellung Ramseys: Die Regeln einer optimalen indirekten Besteuerung in einer Mehr-Personen-Wirtschaft lassen sich in einen allokativen und distributiven Term

⁷⁷³ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 68.

⁷⁷⁴ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 12-13.

*aufspalten, wodurch der “trade off” zwischen Effizienz und Verteilung auf theoretischer Ebene erst konkretisiert werden kann.*⁷⁷⁵

Concluye, por lo tanto, a la luz del pensamiento fiscal de la junta italiana Chiara Garibotto: *“La progressività potrà essere raggiunta diminuendo l’aliquota per le classi di reddito minori in proporzione al peso sopportato con le imposte indirette”*.⁷⁷⁶ Es decir, la progresividad se puede lograr reduciendo la tasa para las clases de ingresos más bajas en proporción al peso soportado por los impuestos indirectos; por lo tanto, los impuestos indirectos deben reducirse para una mayor equidad y eficiencia fiscal.

4.3.4. Incidencia de la Imposición Óptima Directa e Indirecta

La incidencia de la imposición óptima puede traducirse como el análisis de los efectos económicos y sociales de la incidencia de los impuestos considerados racionales a partir de los exámenes de la curva de Laffer. Por lo tanto, el examen comienza por:

*[...] empleo del enfoque ‘positivo’ y de equilibrio parcial; en segundo término, se mantiene el enfoque positivo y se introduce el enfoque de equilibrio general” e, posteriormente, se adopta “el enfoque ‘normativo’ y de equilibrio parcial, para, finalmente, emplear el enfoque normativo y de equilibrio general.*⁷⁷⁷

Es importante comprender la categoría “incidencia”, cuya definición se puede resumir en:

[...] efecto económico que la introducción de un impuesto provoca en las magnitudes de las cantidades transadas en el mercado y en el nivel de precios resultante, es decir, cuál es el efecto ‘asignativo’ del impuesto, lo que significa observar las implicancias en materia de producción y consumo del bien o servicio, y consecuentemente en la asignación de los factores de producción en la actividad bajo análisis. Ello conduce finalmente a observar de qué manera responden la oferta y la demanda del bien o servicio estudiado, cuyos agentes

⁷⁷⁵ KAISER, Helmut. **Konsumnachfrage, arbeitsangebot und optimale haushaltsbesteuerung:** theoretische ergebnisse und mikroökonomische simulation für die Bundesrepublik Deutschland. Frankfurt: Lang, 1990. p. 185.

⁷⁷⁶ GARIBOTTO, Chiara. **La tassazione efficiente:** un modello di simulazione ad agenti per il confronto tra sistemi tributari. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia e Gestão) – Facolt`A Di Economia, Università degli Studi di Torino, Torino, 2011-2012. f. 15.

⁷⁷⁷ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario.** Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 150.

económicos se ven motivados por un incentivo básico: el de optimizar su bienestar. Optimizar su bienestar significa para el consumidor y el productor de bienes y servicios el maximizar sus respectivos excedentes, a saber: en el consumidor por la diferencia entre el valor que apropia o internaliza por la acción de la adquisición o consumo del bien por sobre el precio que debió pagar, y en el caso del productor por el valor obtenido de la venta por sobre los costos de producción en que debió incurrir. En el caso de la generación de ingresos y la correspondiente decisión de destinar horas al trabajo o al ocio, igualmente implicará el maximizar el bienestar computando las posibilidades de consumo y ahorro que el ingreso neto de impuesto permite al individuo versus el ocio que podría disfrutar.⁷⁷⁸

Además, es esencial observar las implicaciones que los impuestos tienen en el mercado económico, que incluye la oferta y la demanda de bienes, la producción y el consumo de servicios y bienes y cómo esto afecta a la economía en general, así como las consecuencias de la incidencia de una tributación óptima en las relaciones económicas.

En muchos modelos tributarios, una clasificación común de impuestos, que casi todos los sistemas legales tienen, se basa en la división entre impuestos directos e indirectos, y luego los insta a conceptualizarlos y eliminarlos. Según Anselmini y Buffon, los impuestos directos son:

[...] que recaem sobre a renda e o patrimônio, tendo efeito progressivo na medida em que a participação do contribuinte aumenta conforme o valor da sua renda seja ela advinda do trabalho ou do capital. [...] Já em relação aos impostos indiretos, o peso da carga tributária recai sobre o consumo de bens, produção e serviço.⁷⁷⁹

Estos impuestos se consideran regresivos porque tienen “una relación inversa con el nivel de ingresos del contribuyente, perjudicando a las personas con menor poder adquisitivo”.⁷⁸⁰

Dada esta distinción y conceptualización, es posible:

[...] asegurar que los impuestos directos en general no son trasladables. Esta afirmación es válida para los impuestos que gravan la renta de las empresas y aquéllos que gravan al capital y a la tierra,

⁷⁷⁸ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 150.

⁷⁷⁹ ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Tributação como instrumento de redução das desigualdades no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 226-258, abr. 2018. p. 230.

⁷⁸⁰ DAVI, Jordeana. Carga tributária e política social considerações sobre o financiamento da Seguridade Social. In: DAVI, Jordeana. MARTINIANO, Claudia. SANTOS, Maria A. Nunes. JÚNIOR, Geraldo Medeiros. BRAZ, Mariana C. S. NASCIMENTO, Juliana M. CRUZ, Fabiana Faustino. **Seguridade social e saúde: tendências e desafios**. Campina Grande: EDUEPB, 2011. p. 59-84.

*factores cuya oferta de corto plazo ha de considerarse fija. En efecto, con el capital de cada sector considerado como factor fijo (o capital “hundido”) las ganancias de las empresas constituyen una ‘participación residual’, luego de retribuir a los trabajadores. Esta participación residual se supone maximizada por la firma, tanto en condiciones competitivas como monopólicas. En tanto las condiciones de costo y demanda que enfrenta permanezcan sin cambios, la producción que maximiza beneficios antes del impuesto, también lo hará después del impuesto que grava dicha ganancia.*⁷⁸¹

Como señala Musgrave, los beneficios de un impuesto no se pueden transferir a corto plazo, excepto a tiempo. Sin embargo, este autor enumera otras proposiciones que apoyan la necesidad de una investigación empírica que permita corroborarlo.⁷⁸² Piffano, por su parte, estima que “para el caso de un mercado de competencia perfecta, la posibilidad de traslación, aún en los ejemplos que cita Musgrave, podrían ser viables en el largo plazo y muy poco probables en el corto plazo”.⁷⁸³

En este punto, el jurista sudamericano se aleja de Musgrave y señala que ha encontrado el paradigma del crecimiento del mercado, registrando:

*[...] si las condiciones de costo varían, en el sentido de la aparición de un impuesto que grava el capital de la empresa o la tierra, ambos factores con oferta fija, en el sector económico que oportunamente fueran asignados, la condición de maximización no se verá modificada. La empresa seguirá igualando su ingreso marginal al costo marginal, maximizando de esta manera sus beneficios. La única alternativa que tiene la empresa de cubrir cualquier incremento de sus costos fijos, incluyendo a su capital y/o a la tierra, es la de difusión de los mismos a través de mayor producción. Sin embargo, la producción no podrá superar el nivel por el cual el costo marginal haya igualado al ingreso marginal, o bien, la empresa haya colmado su capacidad de producción.*⁷⁸⁴

A continuación, se evocan los estudios de la curva de Laffer, que apuntan a algunos caminos epistemológicos señalados por el taxista chileno Yañez Henríquez:

[...] la magnitud de la pérdida de eficiencia varía directamente con la tasa del impuesto, la elasticidad precio de la demanda y de la oferta,

⁷⁸¹ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 151.

⁷⁸² MUSGRAVE, Richard A., *Theories of Fiscal Federalism: public finance = finances publiques*, [s.l.], v. 24, n. 4, p. 521-536, 1969.

⁷⁸³ PIFFANO, op. cit., p. 151.

⁷⁸⁴ Ibid, p. 151.

*y el gasto que los consumidores hacen en el bien. Hay que notar que la carga excesiva varía exponencialmente con el cuadrado de la tasa del impuesto, esto solo ocurre cuando las funciones del mercado son lineales. Esto implica que si la tasa del impuesto se duplica la carga excesiva se cuadruplica. Otra observación importante es que todos los elementos del numerador de la ecuación son multiplicativos entre sí, por ende, cualquiera de ellos que valga cero hace la carga excesiva igual a cero. Por ejemplo, si la función demanda precio o la función oferta precio fuese perfectamente inelástica la pérdida de eficiencia sería cero.*⁷⁸⁵

En el contexto económico abordado, se eleva la importancia de los institutos teóricos de la elasticidad de las demandas y el equilibrio económico, extraídos de la curva de Laffer:

*Si aceptamos el supuesto de que en el corto plazo, con los factores fijos tierra y capital, el trabajo puede ser absorbido o desempleado según las elasticidades de su demanda derivada y su oferta, la aparición de un impuesto que grave su ingreso afectará el incentivo a ofertar y demandar horas de trabajo y, muy probablemente, habrá modificaciones en el nivel de empleo del factor, variando también de esta manera la distribución funcional del ingreso. [...] Por lo expuesto, en lo que sigue el abordaje del enfoque de equilibrio parcial estará mayormente ligado a cuestiones de corto plazo, especialmente dirigidas a la imposición indirecta, aunque el tema del esfuerzo laboral, ligado a la imposición al ingreso, o de ésta ligada a las decisiones de ahorro e inversión, será asimismo objeto de estudio. En equilibrio parcial se descuidan o no se tienen en cuenta las interrelaciones entre mercados. Los incentivos a reasignar factores, particularmente capital y tierra y también el esfuerzo laboral, están más ligados a decisiones de largo plazo y de equilibrio general.*⁷⁸⁶

Por lo tanto, el impacto de la tributación debe medirse por la elasticidad económica, es decir, desde la flexibilidad para encontrar soluciones alternativas ante el aumento o la disminución de la demanda y la oferta. Por lo tanto, se infiere que:

[...] a oferta e a demanda são afetadas pela cobrança e arrecadação de tributos, pois a tributação impactará nos preços dos insumos adquiridos e dos bens e serviços ofertados ao consumo, interferindo no equilíbrio normal do mercado, elevando preços e reduzindo quantidades ofertadas. As evasões e a elusão fiscal, como duas formas

⁷⁸⁵ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015. p. 250.

⁷⁸⁶ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 151-152.

*de inadimplemento tributário, prejudicam a economia traduzindo-se em concorrência desleal.*⁷⁸⁷

El análisis de cuáles son los determinantes de la magnitud de la pérdida de eficiencia, que surge el examen del equilibrio parcial⁷⁸⁸:

*[...] el enfoque de equilibrio parcial aísla el comportamiento del mercado referido a un bien o servicio en particular, dejando fuera del análisis el resto de los mercados de bienes y servicios. Se trata del modelo más sencillo o elemental empleado en el estudio de la incidencia de los tributos.*⁷⁸⁹

Sobre estas cuestiones, la teoría de Laffer se aplica con sus cálculos matemáticos que subyacen a la demostración en gráficos, siendo a partir de estas imágenes que es posible analizar el (des)equilibrio del mercado en relación con la incidencia de la tributación.

Aún así, se pueden enumerar:

*[...] los casos extremos de traslación parcial o el de traslación nula. El caso de traslación nula sería aplicable en un mercado de trabajo en que la demanda del mismo fuera infinitamente elástica a precio, en cuyo caso el trabajador habrá de absorber la carga total del gravamen. El caso opuesto de traslación total se daría para una oferta del factor infinitamente elástica al precio. Este caso no parece ser el caso usual del mercado de trabajo, sí en cambio puede aplicarse al caso del mercado de capitales, en cuyo caso la oferta infinitamente elástica al precio se da por la movilidad internacional del capital en mercados domésticos que en tal escenario actúan como tomadores de precio. Una situación asimismo especial plantea la existencia de tecnologías que implican coeficientes fijos en la producción, donde bajo ciertos tramos importantes de la presión tributaria, puede resultar equivalente gravar a uno solo de los factores o a los dos, y sin embargo, no generar distorsiones (carga excedente) y producir efectos similares en el empleo de ambos factores. Este caso se analiza en detalle más adelante cuando se trate el enfoque de equilibrio general.*⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. *Revista de Direito da Cidade*, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011. p. 257.

⁷⁸⁸ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. *Investigación Académica*, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015.

⁷⁸⁹ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 152.

⁷⁹⁰ *Ibid*, p. 157.

4.4. Norma de Imposición Óptima y su perspectiva práctica futura para el camino al efectivo respecto a la Ética Tributaria y la Justicia Tributaria

Hace casi un siglo, Will Durant desarrolló una obra intelectual titulada *The History of Philosophy*, inmediatamente traducida del inglés a otros diez idiomas y posteriormente traducida a todos los países. A partir de este meticuloso estudio epistemológico, por incursión en la metafísica contemporánea (a él) se discute la vida y obra del madrileño George Santayana, quien obtuvo sus títulos en Harvard y, en esa misma institución norteamericana, impartió clases desde los 27 hasta los 50 años. En su obra *Vientos de Doctrina*, se encuentra el conocido análisis, producido por Santayana en 1913, sobre las dos Américas, destacando que el estadounidense:

*[...] consiste nas pessoas ianques, naturais ou habitantes do Estado de Indiana, ou vaqueiros, cujos raízes estão neste solo e não na Europa; cujos modo de agir, ideias e ideais são uma formação nativa, moldados com a simplicidade mental pelo seu meio ambiente primitivo. Esta é a América que nos deu Lincoln, Thoreau e Mark Twain; é a América do senso prático e empresários realistas.*⁷⁹¹

Todavía dentro de esta dualidad, vista desde la perspectiva de la geografía humana norteamericana, también es posible identificarla a través de la inclusión de otros países con raíces muy diferentes. Esto es lo que sucede con Brasil en sus orígenes portugueses, habitado por una enorme población de diversas razas. Su Ejército parece más compuesto por soldados de la ONU, por su diversificación natural; totalmente distinto de los lusitanos. Este es también el caso de los mexicanos o venezolanos, con poblaciones aztecas o incas, completamente diferentes de sus españoles colonizadores.

Aquí vale la pena señalar, entonces, algunas consideraciones que involucran la naturaleza misma del individuo, desde su nacimiento, hasta la mayoría de edad, en sus comportamientos y límites, estableciendo castigos educativos en caso de transgresión o ausencia de respeto de los ascendientes, principalmente. De hecho, cabe registrar, La cultura griega hizo hincapié en el estudio conductual llamado Ética de la rama de la Filosofía que estudiaba la convivencia de las personas con sus pares, imponiendo renunciaciones y exigiendo la sublimación de las frustraciones naturales. Así pues, los niños ya reciben educación con arreglo a las corrientes de normas nacionales

⁷⁹¹ DURANT, Will. **A história da Filosofia**. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: E. Nova Cultura Ltda, 1996. p. 444.

obligatorias; desde los actos alimenticios saludables y prohibidos hasta los dañinos, como en las creencias religiosas y las tareas laborales. Desde un punto de vista ético, la conducta moral fue y ha sido siempre guiada por una sucesión subjetiva y anónima de actos normativos invisibles (pero visiblemente inmaculados en los seres humanos) que no pueden, por lo tanto, dejar de elogiarlos por voluntad personal propia.

Estas reglas deontológicas no escritas fueron descritas por Kelsen, claramente de las normas legales:

A principal distinção entre moral e direito, elaborada por Kelsen, consiste no fato de que no direito as normas prescrevem uma conduta humana determinada, imputando à conduta oposta, um ato de coerção também prescrito, a ser aplicado pelo órgão autorizado. Enquanto na moral, uma ordem normativa estatui sanções indefinidas e não determina um órgão competente para sua execução.⁷⁹²

La norma moral fue utilizada por Aristóteles como ética para designar el estudio de la conducta conductual humana, o, mejor dicho, de los contumes y la palabra griega *hamartia* para retratar este elemento subjetivo. Sin embargo, no se utilizó como expresión figurativa de un pecado mortal agravado, ni de una transgresión grave. Se refería únicamente a un mero fracaso moral o ético que podía dar graves consecuencias, como la desgracia o la tragedia. Para los griegos, era un pecado social, o deontológico, irrespetuoso de las tradiciones o por ellos hasta que murieron, tal es su medida de valor, como sucedió con los espartanos en las Termópilas. Por lo tanto, la doctrina filosófica del derecho apoya la existencia de reglas legales vistas como naturales antes de cualquier norma positiva. Eran las premisas comunes, establecidas por el uso práctico repetido de lo que se entendía como correcto.

Se recuerda que Aristóteles, venerando su paternidad, escribió la clásica *Ética a Nicómaco* en diez libros, reflejando el dominio moral de la felicidad, mientras abordaba filosóficamente la Física Primero, o Metafísica. Nacido en Estagira, justo al norte de la Grecia continental, la antigua colonia griega macedonia, el padre de Aristóteles era médico de la corte del rey Filipo de Macedonia, y la filosofía aristotélica tomó un curso diferente del platonismo. Si bien esto se centró en una comunidad socialista que suprimía a la familia, unió a las mujeres y la naturaleza para la constitución de la polis.

⁷⁹² PITSÍCA, Diogo Nicolau; PITSÍCA, Nicolau Apóstolo. **Introdução à ciência jurídica de Hans Kelsen**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 82.

El nombre de la Escuela se debe a la construcción en la que se ubicó el Liceo, dotado de jardín y balcón cubierto y donde se instaló una biblioteca.

La escuela secundaria también se llamaba peripatética porque Aristóteles enseñaba sus lecciones paseando; por lo tanto, los estudiantes aprendieron mientras caminaban. Mencionó que no hay nada parecido a “convertirse en” o “llegar a ser”, porque “lo que es, no puede llegar a ser” porque ya lo es, ni nada puede “proceder a lo que no es”. Platón demostró que este dilema dependía de la falta de condiciones para entender que el verbo “ser” se usa en dos sentidos diferentes (existir y tener). Con estas nociones, Aristóteles presentó como solución la idea de que la antítesis entre “lo que es” y “lo que no es” no es cierta. Donde no existe nada en absoluto, nunca puede haber nada. Luego, defendió el concepto de potencialidad (*dynamis*), citando como ejemplo un embrión que no es un hombre; pero es posible que así sea.

En otras palabras, potencialmente el embrión es un hombre. Por lo tanto, el embrión consistía en el sustrato privado de la forma del hombre. La función, para Aristóteles, es primordial. El ojo, por ejemplo, tiene la función de ver. Si no lo estás viendo, aristotélicamente no cumple su forma. La vista gorda se caracteriza por la privación de la vista. Por otro lado, si una planta crece en un ambiente oscuro, sus hojas se vuelven blanquecinas: se puede ver que se caracteriza por la privación de la fotosíntesis que está en su naturaleza lograr.

La forma es la existencia o verdadera naturaleza de una cosa. Las formas siguen siendo las mismas. Una pera siempre tomará la forma de una pera, si no la tiene no será una pera. La semilla puede incluso dejar de ser una semilla, convirtiéndose en un árbol, pero siempre producirá la pera. Nunca una semilla de pera puede convertirse en un pájaro y volar. Sólo el lenguaje de la razón, el *logos*, puede definir las cosas como son y no como podrían o deberían ser. Por otro lado, el hombre es (en su ser concreto) un compuesto de cuerpo y alma. Incluso si no es más que para sus necesidades materiales, los hombres no pueden prescindir unos de otros. Por lo tanto, es necesario algún tipo de organización comunitaria. Y esto implica, inmediatamente, virtudes morales: el hombre es, por naturaleza, un animal político (*zoon politikon*).

Todos los hombres buscan la felicidad. Y este es el objetivo de la vida humana. Por naturaleza, el hombre es un animal político. Y es el único animal que tiene la palabra para expresar lo justo y lo injusto; así como el sentido del bien y del mal, en forma de símbolos. Los animales solo expresan dolor y placer, sin palabras. Las sociedades humanas pueden editar las reglas de conducta o las leyes que las ordenan. Los

hombres son animales políticos que dictan las reglas de la vida común. Por esta razón, Aristóteles sostiene que la polis es la sociedad misma, constituida sin los lazos de sangre y formada colectivamente por una comunidad unida sólo por la ley que edita y que da la forma de vida social.

En honor a su padre, Aristóteles construyó diez capítulos en su obra de filosofía práctica. El primer capítulo, "*Acerca de la felicidad*", sostiene que no eres feliz cuando estás solo; cuando tienes hijos; o cuando te ves mal. El segundo capítulo, "*Naturaleza de la virtud ética*", sostiene que la educación es una cualidad potencial. En los capítulos tercero y cuarto, llamados "*Acciones voluntarias e involuntarias*" y "*Examen de las virtudes éticas*", se describen virtudes y vicios particulares. El capítulo cinco, una continuación del "*Examen de las virtudes éticas*" está enteramente dedicado al estudio de la virtud y la justicia. Para Aristóteles, las leyes en general no están dictadas para agotar todas las situaciones. Por lo tanto, es necesario que la justicia responda a situaciones particulares, sin reducir o suprimir la fuerza de la ley que se aplica en su nombre. El capítulo seis "*Examen de las virtudes intelectuales*" estudia la prudencia porque constituye un valor puramente humano. En el séptimo capítulo, "*Apéndice sobre virtudes éticas, continencia e incontinencia*", Aristóteles condena a los hombres que usan la sabiduría con fines contrarios a los buenos modales, sin reconocer a tales personas como seres humanos. Los capítulos octavo y noveno, llamados "*Acerca de la amistad*", tratan el amor como una virtud esencial. La amistad borra los errores y fomenta las buenas aedes. Por cierto -siendo él, Aristóteles, una persona enteramente recogida y aislada, social y políticamente-, reflexiona si "¿deberían los sabios tener amigos?". La respuesta (positiva) está en los paxis de la experiencia humana. Finalmente, en el capítulo diez, "*Naturaleza del Placer y la Felicidad*", el filósofo expone una Teoría de la Felicidad como un ejercicio de virtud y funcionamiento del alma. Si una persona está enamorada, es feliz porque la felicidad es un estado mental. La actividad del alma depende del florecimiento y ejercicio de las facultades mentales que definen la propia vida. La "*Ética a Nicómaco*" se sitúa dentro de la "*Primera Física o Metafísica*", donde Aristóteles define la metafísica como la esencia inmutable de todo lo que es eterno, todo lo que no varía con ilusión, todo lo que la razón consagra como eterno y que no sufre cambio aparente.

En *Ética y Eudemo*, una colección de siete capítulos, Aristóteles se ocupa de las manifestaciones humanas voluntarias. El primer capítulo trata de la felicidad; el segundo, de elección; el tercero, de la esperanza y la prudencia; el cuarto, aborda la

amistad, finalmente, los últimos tres capítulos corresponden a los mismos tres capítulos reasperados de la obra “Ética a Nicomaco”. Aristóteles sabía que la palabra derecho, tal como la usamos hoy, no existía en el vocabulario griego, por lo que comenzó a conjugar *bier* (vida) con *kales* (bueno), o *archivo* (amigo) con *logos* (sabiduría) o incluso *nombres* (norma) con *ley*; *dique* (justicia) y *diquean*, con justo y, de todos ellos, dibujado un sentido adecuado de la ética política.

Agregue esa escuela filosófica fundada en el siglo XIX. III a.C., de Zenon de Cirio, se basó en la “stoà poikíle”, es decir, un pórtico pintado. De ahí el nombre de Escuela Pórtico o simplemente Trad”. Asimiló los pensamientos epicúreos, platónicos y aristotélicos y más tarde influyó en el romanismo de Séneca y Cicerón. A. La ética era el objetivo final del estoicismo y con referencia a la religión creía en el ser supremo, el Logos (Dios). Los estoicos tienen el gran mérito de haber creado el derecho natural, cuya formación definitiva recayó en Cicerón. La definición estoica de *polis* (que llegó a ser recogida por Cicerón) consistía en la agrupación humana que habitaba un territorio y se regía por un derecho. El comportamiento humano y los hábitos sociales deben ser disciplinados para lograr el progreso a través de actos deontológicamente virtuosos.

De esta manera, la moral del deber inspiró a los hombres a exaltar sus cualidades y virtudes, incluso cuando estaban amenazados por la miseria o cualquier tipo de realidad espiritual, revelando el verdadero patrimonio cultural de los individuos.

Aparecieron entonces jurisconsultos, que no eran filósofos, aunque conocían las ideas filosóficas de la época. Eran sabios prácticos. Considerados prácticos y positivos fueron responsables de la transformación del rígido derecho formalista de la *urbe* (o *jus civile*) en un derecho más flexible, para ser utilizado por las diversas unidades sociales y diferentes regiones del Imperio Romano.

La justicia, tal como la define Ulpiano (150 a.C. – 228 a.C.), llegó a conceptualizarse como la voluntad perpetua de dar a cada uno lo que es suyo. Con este fin, el sistema jurídico normativo debe producirse de acuerdo con su propio ideal de justicia dentro de la tríada: legal, conmutativa y distributiva. Lo legal era algo sujeto al poder de la ley, estableciéndose como el poder de la comunidad. La justicia conmutativa era la que regulaba las relaciones entre los individuos y la justicia distributiva la que establecía proporcionalmente las cargas que debía soportar la sociedad civil. Nacido en Tiro, fue asesinado por la guardia pretoriana en Roma. Trabajando con el *Jus Civile*, con sus sentencias, los jurisconsultos comenzaron a construir el *Jus Gentium* también. No se salvó mucho de los jurisconsultos, excepto las Instituciones de Cayo, cuyos escritos

fueron recopilados y compilados por Justiniano en su “Digesto” o “Pandectas”. Era un material didáctico que archivaba información sobre el antiguo derecho romano.

Cicerón estudió en Grecia, donde fue influenciado por la Escuela Estoica. Viajó de Atenas a Rodas; luego al Asia Menor Helénica. Por lo tanto, tuvo el mérito de difundir e infiltrarse en la filosofía helénica en la cultura romana, así como transmitir una gran cantidad de términos griegos, muchos de ellos introducidos en el latín, construyendo la base pragmática de la ley. Casi nada se sabe sobre el célebre jurista romano Cayo (130-180 2.C.). Ni siquiera se conoce su nombre completo. Sus cinco décadas de vida se extraen de sus obras que se habrían escrito dentro de este período, bajo los Imperios de Adriano, Antonino Pío y Marco Aurelio.

Sólo después de su muerte fue posible reunir sus obras y reconocer la autoría. El emperador Teodosio II, por la Ley de Citatious, nombró a Cayo, junto con los juristas Ulpiano, Papiniano, Modestino, Pablo y Celso para analizar y reflexionar sobre cuestiones legales. Su trabajo es relevante para la comprensión de las instituciones romanas. Extendiendo el Imperio Romano a través de la periferia morfológica del mar Mediterráneo; desde España, en el punto exinos de Gibraltar hasta las costas orientales donde se asentaron las primeras civilizaciones, abarcando regiones de Barcelona, Marsella, Génova, Sicilia, el Peloponeso griego, Turquía, el delta del Nilo, Alejandría y todo el norte de África, este “gran lago”, fue un formidable tubo de ensayo, concentrando las disputas en manos de los jurisconsultos que le aportaron soluciones. Gaio, en el Inustitutas aclara que:

*O direito que a razão natural (naturalis ratio) constitui para todos os homens é observado por todos e chama-se direito dos povos, pois é o direito usado por todos os povos. O povo romano segue, portanto, um direito que em parte lhe é próprio e em parte comum a todos os homens. Os direitos do povo romano são as leis, os plebiscitos e os que possuem o direito.*⁷⁹³

Por su traje, nacido en Córdoba, todavía era joven para Roma. Allí, como abogado, fue castigado por Claudio y desartificado a Córcega por el adulterio practicado con una hermana de Calígula. Más tarde, el propio Claudio revocó este destierro y lo nombró preceptor de Nerón, su hijastro, hijo de Agripina. Y este hizo matar a Claudio cuatro años después, así que Nerón. asumió el poder junto a Séneca durante cinco años,

⁷⁹³ GAIO *apud* PÍTICA, Nicolau Apóstolo. **Artifícios do conhecimento jurídico**. Florianópolis: Editora Conceito, 2017. p. 57.

cuando Nerón se distanció de Séneca. Tres años más tarde, acusado erróneamente de conspiración y traición contra el emperador, Nerón ordenó a Séneca que dejara la vida a través del suicidio, lo que hizo abriendo sus venas para ver su propia muerte.

Lo paradójico es que toda la obra de Séneca en *La Misericordia* estaba dedicada a Nero, simbolizando un espejo para que viera el magnánimo interior de su alma. El poder absoluto del soberano puede liberarlo de cualquier subordinación a la legalidad, pero se somete a ella por una disposición personal a la que se le llama ética. El soberano puede estar por encima de la ley y cuando juzga no está a la altura. Por lo tanto, la misericordia tiene un significado especial. Perdonar no es castigar a un hombre culpable. La misericordia es diferente. Es más completo que el indulto. Es más honorable. No representa un juicio según fórmulas legales, sino de conformidad con el bien. Sobre todo, cuando la imposición proviene de una ley injusta. La moralización de la sociedad es efectiva por la moralización del rey. Esta fue la propuesta de Séneca en *La Clemencia*, dedicada a Nero, a quien imaginaba, como un rey justo. El soberano es el alma y su comunidad su cuerpo. Durante la Edad Media, este libro fue una referencia, como un “espejo de príncipes”. En su obra, Séneca refleja las cualidades del monarca, haciendo un paralelismo con las abejas, afirmando que, sin duda, las abejas son muy feroces y violentas en relación con su tamaño, multando su aguijón y creando heridas. El rey, por otro lado, no tiene aguijón, porque la naturaleza no quería que fuera cruel y que remita una venganza, cortando así su aguijón y dejando su collar desarmado.⁷⁹⁴

No era fácil para una sociedad politeísta, pagana y con un sobrio dotado de poderes divinos, aceptar pacíficamente el cristianismo, es decir, negar la propia lógica con la existencia del hijo de Dios, asesinado por los judíos romanos y resucitado en el triduo. Es importante señalar que la predicación de los Apóstoles ocurrió durante el período de Nerón, entonces aconsejado por Séneca, cuando los romanos eran respetados por sus libertades, ley y seguridad.

Por lo tanto, debido a que están siendo perseguidos, los cristianos se reúnen clandestinamente en cuevas subterráneas, respaldados con un sofisticado sistema de seguridad. Perseguidos y ejecutados, los cristianos vivían en la clandestinidad, imponiendo la práctica de la iniciación ritual del bautismo para conocer el evangelio, la cristología y los misterios de la fe, base suprema del derecho canónico. Esta purga cristiana comenzó a dirigirse a los agricultores y trabajadores italianos, destinados a

⁷⁹⁴ SÉNECA, Lucio Anneo. **Sobre la Clemencia**. Madrid: Editorial Tecno S.a., 1986.

consolar a los humildes y necesitados, a través de una visión humanista fraterna del mundo.

Pero, de hecho, el clero llegó demasiado tarde para explicar el evangelio, porque la predicación dictada por el dogma de la fe estaba radicalmente en conflicto con el conocimiento dictado por la razón, la moral y la ética, es decir, era difícil aceptar eucarísticamente la verdadera transformación del pan y el vino en el cuerpo y la sangre de Cristo, negando los principios racionales de la lógica. Sólo por la inteligencia del apóstol Pablo, acompañado por los obispos Justino, Juan Crisóstomo, Ireneo y Orígenes (en Grecia) y el apóstol Pedro, con los obispos Tertuliano, Ambrosio y Jerónimo (en Roma) fue posible sentar las bases del cristianismo.

Por una vez, en el ámbito del derecho tributario, más concretamente en la aplicación tributaria, la doctrina dirige la primacía de la ética tributaria. En este sentido, así como sobre la necesidad de que el impuesto se estructure de manera justa, a través de preceptos éticos, Jorge del Busto Vargas, en su obra *Ética Tributaria*, afirmó:

*Entre los caracteres del tributo justo relacionados con la justicia distributiva, el primero es la pluralidad, o sea, la existencia en cada país de una diversidad de tributos que integran su sistema fiscal. El tributo único, como ciertos teóricos han propuesto en algún país que lo sea el impuesto a la energía, no se puede aplicar a todos en una medida justa y de aquí que los administrativistas franceses digan 'impôt unique, impôt inique'. Un segundo rasgo del tributo justo relacionado con la justicia distributiva es la igualdad proporcional geométrica que pide gravar a todos por igual, no con una igualdad proporcional aritmética, como fu ella antigua capitación o modo más primitivo de cobrar el impuesto a la renta, sino con una igualdad proporcional geométrica, esencial de la justicia distributiva según Aristóteles. Esta proporción geométrica, según los modernos tributaristas se basa en la llamada 'capacidad tributaria de cada cual y explica no solo los impuestos de tasa proporcional sino aún los de tasa progresiva, justificados por la conocida teoría de la igualación del sacrificio que el pago del tributo significa para el hombre pobre, para el de mediana condición y para el rico.'*⁷⁹⁵

Cabe señalar que un tributo solo puede considerarse en conjunto si es eficiente. El principio de eficiencia garantiza a los ciudadanos un derecho subjetivo, porque su existencia impone a los administradores públicos el deber de realizar sus

⁷⁹⁵ VARGAS, Jorge del Busto. *Ética Tributaria*. **Thémis** 12, PUCP, San Miguel, Peru, p. 10-15, 1988. p. 12.

actividades de manera efectiva, apuntando al bien común, y respetando los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad.⁷⁹⁶

Por lo tanto, debe ser que los actos de la administración pública deben llevarse a cabo con la mayor calidad y competencia posibles. En este sentido, una de las categorías centrales de la AED es la eficiencia, consistente con la optimización de una determinada medida de valor, es decir, constituye una regla de maximización.

Ante la realidad social de escasez de recursos, el derecho tributario necesita elegir los valores considerados más importantes (que pueden ser culturales, económicos, sociales, entre otros) para ciertas realidades jurídicas con el fin de optimizarlas. Tales valores, por ejemplo, pueden ser el rendimiento máximo de los factores de producción, cuando se apunta a un mayor beneficio, o la protección del medio ambiente, porque considera esencial la calidad de vida.⁷⁹⁷

Es importante destacar la posición de Franco Gallo, que señala que el gasto público debe ser contenido, reevaluado y simplificado:

*[...] sólo cuando sea excesivo e ineficiente y no porque lo impone la previa e instrumental reducción de la presión fiscal. Ésta ha de ser también gradualmente reducida, pero en dependencia de la reducción del gasto (y de la reducción de la evasión) y no sólo a los fines de relanzar por esta vía el modelo del Estado mínimos, construyendo a los gobiernos a cortar indiscriminadamente tanto los gastos inútiles como los útiles.*⁷⁹⁸

La reflexión que se propone, sin embargo, está relacionada con la oportunidad de construir una base fundamental para un nuevo modelo del sistema tributario, que comprenda la relación intrínseca entre libertad, justicia fiscal, economía y ciudadanía tributaria⁷⁹⁹, teniendo grandes consideraciones sobre estos temas la AED.

En este sentido, Clemente Checa González habló sobre la necesidad de que el gasto público apoye la eficacia, afirmando que:

[...] el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los

⁷⁹⁶ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 204.

⁷⁹⁷ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 58.

⁷⁹⁸ GALLO, Franco. *Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 163.

⁷⁹⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 62.

*critérios de eficiência y economía, lo que implica [...] que el gasto público debe asignar con equidad los recursos públicos, con respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.*⁸⁰⁰

El poder soberano del Estado para imponer impuestos a los ciudadanos-contribuyentes tiene la función primordial de garantizar el bienestar social y la protección de la dignidad humana. Por lo tanto, la búsqueda de la eficiencia no debe ir más allá de los límites de la dignidad humana a través de la violación de los derechos fundamentales. Pondero, en este sentido, que “la violación de los derechos humanos por parte del propio Estado implica, en última instancia, una afrenta indirecta al propio poder soberano y, por consiguiente, a legitimidad constitucional del poder de imponer impuestos”.⁸⁰¹

Alejandro Romero Gudiño, también desde una perspectiva de ética tributaria, señala que la ética dentro del derecho tributario no solo contribuye, sino que es esencial para que haya “*respecto del uso y destino de los recursos públicos, se siguen responsabilidades para su uso eficaz, eficiente y económico, lo cual implica subordinar todo el tema fiscal y presupuestal a las normas de rendición de cuentas y fiscalización*”.⁸⁰²

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho tributario, una política tributaria pública será considerada eficiente o ineficiente de acuerdo con los valores adoptados en cada país, y la eficiencia es el “termómetro” que indica si una norma legal es adecuada y deseable o no, dependiendo de las medidas de valores adquiridos por el derecho tributario.

Hay muchos diseños de políticas que difieren cuando priorizan los resultados a largo o corto plazo. Por ejemplo:

[...] en el caso de la política monetaria, en el corto plazo al evitarse la imposición para financiar el gasto público no se afectará a la producción y el consumo, pero en el más largo plazo, el proceso inflacionario conducirá a generar expectativas de volatilidad futura, generando un escenario de incertidumbre que afectará al consumo,

⁸⁰⁰ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 7. E-book.

⁸⁰¹ PÍTSICA, Diogo Nicolau. Poder, fuerza, legitimidad y procedimientos y los límites éticos de la actuación estatal frente a los códigos de defensa del contribuyente como factores (des)constitutivos de la ciudadanía y de la justicia fiscal. In: MARQUES, Mateus; SANTA TERRA JUNIOR, João (org.). *Temas de Direito Público e Privado: estudos em homenagem ao VIII centenário da Universidade de Salamanca*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. v. 2. p. 67.

⁸⁰² GUDIÑO, Alejandro Romero. Ética y moral tributaria: revisión desde el sistema nacional anticorrupción. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

la producción, la inversión, y el empleo, y la generación de un escenario de una creciente conflictividad social derivada de la puja precios-salarios. En el caso de afectar con las retenciones la producción del bien exportable, es clara la diferencia de efectos que ello produce en el muy corto plazo y en el largo plazo. En el corto plazo, se generan recursos tributarios para el Gobierno al tiempo de generar redistribución de ingreso desde el sector productor a los demandantes domésticos del bien exportable. En el más largo plazo, se observará un aumento del precio doméstico del bien y menores recursos para el Gobierno, al haberse afectado el ritmo de inversión, de expansión de la producción y de las exportaciones, compatibles con la expansión de la demanda doméstica de largo plazo y la absorción de los avances en el nivel tecnológico internacional, con la muy probable desaparición de las ventajas comparativas que se tenían antes de la aplicación de la política comercial indicada.⁸⁰³

Otra forma de examinar una política fiscal es a través del principio de Pareto. Según la profesora Luciana Yeung⁸⁰⁴, un postulado jurídico puede alcanzar a eficiencia de Pareto cuando atinge “situación de eficiencia máxima, ou seja, onde não é mais possível aumentar o benefício gerado socialmente” sem aumentar o prejuízo de outrem.

Para un examen adecuado de la norma tributaria es necesario entender su incidencia, porque en la teoría económica existen diferentes términos de incidencia. Este documento se aplicará a:

[...] efecto económico que la introducción de un impuesto provoca en las magnitudes de las cantidades transadas en el mercado y en el nivel de precios resultante, es decir, cuál es el efecto ‘asignativo’ del impuesto, lo que significa observar las implicancias en materia de producción y consumo del bien o servicio, y consecuentemente en la asignación de los factores de producción en la actividad bajo análisis. Ello conduce finalmente a observar de qué manera responden la oferta y la demanda del bien o servicio estudiado, cuyos agentes económicos se ven motivados por un incentivo básico: el de optimizar su bienestar.⁸⁰⁵

Para resolver adecuadamente en este trabajo cuál es el análisis económico del derecho tributario, es imprescindible indagar dicha teoría en el mundo práctico del

⁸⁰³ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 22.

⁸⁰⁴ YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: CASTELAR PINHEIRO, Armando; PORTO, Antônio José Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Pinheiro (coord.). **Direito e Economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 141.

⁸⁰⁵ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 150.

ordenamiento jurídico: “Así como la única manera de entender cómo correr es corriendo, el AED se entiende aplicándolo. Busca explicar cómo hacemos el análisis costo-beneficio de nuestras decisiones y con ello entender cómo funciona la conducta en el mundo real”.⁸⁰⁶

Otro tema desarrollado por la doctrina enfatiza el examen de las equivalencias de las políticas públicas:

*A partir de las nociones básicas sobre ‘equivalencia tributaria’, resulta necesario seguir ampliando la cuestión de las relaciones de sustitución y de complementariedad entre las políticas comerciales y fiscales, o el de política tributaria y política tarifaria en monopolios estatales, el de la política tributaria y las regulaciones y otras similares.*⁸⁰⁷

Así, en este capítulo se analizarán las políticas públicas fiscales y sus respectivas (in)eficiencias de acuerdo con los preceptos económicos de la AED; es decir, desde los institutos de microeconomía y macroeconomía, se examinará el derecho tributario material, basado en el análisis económico del derecho, particularmente en los temas del estándar de aplicación óptimo desde su perspectiva práctica-futurista, la tributación ambiental, la tributación de nuevas tecnologías, la sanción fiscal, la tributación alimentaria, el cumplimiento tributario y el arbitraje tributario.

Para que los operadores jurídicos actúen en armonía con los nuevos retos del mercado, las instituciones de Derecho deben promover la eficiencia y la seguridad jurídica para que pueda funcionar correctamente. Para ello, se necesita un nuevo paradigma sobre el papel de las instituciones y la ciencia jurídica, y es fundamental que los profesionales que trabajan conozcan las bases teóricas de la economía, cómo funciona, las razones de las decisiones de los agentes económicos, cuándo y cuál es la razón; la solución no es permitir que el mercado opere libremente.

En este pilar del necesario estudio sobre economía, surge la teoría del Análisis Económico del Derecho que tiene como precepto básico de máxima eficiencia como norma de imposición óptima. En resumen, al referirse al sustrato teórico de “eficiencia” y “óptimo social”, exalta la supresión del despilfarro de riqueza (reducción de costes) o la maximización de la riqueza, es decir, que una decisión se clasifique como

⁸⁰⁶ BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. p. 12. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

⁸⁰⁷ PIFFANO, op. cit., p. 13.

‘eficiente’ u ‘óptima’, lo que importa es que los beneficios totales superen los costes totales o, al menos, hay el menor desperdicio posible.

Como explica Raimundo Júnior, el Análisis Económico del Derecho tiene:

*[...] enfoque interdisciplinar com a valorização da análise consequencialista, da compreensão das decisões racionais do ser humano e da teoria microeconômica são responsáveis pelo estímulo à busca da eficiência econômica como critério de justiça, contribuindo para previsibilidade e segurança das decisões judiciais, ao mesmo tempo que traz benefícios para diversas áreas do Direito, das mais novas as mais antigas.*⁸⁰⁸

Se trascienden las premisas de la AED en el derecho tributario, considerando que esta teoría busca enfocarse en la comprensión económica pragmática de la creación de la norma. Esto sucede, porque la corriente del análisis económico de la ciencia jurídica revela un orden diferente, que interpreta el derecho tributario desde otra perspectiva de la teoría ya establecida en el sector jurídico, de hecho, trabaja los impuestos en conjunto con el conocimiento económico y jurídico.⁸⁰⁹

La perspectiva teórica de la AED surge del origen de la legislación tributaria, ya que *“en un Estado democrático la legitimidad de la ley proviene del hecho de haber sido aprobada mediante el procedimiento establecido por la Constitución y las leyes, por los representantes del pueblo.”*⁸¹⁰ Por lo tanto, el nacimiento mismo de la ley involucra costos sociales basados en la estructura del poder legislativo para formular, discutir y votar dicho proyecto de ley. Además, una vez que se crea una regla no es fácil de cambiar, por lo que el proceso legislativo se considera un costo irrecuperable, porque el gasto financiero y temporal de la máquina estatal para crear tal nueva regla es irreparable, siendo esta ley beneficiosa o no para la sociedad, clara o confusa, adecuada o inadecuada.⁸¹¹

Además de los costos que implica la creación de la ley, estos pueden llegar a otras esferas de poder, como en el poder judicial. Cuando un estándar no tiene un texto

⁸⁰⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 286.

⁸⁰⁹ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 75.

⁸¹⁰ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 38. E-book.

⁸¹¹ SZTAJN, Raquel; GORGA, Érica. *Tradições do Direito*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 177.

asertivo, lo que deja espacio para lagunas, la probabilidad de entrada de numerosas demandas es alta. Bajo el mismo entendimiento, Clemente Checa González presenta en *Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria*, la visión de Ana María Juan Lorano, que afirma:

*La deficiencia de la norma aumenta la conflictividad y ello desarrolla una compleja espiral: la norma dictada sin atender a su posterior ejecución es, por lo general, una norma deficiente, descuidada, susceptible de no ser correctamente aplicada, o de serlo de múltiples maneras. Si la norma permite aplicaciones diferentes, alternativas o contradictorias aumenta la litigiosidad.*⁸¹²

Por lo tanto, tiene que ser indudablemente la norma genérica, al ampliar la litigiosidad, se traduce en el aumento de la actividad del poder judicial, generando el crecimiento de sus costos.

También es probable que culmine el poder ejecutivo, porque la regla tributaria es la base de múltiples cobros, órdenes y operación de la administración pública, ampliando los costos de transacción involucrados en la ley tributaria. Dado que todas estas instituciones se crean y desarrollan a favor de satisfacer las demandas sociales, la sociedad también se vería directa e indirectamente afectada por el mal uso de los recursos que surgió una ley mal formulada.⁸¹³

Todos estos estudios y diagnósticos, de los costos involucrados en la norma tributaria, se refieren a la noción de eficiencia económica. Por lo tanto, un proceso legislativo considerado eficiente es aquel en el que los beneficios derivados de la modificación de la ley superan los costos del proceso de reforma.⁸¹⁴ El objetivo primordial, entonces, es lograr un equilibrio, una proporcionalidad entre la necesidad de institucionalización de la ley y su costo social, en busca de que esta norma logre su propósito adecuadamente, sin que los costos de las transacciones transformen tal política en una alta carga social. Además de un método contable entre crédito y débito, se realiza un examen del costo de oportunidad, es decir, la posibilidad de elegir otra alternativa legislativa, con el objetivo principal de concebir una perspectiva práctica en las normas

⁸¹² JUAN LORANO *apud* GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 111. E-book.

⁸¹³ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 81.

⁸¹⁴ SZTAJN; GORGA, *op. cit.*, p. 177.

futuras de política pública para que la sociedad tenga los beneficios del derecho tributario de manera económicamente eficiente.⁸¹⁵

Comprender la estructura de los impuestos es imperativo:

Todo tributo requiere diferenciar como componentes básicos de su diseño los siguientes aspectos: hecho imponible, base imponible, alícuota, contribuyente y/o agente de retención. El hecho imponible es el acto o acción que gatilla una futura obligación de pago del tributo al identificar una riqueza que el Estado ha decidido gravar y, a tal fin, definir como la base o fuente de la imposición.⁸¹⁶

Por lo tanto, cada impuesto se basa en la imposición normativa y, en una lectura conjunta con la AED, el objetivo de la tributación es lograr una imposición regulatoria óptima. Al respecto, Lucía Del Carmen Bolaños Bolanõs, de la Universidad Autónoma de Chile, tuvo la oportunidad de reflexionar:

La estimación de ingresos, más los de carácter tributario, debe contemplar los diversos factores de la cambiante dinámica económica, que modifica la forma de hacer negocios, con lo cual invisibiliza los límites del territorio e impone las fronteras tecnológicas y así internacionaliza los capitales que buscan nichos de reproducción en un país o en otro, donde los flujos de dinero vienen y van y generan alteración de precios en los bienes y servicios, lo cual incide directa o indirectamente, positiva o negativamente, en el logro del Estado social de derecho. Por tanto, la previsión de ingresos tributarios, desde la perspectiva jurídica, debe entenderse y positivarse considerando que las finanzas públicas desempeñan un papel preponderante como medio para lograr el fin último, en la medida en que pueden tener un efecto compensador de los desequilibrios a través de la regulación y detengan el flujo de capitales, que autoricen la financiación vía endeudamiento interno e externo, con la emisión de normas restrictivas del gasto público, e impugnan nuevos tributos que contrarresten los menores ingresos por la adversidad económica o la combinación de varias alternativas normativas, siempre con ajuste al principio constitucional de justicia.⁸¹⁷

La necesidad de normas con imperativos óptimos, desde su perspectiva práctico-futurista, se basa en el entendimiento de que “el efecto directo de la imposición de un impuesto es el aumento del precio del producto y, en consecuencia, la reducción de

⁸¹⁵ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 82.

⁸¹⁶ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 25.

⁸¹⁷ BALAÑOS, Lucía del Carmen Bolaños. Justicia tributaria como principio constitucional en el Estado social de derecho. **Revista de Derecho**, [s.l.] n. 48, p. 54-81, 2017. p. 55.

su demanda. A corto plazo, hay una distorsión en el equilibrio del mercado, causada por la imposición del impuesto, en el que una cuota de mercado deja de consumir”.⁸¹⁸ Además, están los reflejos indirectos que aparecen debido a la obligación de un tributo, lo que constituye una cuestión más distante y compleja de analizar, siendo casi imposible un legislador, solo con conocimiento jurídico, concebir estas implicaciones de la norma. En este sentido, los factores conductuales, explicados por teorías económicas, no relacionados con la relación jurídico-tributaria aumentan, siendo sólo posible preceder y prevenir tales externalidades negativas a través de un estudio exhaustivo del análisis económico del derecho tributario.

Así, la Teoría de la Externalidad proporciona recursos teóricos capaces de analizar las consecuencias y reflejos de las leyes e interpretaciones tributarias causadas por la intervención estatal a través de la creación legiferante de impuestos. La herramienta teórica en teoría permite alcanzar visiones emancipadoras del derecho, además de las predichas por los legisladores en el momento de su institución, así como más allá de la visión jurídica doctrinal clásica. Dicho esto, fraccionadamente en los siguientes capítulos, el derecho tributario será reflexionado en diferentes temáticas, desde la perspectiva del AED y la Teoría de la Externalidad.

4.4.1. Tributación Medioambiental

Para que un tributo sea considerado óptimo, es fundamental apuntar a su máxima eficiencia, tanto bajo el sesgo económico como socioambiental, al fin y al fin y al demás, ambos son factores intrínsecos. En este estudio, se ha advertido en este estudio la necesaria intersección entre la eficiencia económica y la efectividad de la isonomía, de modo que un estándar considerado eficiente no puede causar desigualdad o injusticia, incluido el sesgo ambiental. Es, al fin y al fin y al normal, el Teorema del Estándar Tributario Óptimo como representación lógica del propio análisis económico del derecho tributario.

Sólo así, desde esta perspectiva de un impuesto óptimo, resultante del tecnicismo del Análisis Económico del Derecho Tributario, se estaría cumpliendo efectivamente con la primacía de la ética tributaria y haciendo cumplir así la deseada Justicia Fiscal.

⁸¹⁸ TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018. p. 87.

En este sentido, Carlos Peralta Montero, en su artículo titulado *O Fundamento e a Finalidade Extrafiscal dos Tributos Ambientais*, precede:

Nessa linha de pensamento, em primeiro lugar, devemos entender que esse tipo de instrumento fiscal é uma manifestação do princípio poluidor-pagador, chamado pela doutrina hispânica como princípio quien contamina paga -, princípio de dimensão econômica, materializado no campo jurídico como um princípio orientador na proteção do meio ambiente. Tal princípio, que originalmente foi adotado pelo OCDE através da Recomendação C(72), 128, de 26 de maio de 197, complementada pela Resolução c(74223), de 14 de novembro de 1974, parte da premissa de que o custo das medidas e proteção ambiental deve ser arcado por aqueles agentes econômicos que, de uma maneira ou outra, se beneficiam economicamente do meio ambiente, de forma tal que as externalidades ambientais negativas sejam internalizadas nos processos produtivos. Essas deseconomias externas não se vêem refletidas nos preços do mercado e acabam representando custos socioambientais para a sociedade.⁸¹⁹

Y es que, este instrumento tributario y las medidas de protección ambiental a través de una tributación efectiva, además de una recaudación necesaria e intachable, también representa la materialización de una justicia tributaria. Y, aún más, evitan la desigualdad, los beneficios y regulan la actividad, que, aunque perjudicial, a veces son impredecibles para la sociedad. Respecto a Klaus Tipke, en su bella obra *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*, tejiendo fundamentos sobre la ética tributaria de los contribuyentes y sus actitudes hacia el deber de construir, lo llamó “el sensible ante la Justicia”:

Según los sensibles ante la Justicia tributaria, las leyes que se incumplen masivamente como consecuencia de la inactividad pública o de una deficiente regulación del procedimiento no sólo pierden de hecho su vigencia jurídica, sino que incurren en inconstitucionalidad. De todos modos, no sin pocos los que piensan que cuando el Estado tolera que un gran número incumpla la ley, les está legitimando para que también la incumplan y restablezcan de este modo la igualdad. Pero a mi juicio no se ha probado de manera estricta que exista tal coincidencia factiva. Sin embargo, existen Buenos argumentos em favor de dicha coincidencia. El legislador que no muestra su propia moral tributaria y cuyas leyes distan mucho de constituir un código moral tributario, difícilmente puede provocar reparos Morales em la conducta de los contribuyentes. Por el contrario, les hace perder su consciencia social. Los ciudadanos

⁸¹⁹ MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito da Cidade*, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 216-364. p. 341.

*actuales no son devotos del Estado ni creyentes en la autoridad, Sólo los tontos obedecen estrictamente las leyes que consideran injustas*⁸²⁰.

A su vez, Franco Gallo, al hablar de Ética y Justicia de los Impuestos, en su respetable obra “Las Razones del Fisco”, tuvo la felicidad de correlacionar tributo y justicia distributiva:

*Las consideraciones que preceden nos permiten dar, en términos éticos objetivos y de moralidad colectiva, una satisfactoria definición funcional del tributo en la era moderna, respetuosa con los principios de igualdad y solidaridad y fruto de un equilibrio entre tales principios y el derecho a la propiedad’. Parece bastante evidente que la negación de la identidad estructural entre la persona y los derechos dominicales debería llevar a pensar que los tributos -tanto aquellos que tienen la figura de impuesto como también los que responden al esquema de la tributación según el principio de equivalencia 2- no pueden ser valorados en el plano moral teniendo en cuenta únicamente el criterio subjetivo de la pertenencia, y por tanto por su impacto sobre la propiedad privada, concebida ésta como algo que tiene existencia originaria y una validez propia, independiente de la ley. Como la misma Constitución italiana pone de manifiesto en el plano (paralelo al ético) de los principios jurídicos³, los tributos deberían considerarse parte inextricable de un moderno sistema complejo (rule of law) de derechos patrimoniales, que -se ha subrayado muchas veces- las mismas normas tributarias contribuyen a crear, limitar o, según los casos, expandir, tutelar y proteger: en el plano ético, justicia o injusticia en la imposición debería, por tanto, significar sólo justicia o injusticia en el sistema de derechos patrimoniales y de mercado que resulta (aunque no únicamente) del régimen de tributación.*⁸²¹

Es exactamente lo que se puede verificar y aplicar cuando está de moda el medio ambiente y su tributación.

Por lo tanto, es importante basar que la garantía de un medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho colectivo fundamental inherente a toda la población como se propugna en la mayoría de las Constituciones de la Patria, así como se asegura en numerosos tratados y convenciones internacionales de derecho ambiental, derechos humanos y configura un derecho básico, y el derecho tributario debe ser un precursor de estas premisas constitucionales.

Además:

⁸²⁰ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Espanha: Marcial Pons Ediciones, 2002. p. 120/121.

⁸²¹ GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 91/92.

*[...] el disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se configura a la vez como un derecho de todo ciudadano y como un servicio público, cuya prestación corresponde a los poderes públicos que deberán adoptar las medidas oportunas para la consecución de dicho objetivo.*⁸²²

El Derecho Tributario es un instrumento especial eficaz de política pública en materia de protección del medio ambiente. Es costumbre disociar al ser humano de la naturaleza, nada a pesar de que el ser humano es naturaleza, es parte de ella, por lo que nada más natural que el derecho ambiental es inherente a la plena consagración de los derechos humanos. La isonomía, los derechos humanos, el derecho ambiental y la economía son axiomas que van de la mano. Según el pensamiento de la Corte Suprema de Brasil:

*[...] o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça, presente e futura, para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto e não como proprietário do meio ambiente.*⁸²³

Hay tres enfoques principales de la doctrina sobre la protección ecológica, el uso racional de los recursos naturales y la economía:

Uno es el desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que desde 1970 se dedicó a promover las 'Estrategias de Ecodesarrollo'. Estas estrategias, conocidas como un nuevo enfoque del desarrollo, se centraron en el logro de la satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, alimentación, educación y salud) de las poblaciones menos favorecidas, prioritariamente en países en vías de desarrollo. La adaptación de las tecnologías y de los modos de vida a las potencialidades y restricciones específicas de cada ecozona eran la base de este lineamiento. Dirigiéndose, en primer lugar, a las poblaciones cuyas actividades se organizan en gran medida fuera de la economía del mercado oficial (economía doméstica, campesina o urbana informal), las acciones se basaban en la participación directa de las poblaciones involucradas y la creación de nuevas formas institucionales de promoción y planificación a nivel de grupo poblacional (aglomeración, barrio, pueblo). Otro enfoque es el que surge de confrontar una nueva

⁸²² MAÍLLO, María de Los Angeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 15.

⁸²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 28 de fevereiro de 2018.

*representación teórica de la actividad económica con conceptos y modelos originados en las ciencias naturales; confrontación que diera lugar a formulaciones críticas, como el cuestionamiento acerca de las imposibilidades del sistema económico para conducir a un proceso autosostenido, la de extrapolar soluciones locales a soluciones globales, de un reciclaje completo de las materias primas y la no sustitución entre capital natural y capital productivamente reproducible. A esta se la denomina ‘Economía Ecológica’ (Ecological Economics), cuya inspiración interdisciplinaria continúa siendo muy diversa. Finalmente, la tercera corriente de pensamiento se inscribe en la prolongación de la teoría neoclásica del equilibrio y el crecimiento económico. Los problemas ambientales tendrían su origen en la ineficiencia de la asignación de recursos, debido a la existencia de ‘externalidades’, característica típica de los ‘bienes colectivos’. De ello surge la ‘Economía Ambiental’ o ‘Economía del Medio Ambiente’.*⁸²⁴

Por lo tanto, si una norma se considera eficiente, a través del análisis económico del derecho tributario, aunque perjudicial para el medio ambiente, esto significa que el instituto de eficiencia no se ha aplicado adecuadamente. En un sentido similar, Humberto Romero-Muci afirma que *“la tributación sólo se justifica éticamente cuando es efectivamente destinada al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población”*⁸²⁵, dado que la calidad de vida de la población está directamente entrelazada con la preservación del medio ambiente.

Desde esta perspectiva, está claro lo imposible que es lidiar con la tributación y el medio ambiente sin pasar por la ética y la justicia dentro del derecho tributario. Según Manuel Ocampo Ponce⁸²⁶, para ser justos, el derecho debería *“concretarse en acciones que se ordenen según la ley al bien común, que es el verdadero bien de todos y cada uno de los miembros de un grupo social”*. Además, afirma que *“no es posible formar una sociedad si no hay un único bien para todos que es el bien común. Y este bien común no puede ser alcanzado por el individuo aislado”*. Es innegable que la protección del medio ambiente implica directamente la protección del bien común de una sociedad. Esto se debe a que las sociedades dependen de un medio ambiente saludable

⁸²⁴ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 458.

⁸²⁵ ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la distopía y la anomía social. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

⁸²⁶ PONCE, Manuel Ocampo. Ética moral y tributaria: una recuperación del pensamiento clásico y cristiano desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

para desarrollarse, social y económicamente, ya que es uno de los principales, si no el mayor, impulsor del bienestar.

En contraste con este pensamiento, el autor Shavell afirma que, con respecto a la contaminación, por ejemplo, será socialmente ventajoso suprimir la emisión de contaminantes si el costo asociado para hacerla es menor que el daño causado por la contaminación, es decir, si los costos para resolver una externalidad ambiental son mayores que los ingresos generados por su eliminación, las externalidades deben seguir existiendo.⁸²⁷ Sin embargo, este pensamiento no alinea la idea de racionalidad ambiental y no tiene en cuenta la grave crisis socioambiental actual

Como crítica al pensamiento de Shavell, el ambientalista brasileño Acserald concluye que el mercado evoca una revolución de la eficiencia, para salvar el planeta, dando precio a lo que no tiene precio, un hecho que tiende a equiparar el medio ambiente dentro de la lógica de la propiedad. Es el paradigma que apunta a la privatización de los bienes comunales como solución para su uso económico:

[...] o meio ambiente é visto como oportunidade de negócios; o meio ambiente e a sustentabilidade tornam-se categorias importantes para a competição interterritorial e interurbana; para atrair capitais, a “ecologia” e a “sustentabilidade” podem tornar-se apenas um símbolo, uma marca que se quer atrativa.⁸²⁸

Por lo tanto, se conjetura que, además de un análisis económico del derecho, es esencial comprender los límites de dicha teoría, especialmente en el campo social y ambiental, y la ley debe incorporar una racionalidad ambiental e insertar premisas ecológicas en el centro de sus decisiones, especialmente en vista de la crisis socioambiental actual.

Con una visión divergente, el argentino Piffano aboga por la implementación de un costo en las demandas ambientales, que debe procederse de la siguiente manera:

[...] la decisión de regular la actividad contaminante depende crucialmente de la medición correcta del costo social que deriva de la

⁸²⁷ SHAVELL, Steven. **Foundation of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁸²⁸ ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **SciELO Brasil**, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. p. 110. Disponible en: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100010&lng=en&nrm=iso. Acceso en: 22 set. 2020.

*contaminación. En primer lugar, esta estimación reúne al menos dos componentes esenciales: uno técnico y otro económico propiamente dicho. El cálculo técnico descansa en los estudios que realizan los técnicos ambientalistas o científicos especializados en cada tipo de contaminante. El económico a cargo de economistas especializados en estimaciones sobre valores no directamente extraíbles de manera simple de los datos de mercado, para lo cual suelen adoptarse técnicas diversas como la de los precios hedónicos.*⁸²⁹

Las concepciones que ignoran la importancia de preservar la naturaleza para el bien común se basan en una perspectiva individualista. Según Manuel Ocampo Ponce, el individualismo tiene sus raíces en el secularismo y el laicismo. Para el autor:

*El liberalismo limita a la ética al ámbito de lo individual y la política al ámbito de la comunidad, separando a la política de la consideración del fin último del hombre. Éste ha sido el problema del laicismo, que se opone radicalmente a una visión realista del Estado, como lo plantea Santo Tomás de Aquino, siguiendo a Aristóteles, quien sostiene que el hombre aislado no existe porque, en cierto sentido, el todo es anterior a las partes. Por eso hemos visto que el Estado y la misma ética padecen a partir de las ideas modernas que coinciden con el secularismo y el laicismo. Esto ha tenido un impacto tremendo en la distribución de los bienes, tanto en el capitalismo liberal como en el marxismo socialista o comunista. Desde luego, las leyes sobre impuestos se han visto sensiblemente afectadas. Y es que, en el fondo, lo que desapareció con la modernidad fue el concepto de “bien común” con lo que toda convivencia humana se ha visto alterada. Por eso, en muchas ocasiones, no ha quedado más que la ley de la selva o del más fuerte. El bien común fue sustituido por la lucha de unos contra otros tal y como lo presenta Hobbes en su obra Leviathan.*⁸³⁰

Durante siglos, la sociedad ha diezmado los recursos naturales, irreflexivos, a través de los procesos de industrialización, desarrollo económico y promoción del consumismo, sin poner fin a las consecuencias futuras de estos actos improvisados. Los frutos de la colosal depredación ambiental intrascendente resultaron en la emergencia climática de hoy, haciendo que la agenda ambiental sea irremisible y uno de los principales callejones sin salida del siglo XXI. No por casualidad que en el caso de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO – Brasil) n. 60, convertida en Orden de Incumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF – Brasil) no.

⁸²⁹ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 1050 2012. p. 61.

⁸³⁰ PONCE, Manuel Ocampo. Ética moral y tributaria: una recuperación del pensamiento clásico y cristiano desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

708, el Ministro Ponente Luís Roberto Barroso convocó a una audiencia pública con el objetivo de evaluar la presencia de un estado de cosas inconstitucional en materia ambiental, para exigir medidas estructurales.

Sobre la base de su decisión, además de registrar el compromiso social, el Relator también interesa las graves consecuencias económicas resultantes de este potencial incumplimiento de las medidas ambientales: “são graves as consequências econômicas e sociais advindas de políticas ambientais que descumprem compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”, así como “os danos causados ao meio ambiente comprometem a biodiversidade, a fauna e a flora, que representam enorme potencial econômico e um diferencial para o país”.⁸³¹

En este mismo sentido se encuentra el texto de la *Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España, de 29 de maio de 2013*:

*En cumplimiento de esta recomendación se ha aprobado en España un paquete de impuestos ambientales entre los que destaca el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica, el impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas, el Canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica y más recientemente el impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero y el impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados.*⁸³²

Todavía en el ámbito jurídico español, existe otra figura fiscal en el ordenamiento jurídico del país que tiene la intención de proteger el medio ambiente, “*el Impuesto sobre Instalaciones que Inciden en el Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (IBIIMA)*”, que tiene por objeto, como la propia ley aufere, proteger el paisaje natural de “*los distorsionante para el entorno ambiental son esas estructuras e instalaciones que contrarían la armonía de sus espacios naturales*”.⁸³³ Sobre los *impuestos autonómicos*, “*existen argumentos a favor y en contra*” para utilizarlos “*como instrumentos de financiación. Las posturas a favor coinciden en*

⁸³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 60/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. 28 de junho de 2020.

⁸³² MARTÍNEZ, Francisco Adame (coord.). **Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro**. Pamplona: Thomson Reuters, 2015. p. 22.

⁸³³ MAÍLLO, María de los Ángeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 15.

*señalar que las regiones conocen mejor las situaciones económicas a gravar y los gastos públicos necesarios a financiar con el tributo”.*⁸³⁴

Es interesante pasar, brevemente, algunos impuestos que gravan los bienes considerados “contaminantes” en los distintos modelos tributarios nacionales, considerando que *“la existencia de un perjuicio ambiental estable, objetivamente relacionado con elementos patrimoniales, da pie a la creación de figuras tributarias, fundamentadas en esa característica dañina”.*⁸³⁵

En Francia, del mismo modo, existe el impuesto sobre las instalaciones clasificadas *Taxe sur les installations classées*, establecido por la Ley 76-663 de 1976⁸³⁶, que:

*[...] puede ser considerada como un antecedente del IBIIMA por razón de la materia. Consiste en una tasa única que se aplica sobre las instalaciones industriales clasificadas en el momento de su autorización y un canon anual que se percibe sobre algunas de dichas instalaciones en razón de riesgos particulares que hacen correr al medio ambiente (establecimientos peligrosos, insalubres o que perturben el medio ambiente).*⁸³⁷

Además, en el sistema fiscal francés, otro tributo a la conservación de los bosques y espacios naturales es la tasa departamental francesa de espacios naturales sensibles (*Taxe départementale des espaces naturels sensibles*).⁸³⁸ También en Francia es importante destacar el *Taxe de defrichement des bois et forêts*, creado por Ley 69-1160 de 1969 y que tiene el alcance de combatir la disminución del patrimonio forestal nacional motivada por las operaciones de deforestación.⁸³⁹

En el sistema tributario mexicano, la Reforma Tributaria impulsada por el gobierno del presidente Enrique Peña Nieto en 2013 estableció *“impuestos verdes como*

⁸³⁴ MAÍLLO, María de los Ángeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 45.

⁸³⁵ Ibid, p. 57.

⁸³⁶ MÉMENTO PRATIQUE. **Mémento Fiscal**. Levallois: Ed. Francis Lefebvre, 1997. p. 981.

⁸³⁷ MAÍLLO, María de los Ángeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 58.

⁸³⁸ MÉMENTO PRATIQUE, op. cit., p. 468.

⁸³⁹ MARTÍNEZ LAGO, M. A. **La protección fiscal del medio ambiente en el Derecho Comparado: algunos supuestos**. **Red Fiscal**, n. 1, p. 8-9, 1997.

una acción que avanza en el compromiso de México para reducir un 50% la emisión de gases de efecto invernadero para 2050.”⁸⁴⁰

En Alemania, a su vez, los impuestos regionales para la compensación por daños a la naturaleza son positivos:

*La legislación sobre el paisaje exige el pago de ‘compensaciones’ por determinadas agresiones al paisaje. La normativa prevé en primer lugar que el causante del deterioro natural realice en otro lugar medidas compensatorias de protección de la naturaleza o cuidado del paisaje, como la plantación de setos y árboles.*⁸⁴¹

Como la Ley del Paisaje de Renania del Norte-Westfalia. En particular, el Tribunal Federal alemán clasificó dicho impuesto compensatorio como “tributo especial con características propias”.⁸⁴²

Así, a través de un derecho comparativo sintético de algunos impuestos ambientales de España, Francia y Alemania, es posible ganar:

*[...] al insistir la exposición de motivos del IBIIMA en el deseo de proteger el entorno ambiental, el paisaje, podría haber tomado este tributo como antecedente del mismo los impuestos que en otros países, como Francia y Alemania, se utilizan con esa misión: la de proteger el entorno ambiental, sus bosques.*⁸⁴³

Bajo otro giro, la eficiencia y el desarrollo económicos pueden parecer temas demasiado distantes, incluso antagónicos a los preceptos ambientales y ecológicos. Sin embargo, esto se debe a una visión reduccionista y retrógrada del desarrollo generalizado. Asertivos como “la destrucción del medio ambiente hace que la economía se acelere” y “la preservación del medio ambiente impide la explotación de los recursos naturales, lo que afecta el crecimiento económico” son comunes en esta perspectiva, pero se equivocan.

⁸⁴⁰ GUDIÑO, Alejandro Romero. Ética y moral tributaria: revisión desde el sistema nacional anticorrupción. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

⁸⁴¹ MAÍLLO, op. cit., p. 59.

⁸⁴² KLUTH, Winfried. Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana. **Revista española de Derecho financiero**, Civitas, n. 93, p. 47-62, 1997.

⁸⁴³ MAÍLLO, María de los Ángeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. p. 60.

Humberto Homero-Muci, en la obra *Ética y Moral Tributaria*, advierte de que la eficiencia no puede solaparse con los derechos humanos en un Estado de Derecho. Según el autor:

En un Estado de Derecho y de justicia que proclama como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y la preeminencia de los Derechos Humanos, la eficacia tiene que procurarse con estricto respeto a esos valores superiores, de modo que cualquier actuación administrativa, incluida la de gestión tributaria, debe subordinarse a esos valores superiores entre los cuales se incluye la tutela judicial efectiva.⁸⁴⁴

Los pensamientos que defienden la destrucción de la naturaleza en favor del desarrollo económico pueden incluso parecer cohesionados a partir de una lectura en corto plazo y de un contexto geográfico rico en recursos naturales -que da una idea de infinidad de potencial ambiental-, por otro lado, en la contemporaneidad ya los deterioros de un desarrollo económico limitado, sin diálogo con la inteligencia conservante del derecho ambiental. Se sabe que las implicaciones a largo plazo vienen -y no largas- y que los recursos naturales son finitos y no se autorregenera de forma ilimitada. Como advierte el magistrado Luiz Fux, presidente de la Corte Suprema de Justicia de Brasil, “el desarrollo económico y la preservación del medio ambiente no son políticas intrínsecamente antagónicas”.⁸⁴⁵

Esta escasa visión de la economía no conecta con el análisis económico del derecho, que prevé un enfoque sistémico en la aplicación de los diplomas jurídicos, así como con el actual sistema constitucional brasileño, como lo proclama el art. 170, IV de la Constitución Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais.

⁸⁴⁴ ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributária en Venezuela: entre la distopia y la anomia social. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). *Ética y moral tributaria*. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

⁸⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 28 de fevereiro de 2018.

Estas premisas de la carta magna brasileña imponen que la economía y el medio ambiente deben pasar juntos por sus dictados legales. Por lo tanto, el desarrollo económico debe basarse en el desarrollo sostenible, porque existe una “necesidad apremiante del uso racional de los recursos naturales y la preservación de la biodiversidad”,⁸⁴⁶ por lo tanto, es esencial una transición hacia modelos económicos sostenibles que sean menos contaminantes a través de acciones conjuntas que unan a diversos sectores de la sociedad, con el fin de lograr una economía verde.

La devastación ambiental, por ejemplo, influye en el régimen de lluvias y afecta directamente la producción de alimentos en el país, impactando la economía nacional. Por lo tanto, la protección del medio ambiente es constitucionalmente esencial para la agricultura y otras actividades económicas. Este ejemplo ilustra la importancia de un análisis exhaustivo de la eficiencia económica a través del medio ambiente ecológicamente equilibrado y el desarrollo humano desde el mínimo existencial ecológico. En este sentido, la lección de Revesz y Stavins es pertinente:

*Uma noção mais ampla de sustentabilidade, com apelo considerável fora de economia, combina dois componentes – eficiência dinâmica e equidade intergeracional. Assim, um caminho sustentável é aquele que ao mesmo tempo é eficiente e não decrescente em utilidade ao longo do tempo.*⁸⁴⁷

Así, “la combinación de políticas para el desarrollo del crecimiento sostenible tiene que ir acompañado estrictamente de la responsabilidad social empresarial y la conciencia individual”⁸⁴⁸, ya que “de poco sirve asignar precios a los bienes ambientales si alguien está dispuesto a pagarlos para seguir contaminando”.⁸⁴⁹

⁸⁴⁶ SOUZA, Karla Karolina Harada; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A lógica indutora e a utilização das avaliações custo benefício e custo efetividade na aplicação dos princípios do poluidor-pagador, usuário-pagador e protetor-recebedor: desafios e perspectivas. *In*: NETO, Calilo Jorge Kzan Neto; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 161.

⁸⁴⁷ REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. *In*: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. 4. ed. Boston: Elsevier, 2007. p. 507.

⁸⁴⁸ ALFANO, Roberta. La reforma fiscal medioambiental: status en Italia y España – posibilidades y desarrollos en la experiencia comparada, con referencia particular a la fiscalidad de la energía. *In*: MARTÍNEZ, Francisco Adame (coord.). **Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro**. Pamplona: Thomson Reuters, 2015. p. 253.

⁸⁴⁹ VIEIRA CERVERA, C. La tributación ambiental y la etica como medios de control social. **Revista Análisis Tributario**, n. 290, p. 18-19, mar. 2020.

En este contexto, el derecho tributario puede ser una excelente alternativa para prevenir la devastación ambiental y efectuar un paradigma ecológico jurídico-ambiental, así como fomentar prácticas más sostenibles de actividades económicas. Los impuestos pueden tener el efecto de mitigar el daño ambiental y lograr las tasas recomendadas de protección del ecosistema. Como los *“tributos energético-ambientales, en particular el tributo sobre el carbono, [...] esenciales en la lucha contra las externalidades negativas, estrictamente conectados con la sostenibilidad del medio ambiente”*.⁸⁵⁰

Al corroborar el papel del Derecho tributario en la lucha contra la degradación del medio ambiente, la Comisión Europea, en su informe anual sobre las reformas fiscales en los países de la UE, señala que España, Italia, Bélgica, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Austria y Finlandia son países que deben redirirse para cumplir sus objetivos de reducción de gases de efecto invernadero; así como sugiere que dicha transformación también abarca el derecho tributario, haciendo un mejor uso del impuesto ambiental.

La complejidad en la creación de criterios para el diseño de políticas públicas en el ámbito ambiental es, además, objeto de atención del análisis económico del derecho, según las lecciones de los ambientalistas Richard Revesz y Robert Stavins:

Muitos economistas argumentariam que a eficiência econômica – alcançada quando a diferença entre benefícios e custos é maximizada – deve ser um dos critérios fundamentais para avaliar os esforços de proteção ambiental. Tendo em vista que a sociedade tem recursos limitados para gastar, a análise de custo-benefício pode ajudar a iluminar os trade-offs envolvidos na realização de diferentes tipos de investimentos sociais. Na prática, há desafios significativos, em grande parte devido a dificuldades inerentes à mensuração de benefícios e custos. Além disso, preocupações com justiça e processo merecem consideração, porque políticas públicas inevitavelmente envolvem ganhadores e perdedores, mesmo quando os benefícios agregados excedem os custos agregados. (...) Proteger o meio ambiente normalmente envolve o emprego ativo de capital, trabalho e outros recursos escassos. A utilização desses recursos para proteger o meio ambiente significa que eles não estarão disponíveis para utilização em outras finalidades. Portanto, o conceito econômico do valor ou benefício dos bens e serviços ambientais é expresso em termos da propensão da sociedade a fazer trade-offs entre os usos concorrentes dos recursos escassos e em termos de agregação da propensão dos indivíduos a fazer esses trade-offs. [...] No contexto ambiental, a noção do economista de custo, ou, mais precisamente,

⁸⁵⁰ ALFANO, op. cit., p. 249.

*de custo de oportunidade, é uma medida do valor daquilo que deve ser sacrificado para prevenir ou reduzir o risco de um impacto ambiental. Assim, os custos de políticas ambientais são os benefícios sociais de que se abre mão devido à utilização de recursos escassos para os propósitos da política ambiental, em vez de empregar esses recursos no seu melhor uso seguinte.*⁸⁵¹

En esta perspectiva, el Supremo Tribunal Federal juzgó un tema ambiental inspirado en los fundamentos de la dinámica del mercado, que surge del análisis económico seminal del derecho.⁸⁵²

En la doctrina sudamericana el economista argentino, Piffano propone algunas medidas políticas, de orden tributario y ambiental, a adoptar en busca de un nivel óptimo:

*a) Establecer un impuesto pigouniano, que en este caso se le denomina ‘impuesto verde’. b) Emitir un título público, bono o permiso de contaminación, que deberían adquirir las empresas interesadas en desarrollar la actividad, y que sería negociable en el mercado secundario. c) Establecer restricciones cuantitativas al nivel de actividad de las empresas, o las denominadas ‘disposiciones administrativas’. d) Establecer la obligación del uso de ‘tecnologías limpias’ de existir estas nuevas opciones que eviten o minimicen el derrame de contaminantes. e) Disponer el sostenimiento financiero parcial de la actividad mediante subsidios para que la industria encare los ajustes necesarios con algunas de las medidas previas, sin que implique ello un quebranto o pérdidas para la actividad.*⁸⁵³

Así, el denominador común de todas estas acciones es el principio de quien contamina paga, es decir, “*las medidas internalizan en los costos de la industria el costo social del daño ecológico*”.⁸⁵⁴

Por lo tanto, se observa que la aplicación de las lecciones de la AED en materia de fiscalidad ambiental a partir del estándar de imposición óptima es plenamente factible, siempre que se preste especial atención a los institutos de garantías ecológicas y derechos humanos. Además, en un sistema de colapso ambiental, con cambio climático y acentuación de eventos naturales extremos, es imperativo priorizar siempre la protección

⁸⁵¹ REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. *In: Handbook of Law and Economics*. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell. 4. ed. Boston: Elsevier, 2007. p. 505 e 510-511.

⁸⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 28 de fevereiro de 2018.

⁸⁵³ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 56-57.

⁸⁵⁴ *Ibid*, p. 57.

del medio ambiente en el momento de la institución y aplicación de las normas fiscales ambientales.

Una estrategia ya adoptada por muchos países es la “fiscalidad verde” o fiscalidad ambiental que pretende gravar más marcadamente las actividades y productos considerados más contaminantes, así como aquellos que causan daños al medio ambiente en su conjunto, incluida la salud humana (por ejemplo, cigarrillos y bebidas alcohólicas), es decir, los bienes de consumo deben reflejar en su precio los impactos ambientales negativos que causan cuando se producen y comercializan. Según una encuesta realizada por el Banco Mundial en junio de 2019, el impuesto verde se adopta en 25 países, incluidos Suecia, Suiza, Francia, Finlandia, España, Polonia, Japón, Argentina, Chile, Colombia, Portugal, Irlanda, México, Noruega, Dinamarca y Canadá. El objetivo principal es construir un nuevo paradigma tributario universal con un desarrollo económico ambientalmente sostenible.

Junto con todos estos pensamientos y la correcta Análisis Económico del Derecho Tributario, incluso respetando el punto científico de la curva de Laffer es que se puede decir que la disposición en la tributación... hizo justicia fiscal y, en un sentido mayor, fue gravado éticamente.

4.4.2. Tributación de las Nuevas Tecnologías

Clemente Checa González, en su libro titulado *Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria*, se reserva un tema del segundo capítulo para analizar, en exclusiva, “*La globalización económica y su nefasta secuela de la competencia fiscal lesiva*”. Según el autor, la globalización:

*[...] ha producido una verdadera revolución, originada por el aumento espectacular de los flujos de bienes, servicios, inversión directa y capitales entre países, gracias a la reducción de los costes de transporte y las comunicaciones, y a la apertura de los mercados, que ha casi generalizado el libre comercio y ocasionado una gran interdependencia entre Estados.*⁸⁵⁵

González dice que la globalización ha generado una serie de efectos negativos con respecto al derecho tributario. Para el autor, como predijo de VEJA

⁸⁵⁵ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 64. E-book.

GARCÍA, el proceso de globalización está aniquilando las realidades constitucionales de los Estados, así como, como señaló MCLUERE JR, la globalización provoca una reducción en el orgullo de los Estados, en vista del amplio crecimiento del comercio.

González también presenta la visión de XIOL RÍOS, quien entiende que el fenómeno de la globalización ha puesto en cuestión “*las técnicas clásicas de obligatoriedad de las normas, el principio de legalidad y la eficacia territorial del poder jurídico del Estado*”, [...] *obligando a abordar como realidad inexorable el lento y firme avance de una nueva metodología jurídica ajena a toda lógica conocida*”.⁸⁵⁶

El caso es que, si bien las nuevas tecnologías señalan un avance social y económico a nivel mundial, para que este avance llegue positivamente al ordenamiento jurídico, es necesario realizar actualizaciones, ya que la ley no puede ser anacrónica en comparación con la realidad.

Como se explicó anteriormente, la incidencia de la imposición óptima puede entenderse como el análisis de los efectos económicos y sociales de la incidencia de los impuestos considerados racionales a partir de los exámenes de la curva de Laffer. Por lo tanto, para que dicho análisis se lleve a cabo, es fundamental que el derecho tributario esté de acuerdo con el mundo posglobalización, gaseoso, que se ocupa de “intercambios inmateriales, vaporosos y volátiles”⁸⁵⁷, ya no con el mundo sólido, anterior a las tecnologías.

Miguel Ángel Caamaño Anido y José Manuel Carrero, así como González, también analizaron la investigación sobre los impactos de la globalización dentro del derecho tributario. En el artículo titulado *Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?*, los autores afirman que la globalización económica, con la influencia que ejerce sobre la política fiscal de los Estados, fue un factor en la internacionalización del derecho tributario. También afirman que los estudios apuntan a que la globalización no sólo ha presentado límites significativos al poder de los Estados para gestionar, controlar y recaudar sus principales impuestos (IVA e impuesto sobre la renta), sino que también, en un futuro próximo, puede conducir a “*transformaciones*

⁸⁵⁶ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 65. E-book.

⁸⁵⁷ Ibid, p. 66.

*substantivas en los sistemas tributarios que alteren desde el modelo de gestión tributaria hasta los principios sobre los que se erigen tales sistemas”.*⁸⁵⁸

Los autores presentan la tecnología como un elemento esencial para la globalización económica, especialmente en lo que respecta a la aparición de obstáculos para que los Estados ejerzan sus funciones tributarias.

De hecho, con la aparición de paradigmas económicos y sociales resultantes de la globalización y las nuevas tecnologías, se percibe que hay poco espacio en los textos constitucionales y códigos tributarios nacionales de las más diversas naciones para albergar los cambios agudos y estructurantes que actualmente se requieren y que serán reclamados aún más en los años venideros.

En este contexto:

*[...] não seria insensato dizer que a evolução tecnológica dos últimos vinte anos tenha ocorrido numa velocidade muitas vezes maior do que toda a evolução tecnológica do século XX. Em menos de duas décadas, as videolocadoras como a Blockbuster simplesmente deixaram de existir. Aliás, raros são os lares hoje nos quais se encontram DVD players, CD players, sem falar nos novos notebooks que sequer possuem drive de CD ou DVD. Eles deram lugar aos serviços de streaming, que permitem você assistir um catálogo quase infinito mediante uma assinatura mensal que há duas décadas você não alugava 3 DVDs para assistir no final de semana.*⁸⁵⁹

Por otro lado, a pesar del crecimiento de la importancia de la economía digital en nuestras vidas, la legislación fiscal no evoluciona en paralelo.⁸⁶⁰ Así, se considera que la regulación de esta nueva realidad tecnológica y globalizada podría comprometer el dinamismo del modelo colaborativo, produciendo altos riesgos regulatorios para los agentes implicados con las nuevas plataformas. Entonces, surge una pregunta: ¿es cierto que no hay una regulación estatal, de acuerdo con las premisas del libre mercado? ¿Hasta qué punto estas nuevas imposiciones representarían la justicia fiscal de alguna?

En cuanto a la ética fiscal y la justicia fiscal efectiva:

⁸⁵⁸ ANIDO, Miguel Ángel Caamaño; CARRERO, José Manuel. Calderón. Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?. **Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña**, [s.l.], v. 6, p. 179-209, 2002. p. 179-180.

⁸⁵⁹ SILVA; David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti. **Tributação da Economia Digital no Brasil**: uma abordagem prática. São Paulo: Editora B18, 2020. p. 3. E-book.

⁸⁶⁰ Ibid, p. 04.

La ética tributaria o fiscal es una dimensión de la ética pública, es decir, es el conjunto de estudio conformado por la moralidad institucional y ciudadana. Su objeto de investigación se centra en la imposición en general, en las bases y elementos institucionales del Estado-fiscal (legislador, administrador y juzgador) y en la moralidad pública, en especial, en las causas y consecuencias del comportamiento del ciudadano-contribuyente en el ámbito fiscal”.

En su investigación, Karl-Georg HOLTGREWE -bajo la influencia de Günter SCHMÖLDERS-sugiere la adopción de la expresión “ética fiscal”-únicamente como el estudio del comportamiento individual del contribuyente- en función del carácter limitativo supuestamente revelado por la moral fiscal. Por tanto, el autor considera que el comportamiento del contribuyente no puede servir de justificación para la existencia de una moral de resentimientos por parte del Estado?. HOLTGREWE no reconoce la moral institucional del Estado-fiscal como objeto de la ética fiscal, aunque su existencia tampoco sea negada, principalmente en función de la referencia a una posible moral de resentimientos en el ámbito esta tal. Es decir, reconoce que el comportamiento del contribuyente no puede influir la moral del Estado-fiscal.

Sin lugar a dudas, el campo de estudio de la ética tributaria depende de la investigación de la moral institucional del Estado-fiscal e, igualmente, de la moralidad del ciudadano-contribuyente. En esa perspectiva metodológica, el principal punto en el análisis de la ética tributaria reposa en la dinámica de las acciones y reacciones recíprocas observadas en el seno de las relaciones jurídicas existentes entre el Estado-fiscal y el ciudadano-contribuyente.

En el estudio de la ética tributaria, el principio de moralidad en el plano jurídico, un postulado con amplio y subjetivo espectro, que debe orientar las instituciones públicas y sus agentes-representa un punto determinante para la debida armonía de las relaciones jurídicas verificadas entre el Estado-fiscal y los ciudadanos-contribuyentes.⁸⁶¹

Por su parte, Franco Gallo, al trazar líneas analíticas hacia el liberalismo fiscal comunitario y las organizaciones sociales de los estados nacionales, fue claro:

Con razón, por ello, se dice que en la óptica comunitaria la fiscalidad se ve todavía más como un eventual factor de distorsión de la competencia a limitar, armonizar, coordinar y controlar, que como un instrumento de captación de los recursos financieros esenciales para el desarrollo y la subsistencia de una colectividad según justos principios distributivos, como en cambio sí lo es -como se ha visto- en diversos grados e intensidad en los sistemas «cerrados» de los ordenamientos nacionales.⁸⁶²

En ambos casos, ya sea para adoptar nuevos principios liberales o para instituir nuevas regulaciones, es esencial que el sistema positivo se reinvente rápidamente

⁸⁶¹ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 164/165.

⁸⁶² GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 168.

para mantenerse al día con los cambios en la realidad de las nuevas economías digitales, con el fin de reducir la inseguridad jurídica de un orden fiscal.

Cada vez más dependemos de procesos computarizados y esta tendencia crece cada día, estas transformaciones están causando impactos abisales en las estructuras relacionales y la formulación de políticas públicas debe estar atenta y preparada a este desafío, como explica Kunda:

*[...] our societies heavily depend on computerized processes and researchers are just getting started. Automation is taking over and this trend is not going to stop any time soon. The radical shift will have such a big impact on generations that any policymaker should be prepared for some great disruption in the workplace, at home, anywhere and everywhere.*⁸⁶³

Esto se debe a que:

*[...] o intenso desenvolvimento tecnológico e as mudanças na forma de nos relacionarmos, consumirmos e fazermos negócio, aliados à internacionalização das empresas e à fluidez na movimentação de capitais, bens e direitos, vêm promovendo mudanças no paradigma da economia. A economia digital não é mais (apenas) uma parte da economia: a economia tornou-se digital.*⁸⁶⁴

La directriz económica se convirtió:

*[...] assentada na utilização de ativos intangíveis, no uso de dados (notadamente de dados pessoais) e na adoção de múltiplos modelos de negócios, alguns deles envolvendo, inclusive, produtos e serviços gratuitos, o que causa dificuldade na identificação da jurisdição em que ocorre a criação de valor.*⁸⁶⁵

En este sentido:

[...] a nova economia tem como ponto essencial a predominância dos serviços. Entramos numa era na qual não precisamos ‘ter’, mas somente ‘acessar’. Veja o exemplo da Blockbuster e do Netflix: não precisamos mais comprar ou alugar um filme; uma simples

⁸⁶³ KUNDA, Stany N. **Artificial intelligence, robots and automation**: a pareto-optimal taxation policy to address challenges to the future of employment. Minas Gerais: [s.n.], 2017. p. 7. E-book.

⁸⁶⁴ SILVA; David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti. **Tributação da Economia Digital no Brasil**: uma abordagem prática. São Paulo: Editora B18, 2020. p. 5. E-book.

⁸⁶⁵ BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional *In: Tributação da Economia Digital*: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 27.

assinatura mensal já nos dá acesso ao filme desejado. O consumo hoje caminha para a economia do compartilhamento e consumo colaborativo. A produção também conta com expressões de produção colaborativa, reveladas através do crowdsourcing e crowdfunding. O uso crescente de plataformas tem possibilitado o engajamento de múltiplos participantes que se conectam para criação de valor. [...] Tal cenário tem possibilitado que as transações sejam realizadas sem presença física, permitindo que o elemento virtual seja suficiente para geração de receitas sem quaisquer laços físicos nos mercados consumidores. A economia digital fez surgir novas situações que revelam capacidade contributiva e viabilizou que as companhias digitais pudessem alocar seus lucros em jurisdições com tributação mais favorecida do que aquelas em que suas receitas são geradas. Como consequência deste panorama, uma séria dificuldade na determinação da competência tributária tem sido verificada, uma vez que já não se identifica presença física nos locais em que se observa geração de valor.⁸⁶⁶

Otro desafío fiscal que está surgiendo en la economía digital es el incidente fiscal en la nube, como las plataformas google drive y onedrive: “las operaciones de software han pasado de las copias físicas a las descargas y ahora se trasladan a la nube. Se planteó un nuevo problema, por tanto: ¿cómo gravar las operaciones que se producían en la nube?”.⁸⁶⁷ Es en este escenario disruptivo donde se inserta el comercio electrónico en su conjunto, además de la nube:

[...] que pode ser subdivido em diversos modelos de negócios: (i) a venda de propriedade tangível (ex: livros, equipamentos eletrônicos etc); (ii) prestação de serviços direcionados ao consumidor (ex: serviços de viagem, serviços financeiros etc); (iii) produtos digitais (ex: e-books, fotos, vídeos, músicas, banco de dados eletrônico, software etc); (iv) produtos de anúncio (advertising products) e informações de consumo.⁸⁶⁸

Aún así, esta intensa y progresiva transformación de mercados, productos, servicios y utilidades que ni siquiera eran concebibles en pasadas décadas, también cambió uno de los principales dogmas de significado de la renta tributaria: el impuesto sobre la renta:

Com efeito, embora o imposto de renda seja apontado como um dos melhores instrumentos fiscais para a gradação da carga tributária em

⁸⁶⁶ SILVA; David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti. **Tributação da Economia Digital no Brasil**: uma abordagem prática. São Paulo: Editora B18, 2020. p. 5-6. E-book.

⁸⁶⁷ PISCITELLI, Tathiane; BOSSA, Gisele Barra (coord.). **Tributação da nuvem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 9.

⁸⁶⁸ Ibid, p. 23.

função da capacidade econômica dos contribuintes, o Século XX viu se acentuar a crise deste tributo. A globalização e a concorrência fiscal prejudicial entre os países já tinham colocado em xeque o Imposto de Renda, gerando uma depressão das alíquotas e a queda de sua força recadatória. Porém, a digitalização da economia criou desafios de qualificação, locação e conexão da renda nunca antes vividos. Não por outra razão, quando o G-20 e a OCDE decidiram analisar os impactos da erosão da base tributável e da transferência de lucros entre os países (BEPS – Base Erosion and Profit Shifting), o primeiro tema posto em pauta foi exatamente a análise dos desafios da economia digital.⁸⁶⁹

Estos son algunos de los desafíos de la insuficiencia de la estructura jurídico-tributaria tradicional a los nuevos paradigmas implementados por la economía digital, constituyendo los factores que requieren la adecuación del sistema jurídico fiscal, a través de reformas tributarias, a la nueva realidad digital.⁸⁷⁰

La sociedad tecnológica ya está en vigor, documentos que antes se producían en papel, se han convertido en operaciones con software que han pasado de las copias físicas a las descargas y ahora están en la nube. Frente a esta tecnología real, surge un nuevo problema legal: ¿cómo gravar las operaciones de las tecnologías nuevas y futuras?⁸⁷¹ La respuesta se revela a través de la regla fiscal de imposición óptima.

Con el advenimiento principalmente de Internet en la década de 1970, siguió un nuevo paradigma informativo, fundado por el español Manuel Castells⁸⁷², y esta nueva perspectiva comunicacional impregnó todos los campos del conocimiento, incluido el legal. La revolución de las tecnologías de la información contextualizó el surgimiento de la llamada “era de la información”, en la que se establecen canales y mecanismos de percepción de la participación social, con la organización político-administrativa del Estado descentralizada y un determinado gobierno global.⁸⁷³

Además, en un período tan tecnológico instituye lo que se llama sociedad en red, un tiempo histórico en el que todos, o casi todos, están conectados por la red informática a través de Internet. En este sentido, la sociedad en red es el resultado de “un

⁸⁶⁹ PISCITELLI, Tathiane; BOSSA, Gisele Barra (coord.). **Tributação da nuvem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 16-17.

⁸⁷⁰ ALVES, Gustavo Baptista; MENDONÇA, Victor Furtado; PAIXÃO, Thalles. COSTA, Leonardo (coord.). **Tributação de novas tecnologias e telecomunicações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 129-131.

⁸⁷¹ PISCITELLI; BOSSA, op. cit., p. 9.

⁸⁷² CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **The network society: from knowledge to policy**. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005. p. 3.

⁸⁷³ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 197. E-book.

proceso irreversible de soberanía compartida al abordar los principales problemas económicos, ambientales y de seguridad y el afianzamiento de los estados nacionales como componentes básicos de esta compleja maraña de instituciones políticas”.⁸⁷⁴

En este sentido, el desarrollo de la tecnología está relacionado con la necesidad de repensar las políticas fiscales y los modelos tributarios actuales. Este es el caso, por lo tanto, los elementos que actualmente sostienen los sistemas tributarios nacionales están relacionados con la otra realidad tecnológica y ya no son eficientes para hacer frente al entorno multifacético y altamente conectado y virtualizado de la contemporaneidad. A esto se suma el fenómeno de la globalización, donde los productos están disponibles en todo el mundo para el consumo, con un pago evidente de la frontera comercial.⁸⁷⁵

Es en este escenario donde se incluyen la inteligencia artificial, el almacenamiento de datos en la nube y el propio comercio digital, subdivididos en varios modelos de negocio, como consultas online con numerosos expertos, ventas de libros electrónicos, productos adónimos, entre otros. Se trata de economías disruptivas que provocan cambios tanto en el derecho interno como en el internacional al desencadenar importantes debates jurídicos.

En Internet, esto se ha convertido en una forma efectiva de control respecto a la recaudación de impuestos, lo que permite una mayor velocidad en la ejecución de los servicios, siendo notorias las ventajas en su uso, con costos reducidos y mayor productividad.⁸⁷⁶

Cleente Checa González⁸⁷⁷ es consciente de que la globalización económica del comercio electrónico y la economía digital ha supuesto un impacto para que las administraciones tributarias “*gravar la renta y el consumo*”, dada la dificultad para controlar las operaciones y actividades, identificar a los contribuyentes y la dificultad de cobrar a los contribuyentes que residen fuera del territorio del Estado recaudador.

⁸⁷⁴ CASTELLS *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão, e instrumento de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 215.

⁸⁷⁵ JUNIOR BRANDÃO, Salvador Cândido; PISCITELLI, Tathiane. Introdução: do data center à nuvem. In: PISCITELLI, Tathiane (org.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 24.

⁸⁷⁶ MARCHANT, Diego Alejandro Costa; MARTINELLI, Luis Fernando dos Santos. A internet a serviço do fisco. In: SCHOUERI, Luis Fernando (org.). **Internet: o Direito na era virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 339.

⁸⁷⁷ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 66. E-book.

Según el autor, tal evento puede ser nombrado como el “*fenómeno de la desmaterialización de las operaciones económicas*”.

La “*tecnología de la recaudación*”, según Miguel Ángel Caamaño Anido y José Manuel Carrero⁸⁷⁸, es uno de los elementos esenciales de todo el sistema tributario, ya que “*incluye la capacidad de delimitar la base imponible de cualquier contribuyente y de verificar o comprobar el cumplimiento de sus deberes tributarios*”. Según los autores, “*el control de las obligaciones tributarias de los contribuyentes también se viene verificando a través de los distintos registros que dejan los movimientos de dinero, bienes y servicios*”, sin embargo, los autores rinden nota al hecho de que la capacidad de control puede entrar en crisis con el comercio electrónico, por contra de la “*desmaterialización de las operaciones económicas*” mencionada.

Anido y Carrero, aún señalan el comportamiento de los ciudadanos contribuyentes ante una ley tributaria volátil, que en un contexto globalizado y de amplio acceso a las tecnologías, puede llevar a intentos de fraude fiscal, o incluso al esquema de las reglas de su país, iniciando su negocio en una localidad que presenta un “*clima fiscal*” más favorable. *In verbis*:

*Los Estados han comprobado cómo el establecimiento de elevados tipos de gravamen en relación con rentas o bases imponibles caracterizadas por su elevado grado de movilidad o volatilidad, en determinadas ocasiones y contextos, termina provocando una reacción de los contribuyentes desencadenante del denominado fenómeno de “erosión de bases imponibles”. Ello ha acontecido especialmente en relación con la imposición del capital y la tributación de los grupos de empresas multinacionales. Los contribuyentes pueden, con cierta facilidad, ocultar al Fisco parte de su renta transfiriéndola a otro Estado, o bien ‘erosionar’ o reducir su base imponible desviando beneficios a otros países manipulando sus estructuras financieras o mediante el empleo de precios de transferencia. A resultas de todo ello, los países con elevados tipos de gravamen para esta clase de rentas pierden recaudación a favor de países con mejor “clima fiscal”; este fenómeno se está intensificando merced a la creciente comercialización de intangibles o determinados servicios financieros offshore a través de la red Internet.*⁸⁷⁹

Todavía en internet, los autores mencionan que trajo una nueva fórmula comercial, en la que desaparecen los intermediarios, un fenómeno que llaman

⁸⁷⁸ ANIDO, Miguel Ángel Caamaño; CARRERO, José Manuel. Calderón. Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, [s.l.], v. 6, p. 179-209, 2002. p. 185.

⁸⁷⁹ Ibid, p. 181-182.

“desintermediación”. Con Internet, las operaciones económicas internacionales pueden tener lugar directamente entre el abogado y el proveedor del bien o proveedor de servicios, además de que ha dejado espacio para el mercado internacional a las pequeñas y medianas empresas, un espacio que antes ocupaban exclusivamente las multinacionales. Para los autores:

El fenómeno de “desintermediación” económica plantea graves problemas a las Administraciones tributarias, dado que éstas venían sirviéndose de determinado tipo de intermediarios (entidades financieras, determinados profesionales, etc.) como fuente de información y como puntos de apoyo para la gestión del sistema tributario (taxing points). Autorizadas voces, como la del Director del Comité Fiscal de la OCDE (J.OWENS), han augurado el surgimiento de un nuevo modelo de gestión tributaria para determinadas figuras impositivas como consecuencia de la opacidad que proporciona la red Internet unida al fenómeno de “desintermediación” económica. El comercio electrónico también aporta un ejemplo de cómo e ocasiones son consideraciones de naturaleza extrafiscal las que terminan primando a la hora de “diseñar” la política fiscal; así, las consideraciones de índole económica son las que han influido de forma notable a la hora de configurar la tributación del comercio electrónico, toda vez que el principio neutralidad (no obstaculización) de las operaciones económicas de comercio electrónico viene constituyendo uno de los que más decisivamente vienen incidiendo a la hora concebir la fiscalidad sobre las mismas. La eliminación de distorsiones fiscales que obstaculicen la libre circulación de capitales, personas y mercancías viene constituyendo, por tanto, uno de los principios inspiradores de muchas de las reformas fiscales acometidas en las últimas décadas.⁸⁸⁰

Claudia Elena Guzmán Loayza⁸⁸¹ advierte sobre otro desafío que surge de la globalización. Según el autor, a partir del proceso de profundización internacional de la integración económica, se desató la integración consecuente de los mercados, provocando que los “*principios clásicos de la imposición*” presentaran una pérdida de protagonismo frente al criterio de eficiencia económica, “*que persigue no interferir en la óptima localización de recursos conforme las actitudes del buen hombre de negocios, quien usualmente pretende lograr la maximización de sus beneficios.*” En este sentido, el autor señala que mientras la doctrina fiscal tradicional se ocupa de hacer que el principio

⁸⁸⁰ ANIDO, Miguel Ángel Caamaño; CARRERO, José Manuel. Calderón. Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?. **Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña**, [s.l.], v. 6, p. 179-209, 2002. p. 185-186.

⁸⁸¹ LOAYZA, Claudia Elena Guzmán. Algunas consideraciones sobre moral tributaria en el Perú. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

de equidad entre los sujetos aún exista, la teoría económica moderna cuestiona el propósito de la imposición fiscal. El autor señala tres razones para la imposición del impuesto, que son:

(i) incrementar el ingreso para financiar bienes y servicios públicos, (ii) redistribuir la renta y (iii) corregir externalidades que desde una perspectiva sistémica justifican un rediseño del sistema fiscal (Tax by Design) desde un enfoque metodológico que evalúe su efecto redistributivo (distribution-neutral approach).

Además de los retos actuales en relación con la economía digital,

[...] antecipar tendências é cada vez mais essencial, já sendo possível indicar o que vem pela frente. Entre os temas de destaque, estão: obrigações acessórias previamente preenchidas pelas próprias autoridades fiscais; envio de dados em tempo real para o fisco; crescimento do outsourcing de inteligência artificial para apuração de tributos; e blockchain com dados tributários. Independente do ritmo da mudança, a direção está clara. Com tecnologia automatizando a conformidade de rotina de atividades e abrindo acesso aos níveis mais profundos de transações, autoridades fiscais e tributárias se tornarão mais hábeis para utilizar análise de dados e inteligência artificial para derivar novas estratégias. Nesse sentido, a função tributária do futuro demandará: habilidades e conhecimentos não necessariamente associados a impostos; uso crescente de inteligência artificial, automação e compliance; lidar com novos dilemas; elevado nível de transparência; mais espaço e participação em decisões comerciais; data & analytics fornecendo informações cruciais na estratégia final.⁸⁸²

En vista del desarrollo de la sociedad en red de hoy, al utilizar los paradigmas esbozados por Castells, también se deben considerar las tecnologías legales disponibles en otros países para que el crecimiento del derecho sea homogéneo y concomitante con las nuevas técnicas.⁸⁸³

Luego:

[...] é preceito básico do direito tributário internacional que os Estados são soberanos para tributar integralmente todas as atividades econômicas que possuam vínculo genuíno com seu território e, assim, ocorram sob sua jurisdição. Contudo, o fenômeno da globalização

⁸⁸² ALVES, Gustavo Baptista; MENDONÇA, Victor Furtado; PAIXÃO, Thalles. COSTA, Leonardo (coord.). **Tributação de novas tecnologias e telecomunicações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 291-292.

⁸⁸³ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 206. E-book.

resultou no aumento do fluxo de operações transnacionais, o que resultou na necessidade de se firmar acordos para evitar a dupla tributação, delimitando a competência tributária e suavizando a carga fiscal dos contribuintes que decidam operar no mercado transnacional. Tradicionalmente, a competência tributária em operações transnacionais é dividida entre o Estado do qual deriva a renda (denominado Estado-fonte) e o Estado no qual o destinatário da renda é residente (Estado-residência). Havendo presença física do Estado-fonte, a renda será tributada na própria fonte, em virtude da existência de estabelecimento permanente da empresa estrangeira; de outro lado, a renda de investimentos (portfólio) e intangíveis, se não estiver isenta, será tributada por retenção na fonte.⁸⁸⁴

Sobre la base del principio de lealtad económica (*economic allegiance*):

[...] o relatório elaborado pelos “Quatro Economistas” propunha a alocação da competência tributária de acordo com: (i) a origem da riqueza ou renda; (ii) a situação da riqueza ou renda; (iii) a maior viabilidade de se cobrarem os tributos incidentes sobre a renda (enforcement); e (iv) o local de residência ou domicílio da pessoa com direito a dispor da riqueza ou renda.

A partir de esta premisa, la división de competencias entre el Estado fuente y el Estado de residencia, con un carácter eminentemente físico en relación con la transferencia de bienes y la prestación de servicios, sin embargo, tales postulados ya no tienen sentido en una sociedad con innovaciones disruptivas apremiantes que también afectan a las operaciones legales.⁸⁸⁵

El término “mercancía”, por ejemplo, ya no es el mismo que el constituyente brasileño tenía en 1988. La realidad del mercado es cada vez menos encarnada y más “ciberfísica”, ya que las relaciones se han inclinado hacia la prestación de servicios online, teniendo estas nuevas tecnologías adquiridas el nombre de “disruptivas”, como el mundo de la impresión 3D, internet, bitcoins, streaming, pago en tarjetas bancarias, entre otros. El Derecho Tributario, a su vez, debe corresponder a estas realidades económicas en las normas tributarias.

La complejidad fiscal no es pequeña:

⁸⁸⁴ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; FERRARI, Bruna Camargo; BERGAMINI, Adolpho; BOSSA, Gisele Barra; e CANEN, Dóris. Os desafios impostos pela Economia Digital e o plano de ação 1 do projeto BEPS da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (org.). **Tributação da nuvem**: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 43.

⁸⁸⁵ Ibid, p. 44.

“[...] cada inovação disruptiva representa um modelo negocial, com relações pessoais, temporais e espaciais que lhe são próprias e, por conseguinte, repercutirão na regulação tributária, sem prejuízo da discussão antecedente, a respeito da pertinência ou não em tributar referidos negócios”.⁸⁸⁶

Dos ejemplos icónicos son la impresión 3D y las aplicaciones de viaje. Dado que la impresión puede destinarse tanto a terceros como a su propio uso, ¿cómo sería la incidencia de los impuestos? A la hora de comprar un bien en una tienda online, que antes era física, ¿en qué impuesto debería incurrir en esta transacción económica? En aplicaciones de viajes como Uber, una carrera a menudo comienza en un condado y termina en otro. En esta situación, ¿qué entidad sería competente para exigir el tributo?

La fluidez de este nuevo orden social genera estas preguntas que el sistema tributario actual no puede responder debido a la rigidez clásica del sistema jurídico preestablecido. Sobre este impasse legal, la ministra brasileña Nancy Andrichi, en 2013, destacó que:

“[...] as adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria utópico contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores. [...]”⁸⁸⁷

La ley debe avanzar junto con las nuevas herramientas tecnológicas para que no haya brechas regulatorias o incluso inseguridad a la hora de utilizarlas. Desgraciadamente, es habitual que esto no ocurra en la práctica del ordenamiento jurídico, porque las innovaciones creadas por la era digital -y que informan los estudios de Castells- dan lugar a situaciones cuya solución jurídica puede causar perplejidad⁸⁸⁸, y el derecho es avanzar lentamente en su actualización tecnológica, mientras que el mundo digital que le rodea transforma drásticamente las formas de relación humana.

⁸⁸⁶ PAYÃO, Jordana Viana; ROSSIGNOLI, Marisa. Desafios da regulação tributária em tempos de tecnologias disruptivas, **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 530, mai./ago. 2019. p. 530.

⁸⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.354/SP** Terceira Turma. Relatora: Ministra Nanci Andrichi. 27 de Agosto de 2013. p. 12.

⁸⁸⁸ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 206. E-book.

Clementa Checa González⁸⁸⁹ afirma que Sánchez-Archidona Hidalgo señala algunas adversidades derivadas de la rigidez del sistema tributario. Según González, para el autor, internet y la tecnología han aportado un impacto significativo en la economía, favoreciendo la transición de un modelo de negociación tradicional, con la fijación en otros países a través de filiales físicas, a un modelo actual, en el que las empresas se establecen en otras localidades “*en la nube*”. Según Hidalgo, la economía digital constituyó “*el marco bajo el cual las estrategias de planificación fiscal agresiva [...] alcanzan su máxima expresión, debido a la facilidad de deslocalización de las rentas y la dificultad para localizar donde se produce el valor o donde se geran los beneficios*”.⁸⁹⁰

Los supuestos metodológicos son esenciales para comprender el fenómeno jurídico, por lo tanto, a través de recursos hermenéuticos es posible crear un pensamiento jurídico como solución a los problemas contemporáneos, es decir, comprender los hechos sociales desde la coherencia de la argumentación jurídica.⁸⁹¹ De esta manera, es necesario aportar aportes jurídicos capaces de reflejar una aplicación, interpretación y comprensión del derecho en la era posmoderna, a través de sistemas jurídicos expertos que tengan tal capacidad. La informatización, entonces, debe ser concebida y estudiada por métodos multidisciplinarios, con la unión de contribuciones legales y no legales, con el conocimiento de la micro y macroeconomía.⁸⁹²

En general, hay dos razones específicas para las innovaciones disruptivas que desafían la ley:

1- costumam se pôr em pontos cegos dos regimes jurídicos existentes, incorrendo em menos custos e, portanto, potencialmente dispendo de uma vantagem competitiva em relação aos agentes econômicos já estabelecidos no mercado, a fim de alcançarem resultados econômicos positivos mais rápidos e significativos; 2- valendo-se principalmente das plataformas digitais e meios de comunicação

⁸⁸⁹ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 66. E-book

⁸⁹⁰ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO *apud* GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 66. E-book

⁸⁹¹ CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁸⁹² MOZETIC, Vinicius Almada. **Hermenêutica Jurídica (crítica) da tecnologia pós-moderna como resposta para o problema da compreensão, interpretação e aplicação do Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponible en: www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6009. Acceso en: 19 nov. 2020.

*como a internet, avançam de maneira a expandir exponencialmente suas atividades com rapidez.*⁸⁹³

Ambas razones son bastante fáciles de ver en situaciones fácticas, como Uber, que, debido a estos factores, ganó una gran notoriedad económica a expensas de los taxis tradicionales, que suelen pagar aún más impuestos.

La percepción de la falta de conformidad de las normas jurídicas actuales hacia la sociedad en red no es nueva. De hecho, el tema ya ha sido objeto y discusión por parte de la OCDE, en la conferencia denominada *A borderless world: realizing the potencial of global electronic commerce*. En su momento, los expertos elaboraron un informe con algunos principios utilizados hasta la fecha en relación con la fiscalidad de la economía digital: neutralidad, seguridad, sencillez, eficacia, justicia, flexibilidad y, por último, eficiencia.⁸⁹⁴

En este sentido, González dice:

*[...] esta situación requiere con prontitud la necesaria adaptación de los clásicos conceptos tributarios a esta nueva realidad de la economía digital [...] puesto que, como ha escrito la propia ÁLAMO CERRILLO (2018), la inadecuación de los actuales conceptos tributarios da lugar a la existencia de determinados vacíos legales que se traducen en situaciones de elusión y evasión fiscal, lo que repercute de una manera directa y negativa sobre el conjunto de la sociedad, al verse mermados los ingresos públicos y disminuir el crecimiento económico.*⁸⁹⁵

Schmidt explica que el trasfondo de la estructuración del instituto de eficiencia es la realización de un orden social y económico deseable para la sociedad en la que se analiza⁸⁹⁶ y está ligado a la consecución de ciertos resultados. Así, la Administración Pública debe desarrollar un nuevo paradigma de racionalidad tributaria centrado en la eficiencia con un enfoque en las tecnologías, porque, así como la economía está experimentando transiciones de mercado, la derecha también debe iniciar una

⁸⁹³ PAYÃO, Jordana Viana; ROSSIGNOLI, Marisa. Desafios da regulação tributária em tempos de tecnologias disruptivas. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 527, mai./ago. 2019. p. 527.

⁸⁹⁴ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; FERRARI, Bruna Camargo; BERGAMINI, Adolpho; BOSSA, Gisele Barra; e CANEN, Dóris. Os desafios impostos pela Economia Digital e o plano de ação 1 do projeto BEPS da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (org.). **Tributação da nuvem**: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 45.

⁸⁹⁵ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 67. E-book

⁸⁹⁶ SCHMIDT, Kurt. **Die steuerprogression**. Tubingen: Mohr Siebeck Verlag, 1960.

transición en su racionalidad jurídica, que apunta a los nuevos desafíos que plantean las tecnologías con la implementación de una fiscalidad inteligente, justa y eficiente.⁸⁹⁷

Para superar algunos de los problemas derivados de la tecnología y la globalización, Anido y Carrero señalan que la “*coordinación fiscal*” es:

*[...] la vía para eliminar a escala global fenómenos diferentes como las dobles imposiciones, el denominado “tax arbitrage”, los altos niveles de fraude y evasión fiscal internacional, 91 la competencia fiscal perniciosa, así como para establecer una regulación uniforme y consensuada que fije los parámetros impositivos sustantivos en tomo a la tributación de las manifestaciones de capacidad económica que con mayor intensidad se ven sujetas a las tensiones e influjos de la globalización, a saber: la renta del capital, los beneficios empresariales y las operaciones de comercio electrónico.*⁸⁹⁸

Kunda, a su vez, propone un método de tributación que compempla los puntos negativos de la tecnología, como el desempleo, teniendo esta política tributaria sugerida por el autor basada en conceptos de microeconomía, influenciados por el análisis económico del derecho:

*In particular, I propose a method of taxation that can offset potential negative effects of automation on employment. This taxation policy suggestion is based on well-known concepts in microeconomic theory that have helped economists understand various policy phenomena including the now famous carbon tax. This is a simple but robust method to apply economics theory to real-world issues.*⁸⁹⁹

En este escenario, se plantean los principios del análisis económico del derecho, con las aportaciones de los institutos de los costes de transacción del mercado económico, “ya que la tributación puede entenderse como coste de transacción en sentido estricto o amplio y, en ambos casos, será relevante para determinar la conducta de los negocios jurídicos, para influir decisivamente en las elecciones de los agentes económicos”.⁹⁰⁰

⁸⁹⁷ PASETTI, Marcelo. **Inteligência Artificial Aplicada ao Direito Tributário**: um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 104-105.

⁸⁹⁸ ANIDO, Miguel Ángel Caamaño; CARRERO, José Manuel. Calderón. Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?. **Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña**, [s.l.], v. 6, p. 179-209, 2002. p. 198-199.

⁸⁹⁹ KUNDA, Stany N. **Artificial intelligence, robots and automation**: a pareto-optimal taxation policy to address challenges to the future of employment. Minas Gerais: [s.n.], 2017. p. 7. E-book.

⁹⁰⁰ PAYÃO, Jordana Viana; ROSSIGNOLI, Marisa. Desafios da regulação tributária em tempos de tecnologias disruptivas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 531, mai./ago. 2019. p. 531.

Para lograr el postulado en mención, se asumen algunos requisitos básicos que debe obtener el derecho tributario: (i) gran base de contribuyentes, (ii) provisión de reglas simples y objetivas, (iii) enfoque en productos y servicios de demanda inelástica, (iv) ser justo y (v) tener bajo costo administrativo.⁹⁰¹ Por lo tanto, un buen sistema tributario debe optimizar su eficiencia económica al no interferir en la asignación de recursos; debe tener simplicidad administrativa, con bajo costo; ser flexibles al cambio económico; la transparencia y la equidad también deben serlo.⁹⁰² Esta unión es lo que se entiende por el término de la Norma Óptima Impuesta.

Mientras no existan normas que basen las estructuras tributarias coincidentes con las nuevas tecnologías, se hacen necesarias interpretaciones judiciales para adaptar cada caso concreto. De esta manera, Hugo de Brito Machado aclara sobre la importancia del elemento económico en esta toma de decisiones: “a natureza econômica de tributação é importante para o intérprete da lei tributária, porque faz parte integrante do próprio conteúdo de vontade da norma, sendo elemento seguro de indicação do fim ou objetivo visado pela regra jurídica”.⁹⁰³

En vista de la informatización y el marcado uso de innovaciones tecnológicas, es definitivo que la interpretación teleológica, cuando se limita al texto normativo, es insuficiente en detrimento de la volatilidad del mundo actual.

Hay adoctrinadores que resuelven el impasse mediante el uso de la “interpretación económica”, que busca hacer un ‘puente’ entre los impuestos y las relaciones económicas, pero esto es demasiado complejo y multifocal. La matriz teórica del análisis económico del derecho tributario, bajo otro giro, trasciende la propuesta de interpretación económica al sostener que los supuestos de la AED pueden ser aplicados por los jueces en la interpretación de las normas jurídicas. La AED proporciona un examen más robusto y sistemático de los institutos legales y económicos, satisfaciendo mejor la necesidad de actualizar los diplomas legales de los que la sociedad tecnológica así prescinde.

⁹⁰¹ CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: SCHOURI, Luís Eduardo (coord.). **Direito Tributário**: homenagem à Paulo Barros de Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 189.

⁹⁰² CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 30.

⁹⁰³ MACHADO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. p. 224.

De hecho, la Corte Suprema brasileña ya ha admitido la ruptura del formalismo legal frente a casos económicos aún no anteriores a la legislación. En el juicio paradigmático sobre la recaudación de ISS sobre los planes de salud, el Ministro Ponente Luiz Fux basó: “Deve-se reconhecer a interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico. A interpretação é simultaneamente jurídico-econômica, ainda que, para a formação dos conceitos tributários passem pelo filtro jurídico”.⁹⁰⁴

A modo de ejemplo, hay dos cambios legislativos ya realizados en más de 50 jurisdicciones en relación con la tributación de las economías digitales con consumidores privados en el país de consumo, y también la inserción de medidas para simplificar las obligaciones de sesgo fiscal. Tales medidas permitieron un mejor equilibrio entre los proveedores nacionales y extranjeros, ya que se impuso el mismo impuesto a todas las operaciones, lo que redujo los costos del cumplimiento tributario y aumentó la recaudación de impuestos.

En un primer momento, tres son los caminos previstos para resolver el impasse de la tributación de la economía disruptiva a la luz de la escuela de análisis económico del derecho: (i) adaptación del modelo de negocio de la nueva tecnología al sistema tributario actual, (ii) simplificar e impulsar el sistema tributario brasileño y (iii) aplicar los principios de la AED en marcos legales hasta que haya regulaciones para consolidar la política tributaria.

En cuanto a la primera hipótesis, sin embargo, se considera que una reinterpretación de institutos “análogos”, expuesta en los diplomas jurídicos actuales, no sería una solución ideal para captar las nuevas realidades, en vista del contexto de creciente y compleja evolución tecnológica, incompatible con los parámetros jurídicos tradicionales.

Frente a una sociedad cada vez más virtualmente conectada y frente a las tecnologías disruptivas, se infiere que:

[...] a evolução da tecnologia está atrelada, invariavelmente, à necessidade de se repensar as políticas fiscais e os modelos de tributação existentes. Isso decorre do fato de que elementos que foram determinantes para o desenho do sistema tributário há 20 anos atrás já não se mostram eficientes para lidar com o ambiente atual em que a sociedade vive, Isso se deve predominantemente a um processo de

⁹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 651.703**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 29 de setembro de 2016.

*desmaterialização (ou virtualização) vivenciado pelo mundo inteiro, que teve início no início do século XXI: se no passado alguns produtos eram vendidos apenas em determinados países, hoje as pessoas podem ter acesso a uma vasta gama de produtos e mercadorias, tudo à distância de um clique. Some-se a isso o evidente apagamento das fronteiras e a mobilidade de recursos, responsáveis por intensificar o comércio internacional.*⁹⁰⁵

A pesar de la información dilucidada, la pregunta principal era entender si las normas fiscales actuales son éticamente suficientes para dar respuestas contundentes a las innovaciones tecnológicas actuales tan efímeras. Todo indica que no es necesario implementar una nueva hermenéutica jurídica que evidencie la tecnología como un importante factor epistemológico, centrándose en la teoría de la eficiencia junto con el análisis económico del derecho, como una teoría que puede ser íntimamente asistida en la mejora de la regulación e interpretación judicial de las tecnologías disruptivas, e incluso puede encontrar apoyo en el llamado Teorema del Estándar Tributario Óptimo, como representación lógica del análisis económico del derecho tributario y la perfectibilización de una justicia tributaria.

4.4.3. Tributario Sancionador

João Bosco Coelho Pasin, en su obra titulada *Derecho Tributario y Ética*, señala que la aplicación de impuestos genera a los ciudadanos el deber fundamental de pagar impuestos. Según el autor, este hecho se justifica por la necesidad de la propia existencia de impuestos, así como “*representa una llamada al sentido común de buena voluntad de las personas individuales*”.⁹⁰⁶ Para Pasin, el Estado fiscal tiene un carácter social, teniendo como finalidad el establecimiento del bien común.

Humberto Romero-Muci, en una concepción similar, afirma en la colección *Ética y moral Tributaria*, que es innegable que las libertades privadas tienen costos públicos, así como que “*ese costo tiene que cubrirlos la sociedad mediante los impuestos y otras contribuciones*”.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ PISCITELLI, Tathiane; BOSSA, Gisele Barra (coord.). **Tributação da nuvem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 23.

⁹⁰⁶ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 226.

⁹⁰⁷ ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la distopia y la anomia social. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

Pasin presenta una concepción aún más amplia y crítica del deber de pagar el tributo. Según el precepto del autor:

El “Estado-fiscal de justicia” posee naturaleza subsidiaria y se caracteriza por su compromiso de asegurar al ciudadano-contribuyente una imposición fundada en la justicia tributaria y orientada a la consecución del bien común. El deber fundamental de pagar tributos o el derecho estatal de imponer tributos no pueden oponerse a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos-contribuyentes.⁹⁰⁸

Se extrae del libro *Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos*, la comprensión similar de Franco Gallo. Según el autor:

[...] en un mundo desigual como el nuestro, es sobre todo el instrumento de justicia distributiva que, según las diversas opciones políticas, el Estado (y los entes dotados de autonomía política y financiera) tiene a su disposición-junto con los demás instrumentos de política económica-para ir más allá de las meras relaciones del mercado y para corregir sus distorsiones e imperfecciones en favor de las libertades individuales y colectivas y de la tutela de los derechos sociales.⁹⁰⁹

Por lo tanto, dado el valor social de los impuestos, es extremadamente importante que el estado fiscal actúe con la máxima eficiencia y ética para garantizar el buen funcionamiento del sistema tributario. En este sentido, es competencia del Estado fiscal no solo imponer, sino imponer sanciones a quienes no cumplan con sus obligaciones tributarias, para asegurar y fomentar el pago de impuestos y contribuciones, que serán utilizados posteriormente para la producción y progreso del bien común.

La ley tributaria sancionadora se desarrolla a partir de la emergencia, dice Dantas:

[...] de assegurar tanto os objetivos arrecadatórios (maximizados) do Estado [...] bem como o bom funcionamento do referido sistema autodeclarativo, associou-se à expansão do Direito Tributário Sancionador, cujas penalidades, diretamente aplicadas pela Administração Fazendária, constituem mecanismo jurídico enforcement, voltado, precisamente, ao combate das violações às normas impositivas de tributos e deveres acessórios, assim entendidas

⁹⁰⁸ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 243.

⁹⁰⁹ GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 94.

*as prestações, positivas ou negativas, estipuladas no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária.*⁹¹⁰

Así, el derecho sancionador, según González:

*[...] se desenvuelve en las relaciones de sujeción general, es decir, en el marco de las relaciones de la administración con los particulares en general (personas físicas o personas jurídicas). Esta potestad administrativa se ejerce como consecuencia de la comisión de infracciones administrativas tipificadas por la Legislación administrativa sectorial, con el objetivo de castigar a los responsables.*⁹¹¹

Así, la sanción surge para dotar de plena eficacia a la legislación administrativa, ante el incumplimiento. El poder de sanción, entonces, es el que tiene la autoridad legal-punitiva del estado para prevenir y suprimir los delitos menores a las leyes de derecho público con el fin de defender el orden social y económico nacional.

Para Humberto Romero-Muci la sanción es una expresión de coerción del Estado, así como:

*El tributo y el Derecho se han desprestigiado y degenerado en instrumentos de control social, apalancados en la imperatividad de su forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal, la misma fuerza bruta con la que se mantiene un impuesto hiperinflacionario que desdeña el más elemental sistema fiscal.*⁹¹²

Todo lo contrario, Bobbio es partidario de la teoría sancionadora. Para el autor, solo la norma legal configura aquella cuya ejecución tiene una sanción externa e institucionalizada si no se cumple, por lo tanto, uno de los requisitos de la norma para el autor es la provisión e imposición de una sanción legal. Según Kelsen, para esbozar la categoría “sanción”, el autor afirma que “el laudo y el castigo pueden entenderse en el concepto de sanción”⁹¹³, es decir, la sanción tiene tanto un sesgo preventivo, didáctico, reparador y punitivo, como alentador o gratificante

⁹¹⁰ DANTAS, Numeriano Dubourcq Dantas. **Direito Tributário sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018. p. 23.

⁹¹¹ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 286-287.

⁹¹² ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la distopia y la anomia social.

⁹¹³ KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del estado**. 3. ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. p. 26.

Cuando es necesario recordar que, tras la Revolución Industrial, a finales de ese siglo XVIII, las incipientes sociedades y ciudades comenzaron a metamorfosearse para adoptar importantes aspectos identificativos. La gran movilidad de las clases y el estatus social de los trabajadores comenzaron a amalgamar posiciones consideradas como modernas y evolutivas. En los años siguientes, los fundamentos de la estratificación de aquellas sociedades anteriores se estremecieron cuando diversas corrientes políticas llegaron a enfrentarse al poder con matices e intereses propios. Así, a finales del año 1700, el derrocamiento de la monarquía feudal estalló en París con la manifestación de la Libertad, argumentando que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sin distinciones sociales, registrando este derecho del hombre en el propio Acta Constitucional francesa. Luego vino el Código Privado Prusiano (ALR), contemporáneo de la Revolución Francesa y con él el despertar de los estados modernos para ser dotados también de Codificaciones Positivas privadas.

Convivida con este período histórico en el que la sociedad sustituyó incluso las mazmorras inhumanas por otras formas racionales de castigo, se exaltó la presencia del jurista, filósofo y político inglés Jeremy Bentham. Él fue quien concibió un sistema penitenciario llamado panóptico, modelo de la primera prisión celular. Consistía en un edificio redondo en el que había dentro un patio con una torre en el centro, donde había un vigilante que observaba todos los nichos. En consecuencia, la clasificación de los castigos inhumanos que suprimen la vida y las libertades humanas también evolucionó.

Tome nota, por lo tanto, de que Bentham fue el autor de la Introducción a los principios de la Moralidad y, principalmente, de la Deontología o Ciencia Moral, y de ellos surgió el utilitarismo filosófico, el derecho original y medieval registró las sentencias de muerte como la supresión de la libertad, como la esclavitud y el destierro; sino por penas físicamente angustiosas de tortura, sibilancias o mutilación. Entre las penas privativas de libertad siguen siendo las solitarias, mientras que en el restrictivo de la libertad los arrestos domiciliarios y las prisiones supervisadas. Por último, los pecuniarios o restrictivos mientras que los bienes eran multas y confiscaciones, impuestas sobre los bienes de los condenados. Así, desde las épocas más remotas la mayor preocupación no era por la relación jurídica infractora, sino con el sujeto de esta relación, posteriormente ampliada a lo patrimonial. La norma penal no se limitaba a la regla sancionadora de otras normas, sino a la tipificación de las sanciones de los demás poderes jurídicos y no, propiamente, en el tronco penal. La obligación fundamental de obedecer una ley era y

siempre fue una obligación moral y no legal. Tampoco podría ser una obligación legal porque llevaría de vuelta al infinito. Si fuera una obligación legal, tendría que haber otra ley. Por lo tanto, existe la obligación de obedecer la ley, es por lo tanto porque esa obligación original era una obligación moral, que sucesivamente llevaba esa moralidad.

Para encontrar sus fundamentos y principios, es necesario que se pida al derecho tributario sancionador los mismos valores normativos correspondientes a las garantías constitucionales dirigidas al derecho penal, de las que se extrae su directiva conteudista. Así, la garantía sancionadora es esencialmente constitucionalista, por lo que la ley tributaria sancionadora debe sustentar los preceptos de la regima general de principios penales, como la tipicidad y legalidad a la hora de aplicar sanciones. No podía ser diferente porque el derecho sancionador tributario forma parte del derecho administrativo sancionador, que además debe ser fiel al cumplimiento de los prismas fundamentales del Derecho Superior aplicable al derecho penal. Por lo tanto, un paradigma interpretativo y normativo importante de sanción del derecho tributario debe ser respetar las demás normas y principios sistemáticos, normativos y punitivos en general.⁹¹⁴

Las políticas sancionadoras tributarias deben entonces mantener siempre la coherencia ética con los parámetros constitucionales, ya que forman parte del derecho público estatal, y este *“sin menosprecio de las ganratías individuales, passa a primer plano la protección y fomento de los interesses generales e colectivos”*.⁹¹⁵ Por lo tanto, las regulaciones sancionadoras tributarias deben ser analizadas e interpretadas a la luz de la interdisciplinarietà interna del derecho positivo nacional vigente, para asegurar la unidad, estabilidad y seguridad jurídica material a las normas penales y no penales que son entrañables en la composición de la política fiscal sancionadora del país.⁹¹⁶

Es importante desentrañar un derecho comparado en relación con la naturaleza jurídica de los delitos fiscales. En Alemania, Goldschmidt⁹¹⁷ rechaza la sujeción del carácter administrativo de las infracciones fiscales a los principios del derecho penal. Esta concepción, a pesar de estar superada en el resto de países

⁹¹⁴ DANTAS, Numeriano Dubourcq Dantas. **Direito Tributário sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018. p. 18.

⁹¹⁵ GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 25.

⁹¹⁶ DANTAS, op. cit., p. 24-25.

⁹¹⁷ GOLDSCHMIDT, Otto. **Die polizei-vorschriften des regierungsbezirks cassel**: polizeiverordnungen, erlasse, bekanntmachungen usw. Alemania: Verlag Gebrüder Gotthelft, 1932. p. 523.

europeos⁹¹⁸, porque la comprensión mayoritaria del adoctrinamiento europeo es la actual que comprende los delitos y sanciones fiscales en el derecho penal, incluidos los no penales, y es indispensable para la prevalencia de los principios penales generales sobre los delitos fiscales.⁹¹⁹ También en el ordenamiento jurídico alemán, Mattes defiende la tesis de que los delitos de orden público se distinguen por las categorías de inmoralidad y amoralidad, que diferencia entre infracciones administrativas y penales, a favor de la valoración prevista en la provisión de infracciones administrativas.⁹²⁰ Lo que no es más que una justicia fiscal efectiva.

En Espanha, Enterría⁹²¹ diferencia las sanciones de autoprotección de aquellas sanciones de protección de una orden general, la primera incluye “*las disciplinarias, las de policía demanial, las rescisórias de actos administrativos favorables y las tributarias*”, mientras que la segunda se refiere a las sanciones penales, distinguiendo lo participativo y lo teleológico dentro de las facultades punitivas penales y administrativas. Luego:

*[...] la identificación de ese interés administrativo tutelado por las sanciones de ‘autoprotección’, no resulta posible porque la Administración Pública, que ‘sirve con objetividad los intereses generales y actúa, (...), con sometimiento pleno a la ley y al derecho’ (art. 103 CE), carece de otros intereses que los consagrados por el ordenamiento jurídico en su conjunto.*⁹²²

En relación con el ordenamiento jurídico italiano, Medina, basándose en la doctrina de Travi⁹²³, sostiene que las sanciones administrativas son distintas de las sanciones penales, porque las considera una manifestación del poder sancionador de la Administración Pública, siendo una función eminentemente administrativa.⁹²⁴

⁹¹⁸ SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Sistema de Derecho Financiero**. Madrid: Facultad de Derecho da la Universidad Complutense, 1985. v. 2. p. 611.

⁹¹⁹ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 134-135.

⁹²⁰ MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal **Administrativo, história y Derecho Comparado**. Tradução de José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. p. 209.

⁹²¹ ENTERRÍA, García de. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Civitas, n. 10, p. 399-430, 1976.

⁹²² PEREZ, Juan J. Zornoza. **El sistema de infracciones y sanciones tributarias**. Madrid: Civitas, 1992. p. 38-39.

⁹²³ MEDINA, Fábio Osório. **Direito Administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103.

⁹²⁴ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 137.

Francia, tanto en materia doctrinal como jurisprudencial, reconoce la identidad sustancial en materia de represión penal y administrativa, como lo ilustra el entendimiento de Dellis, proclamado por Pérez al inferir “[...] *l’action pénale aussi bien que l’action administrative se situent dans un contexte répressif et eles devraient, pour cette raison, être considérées comme matériellement identiques*”.⁹²⁵

En Portugal, el derecho lusitano ha reiterado durante décadas cualquier distinción ontológica, excepto formal, entre delitos fiscales tipificados o no por el legislador penal.⁹²⁶ En este sentido, Nunos Sá Gomes concluye:

[...] em sentido amplo todos os ilícitos fiscais, qualquer que seja a natureza da sanção fiscal aplicável, são infracções à lei fiscal, a verdade é que, entre nós, quer a doutrina fiscal, quer a própria lei, reservam a expressão infracção fiscal apenas para aos factos ilícitos e culposos que são sancionados com sanções penais. Efectivamente, dispõe o art. 2º do RJFNA, sob a epígrafe ‘conceito de infracção fiscal todo o facto típico, ilícito e culposo declarado punível por lei fiscal anterior.’⁹²⁷

En Argentina, a su vez, según la investigación de Diez, la jurisprudencia ha establecido una comprensión de la naturaleza penal de los delitos y sanciones tributarias no penales, considerando la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Esbozadas las distintas teorías sobre la naturaliza jurídica de las infracciones tributarias, es menester destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia há expressado su parecer sobre este tema en reiteradas pronunciamientos. Al respecto, sostuvo el Supremo Tribunal que aún cuando los ilícitos y las sanciones tributarias contenidas en la ley 11.683 formen parte del derecho penal especial, ello no empece a su naturaleza eminentemente penal resultante de aplicación, en consecuencia, las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa en contrario.⁹²⁸

Finalmente, en la legislación brasileña, no se considera la comprensión de la naturaleza no ontológica del delito estrictamente tributario con el ilícito penal, no encontrando ninguna evidencia de la conclusión de delitos fiscales no penales de tener

⁹²⁵ PEREZ, op. cit., p. 31.

⁹²⁶ SILVA, op. cit., p. 142.

⁹²⁷ GOMES, Nuno Sá. **Evasão fiscal, infração fiscal e processo penal fiscal**. Lisboa: Cadernos de Estudos Fiscais, 1997. p. 19-20 e 94.

⁹²⁸ DIEZ, Humberto P. COTO, Alberto; DIEZ, Fernando. **El ilícito en la ley de procedimiento tributário nacional: un enfoque integral**. Buenos Aires: Errepar, 2001. p. 76.

una naturaleza criminal. Así, se va la inserción de sanciones tributarias desde el régimen jurídico penal.

En el compendio y en diversos ordenamientos jurídicos nacionales, la comprensión de no persistir diferentes ontologías entre el ilícito penal y el administrativo, tanto unitarios como indivisibles, como en Alemania, Francia, Italia, España y Portugal, a pesar de que Brasil es unísono en la conclusión de que las sanciones de los delitos fiscales no penales no son de naturaleza penal.⁹²⁹

Insta señala que:

[...] obrigações tributárias, envolvendo tributos ou penalidades, constituem deveres jurídicos ‘tipificados’ por normas fiscais. A real compreensão de seus respectivos contornos e efeitos é, logo, encontrada na dogmática jurídica; depende da compreensão do sistema normativo em que inseridos.

Para Klaus Tipke⁹³⁰, o Direito Penal el derecho penal juega un doble papel de protección dentro del Estado de Derecho, que son i) “*contribuir a que el Ente público obtenga de todos los contribuyentes los impuestos correspondientes con arreglo a la ley y la Constitución*”; e ii) “*contribuir a que nadie se separe de la comunidad solidaria de contribuyentes, de modo que se conserve la igualdad en el reparto de los impuestos y que nadie reciba prestaciones públicas a costa de sus conciudadanos*”.

Sin embargo, para el autor, “*en un Estado de Derecho, la labor del Derecho penal no puede consistir en garantizar, proteger o estabilizar un ordenamiento jurídico injusto. Si la pena es con secuencia del quebrantamiento de un Derecho tributario arbitrario, el propio Derecho penal resultará arbitrario*”.⁹³¹

Según Humberto Romero-Muci:

[...] la legitimidad del tributo se obtiene de la auto imposición, deriva del consenso democrático, se construye en un Estado de Derecho, con una efectiva separación y control recíproco de los órganos del Poder Público, en condiciones de transparencia, corresponsabilidad

⁹²⁹ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 144.

⁹³⁰ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Espanha: Marcial Pons Ediciones, 2002. p. 131.

⁹³¹ Ibid, p. 131.

*democrática y con un control judicial efectivo, independiente y objetivo de constitucionalidad y legalidad.*⁹³²

En línea con Tipke y Romero-Muci, João Bosco Coelho Pasin afirma que “*el deber de pagar el tributo sólo existe cuando la imposición no es arbitraria. Es decir, el deber jurídico solamente puede ser considerado fundamental cuando es justo: no arbitrario en su sentido ontológico más puro*”.⁹³³ Para el autor, el comportamiento del ciudadano contribuyente (pago, o no, de impuestos) está condicionado al grado de justicia del sistema tributario, tanto por el respeto del Estado fiscal a los fundamentos de la imposición, como por los efectos del impacto de la carga tributaria sobre la sociedad civil.

En la misma línea, creo que, si bien la relación del Estado con el dinero es vital, no le interesa al Estado extrapolar sus poderes para exigir dinero o definir deberes, ya que el incumplimiento de las garantías fundamentales, lo que sea, es peligroso e inaceptable. Los Sistemas Nacionales de Impuestos, que escapan de sus características embrionarias de Racionalidad de modo antirrepublicano, al colocarse en características históricas, “contrarias” a las que dictaría el sentido común, permiten a los Estados determinar primero cuántos ingresos necesitarán para luego requerir del contribuyente. Terminan por no tener en cuenta el debido respeto al contribuyente (y su capacidad económica), incluido como ser humano, en la postura necesaria de ser obligado a proporcionar la “contribución” a la Comunidad. Y lo agrava es el hecho de que el Estado todavía trata al contribuyente como delincuente.⁹³⁴

Así, tiene que ser que, si bien el derecho penal tiene un inmenso potencial como herramienta de seguridad tributaria, ante la aplicación de sanciones, es necesario analizar la estructura del sistema tributario, para que el contribuyente no sea castigado injustamente arbitrariamente, ya que las leyes tributarias injustas y la ética ausente no pueden dar paso a una sanción justa.⁹³⁵ Por lo tanto, los derechos humanos fundamentales deben respetarse para los ciudadanos contribuyentes

⁹³² ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la distopía y la anomia social. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

⁹³³ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 226-227.

⁹³⁴ PÍTSICA, Diogo Nicolau. Poder, fuerza, legitimidade y procedimientos y los límites éticos de la actuación estatal frente a los códigos de defensa del contribuyente como factores (des)constitutivos de la ciudadanía y de la justicia fiscal. In: MARQUES, Mateus; SANTA TERRA JUNIOR, João (org.). **Temas de Direito Público e Privado**: estudos em homenagem ao VIII centenário da Universidade de Salamanca. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. v. 2. p. 66.

⁹³⁵ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Espanha: Marcial Pons Ediciones, 2002. p. 128.

Es, por tanto, imprescindible analizar los efectos de la norma tributaria sancionadora, ya que su objetivo es precisamente el cumplimiento de la obligación tributaria. Bajo este espectro, la economía juega un papel fundamental, en línea con el hecho de que “los efectos económicos de la ilegalidad pueden dar lugar, por sí mismos, a la fenomenología de la incidencia de las normas”.⁹³⁶

Un tema central en el ámbito jurídico tributario, son los efectos éticos de las sanciones. A través del poder sancionador, como efectivo a la primacía de la justicia fiscal, el legislador, imbuido de la idea de disuadir al contribuyente para cometer actos ilícitos, estipula éticamente regulaciones punitivas, sin embargo, no siempre un castigo tiene la consecuencia de inhibir su repetición. La sanción puede, por ejemplo, ser muy indulgente y casi no afectar al incumplimiento, haciéndola compensar la práctica del acto ilícito. Por otro lado, la sanción puede ser muy estricta, inculcando una injusticia. En vista de este escenario, es necesario examinar los institutos que ayudan en las instituciones de sanciones fiscales.

En este sentido, es fundamental trascender el conocimiento económico en el ordenamiento jurídico, ya que:

*[...] a economia trouxe uma cientificidade para as repercussões das sanções legais sobre o comportamento, pois para os economistas, as punições se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira como reagem aos preços, consomem menos produtos mais caros; logo, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.*⁹³⁷

Como dicen Cooter y Ulen⁹³⁸, la economía sostiene teorías matemáticamente precisas (teoría de precios, costos y transacciones) y metodologías empíricas (estadísticas) que atestiguan las posibles consecuencias, con bastante fuerza, de los precios en el comportamiento para estimar cómo reaccionan las personas a las leyes frente a los (des)incentivos.

A modo de ejemplo, Cooter y Ulen también añaden que:

⁹³⁶ DANTAS, Numeriano Dubourcq Dantas. **Direito Tributário sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018. p. 114 e 117.

⁹³⁷ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011. p. 234.

⁹³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

[...] um fabricante sabia que seu produto irá, às vezes, ferir os consumidores. Até que ponto esse fabricante tornará o produto seguro? Para uma empresa que queira maximizar os lucros, a resposta depende de dois custos: primeiro, dos custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que, por sua vez, dependem de fatos relativos ao projeto e à fabricação do produto e dos custos da emissão de advertências aos usuários; e do “preço implícito” de ferimentos causados aos consumidores por meio da responsabilidade jurídica do fabricante. A responsabilidade é uma sanção imposta por danos causados a outros. O produtor precisará da ajuda de advogados para fazer uma estimativa desse preço implícito. Depois de obter as informações necessárias, ele irá comparar o custo da segurança e o custo implícito de acidentes. Para maximizar os lucros, o produtor irá ajustar a segurança até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao preço implícito de acidentes adicionais.⁹³⁹

El análisis económico del derecho, al restringir su estructura teórica sobre la conducta de los actores del mercado⁹⁴⁰ tiene como objetivo responder éticamente al problema legal de cuán eficiente se determina que un estándar legal induce comportamientos específicos. En el caso que se examina, el enfoque aludido, a la luz de criterios económicos, mide la eficacia de las sanciones fiscales para evitar la perpetuación de futuros actos ilícitos.

Desde esta perspectiva, el punto medular de las sanciones es la cuestión monetaria, porque el sistema de precios es el gran impulsor de la conducta humana. Carvalho añade que:

[...] os indivíduos reagem a incentivos. Dentre estes incentivos, encontram-se as normas jurídicas. Como vimos acima, a norma jurídica e, principalmente a sua sanção, é processada como um preço pelo seu destinatário. Em outras palavras, as pessoas reagem às sanções da mesma forma como reagem aos preços. E, ao tomar esse comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional, avalia a relação — custo X benefício da conduta que poderia vir a praticar.⁹⁴¹

Incubar para enfatizar que:

[...] a função sancionadora do Estado deverá ser modelada por um regime jurídico que, sem desnaturar-se de sua qualidade de regime

⁹³⁹ Ibid, p. 25.

⁹⁴⁰ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

⁹⁴¹ CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). **Direito Tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 4-8.

*administrativo, sujeito à legalidade e orientado à realização do interesse público, deve incorporar elementos caros às demais atividades sancionadoras exercidas pelo Poder Público.*⁹⁴²

El cumplimiento de las obligaciones tributarias no es más que actuar íntimamente en el interés público, teniendo el análisis económico del derecho el importante deber de modular la norma sancionadora tributaria y su interpretación para que tenga elementos que faciliten su implementación y que, estadísticamente, reduzcan los impagos; lo que perfectibiliza las imposiciones constitucionales en consonancia a los intereses públicos y económicos es, en otros términos, el respeto a la ética tributaria y la primacía de la justicia tributaria.

Así, el derecho tributario puede utilizarse como medio de incentivo o desincentivo en la preespecificación de los costos de los actos ilícitos y perjudiciales. A la luz de las Enseñanzas de la AED, ante una persona comete un acto que genera una sanción fiscal, evaluará si los costos de transacción son mayores que los beneficios, buscando maximizar sus intereses y evitar pérdidas. Y en este caso, el Teorema de la Norma Óptima Impuesta está presente, aunque oblicuamente.

También porque en el modelo de estado democrático de derecho, este examen microeconómico de la sanción tributaria debe darse a:

*[...] atuação estatal sobre a esfera de direitos e liberdades constitucionais dos particulares, não deve recair em excessos. Desse modo, a expansão do direito sancionador lato sensu, promovida, em síntese, a partir do aumento do número de infrações do endurecimento de sanções e da flexibilização do método de aplicação das normas repressivas, exige que se questione se a resposta juridicamente oferecida: (i) atenda ao princípio da necessidade; (ii) revela-se adequada à obtenção de soluções mais idôneas e eficazes à tutela dos problemas regulados; bem assim (iii) guarda correspondência com os limites constitucionalmente postos.*⁹⁴³

Por lo tanto, dependiendo de las enseñanzas de la AED, si el beneficio obtenido por el individuo es mayor que el costo gastado para obtenerlo cometerá tal acto, y es en esta premisa económica que debe enfocarse la sanción de la ley tributaria. Nascimento⁹⁴⁴ explica que “as evasões e a elusão fiscal, como duas formas de

⁹⁴² DANTAS, Numeriano Dubourcq Dantas. **Direito Tributário sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018. p. 138.

⁹⁴³ Ibid, p. 170.

⁹⁴⁴ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011. p. 259.

inadimplemento tributário, prejudicam a economia traduzindo-se em concorrência desleal”, por lo tanto, “o Estado não pode desprezar as repercussões econômicas decorrentes da criação dos tributos, dos deveres burocráticos das atividades econômicas, da alta carga tributária, do descumplimento do deber de pagar os tributos, do aumento de preços, da redução de oferta, da redução de demanda”. Por lo tanto, debe considerar tales impactos en el momento de la creación de los impuestos sancionados.

Aclarando y dilucidando la órbita morfológica que abarca el ámbito del derecho tributario sancionador, como se ha mencionado anteriormente, es evidente que este no es el régimen jurídico penalizador en sí, sino que se refiere específicamente a las infracciones y sanciones tributarias no penales, enumeradas por la jurisdicción administrativa. El objeto no es perseguir a la persona del delincuente y su relación tipificante con los hechos sociales, sino en particular las transgresiones culpables y engañosas en sus obligaciones tributarias obligatorias imponiendo las sanciones respectivas.

Y, así, el tecnicismo de un Análisis Económico del Derecho Tributario a la aplicación tributaria aporta científica y respeto completo a una justicia fiscal.

4.4.4. Tributación Alimentario

João Bosco Coelho Pasin⁹⁴⁵, en su obra *Derecho Tributario y Ética*, afirma que el Poder Legislativo del Estado, por la naturaleza de su función, es el órgano institucional público que tiene la responsabilidad de crear los códigos, estatutos y leyes en general, que deben formar un conjunto de valores éticos necesarios para la plena implementación de las políticas estatales, así como por el buen desempeño y conducta de los funcionarios públicos.

Según Pasin, la potestad tributaria se basa en las bases de legalidad, establecidas originalmente por los legisladores. En este sentido, el autor afirma:

En el ámbito tributario, las leyes deben servir de base para la moralidad institucional. Los legisladores deben consagrar el perfil de un honesto agente fiscal -por ejemplo, estableciendo la adecuada normativa sobre su comportamiento en un Código de Ética Pública-, los fundamentos de una buena Administración Tributaria – por ejemplo, acogiendo procedimientos más eficientes y el debido re parto

⁹⁴⁵ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 171-172.

de competencias, así como los elementos suficientes para la debida imposición con una equilibrada carga uributaria -por ejemplo, perfeccionando las normas jurídicas sobre las limitaciones constitucionales al ejercicio del poder tributario (asegurando prohibir la confiscación en virtud de la regla de capacidad contributiva y adecuando la presión fiscal individual y global en modo de garantizar la realización del bien común)⁹⁴⁶.

Pasin, sin embargo, es consciente de que el desempeño del poder legislativo no es ilimitado, ya que debe guiarse por la ley y la moral. En este sentido, los legisladores no actúan de acuerdo con sus voluntades individuales, sino en línea con la democracia, estableciendo las bases jurídicas necesarias para la configuración de un Estado de justicia a través del establecimiento de límites éticos al ejercicio de la discrecionalidad institucional.

En materia tributaria, el Poder Legislativo encuentra sus límites en una “*ética de responsabilidad*’ de medios y fines vinculada a la conceta tarea de elaboración de una política tributaria favorable para la sociedade civil.”⁹⁴⁷ Así, el legislador debe establecer límites al Poder Tributario, así como asegurar una mayor defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos-contribuyentes.

Para el autor, el orden positivo debe estar compuesto por leyes generales, complementarias a la Constitución, a fin de evitar posibles conflictos legislativos, así como establecer una base que guíe el desarrollo del derecho. Sin embargo, Pasin afirma que es necesaria, de la misma manera, la existencia de leyes especiales dentro del ordenamiento jurídico, para que:

[...] regulen ciertos aspectos específicos de las normas generales como, por ejemplo, pueden representar una ley sobre el régimen jurídico de recaudación y fiscalización del IRPF. Así, las normas generales sirven de base para la elaboración de leyes específicas sobre ciertas políticas públicas – normas especiales, por ejemplo, sobre la fiscalidad de la familia –, que se encuentran plasmadas en el orden jurídico a partir dos principios de justicia y, en especial, de sus corolarios – constitucionales o no; expresos o tácitos.⁹⁴⁸

Por lo tanto, se deben desarrollar leyes específicas sobre la ética de las leyes generales, así como la Carta Magna. En este sentido, dentro del Estado de Derecho,

⁹⁴⁶ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011. p. 174.

⁹⁴⁷ Ibid, p. 177.

⁹⁴⁸ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 173.

que se basa en el respeto a los derechos humanos y las garantías fundamentales, es necesario que se desarrollen leyes específicas sobre esta perspectiva. Es el caso de la Ley del Impuesto sobre la Alimentación, que debe pasar por el Tribunal Fiscal.

El Derecho Alimentario es una rama de la ciencia jurídica que se ocupa de la garantía alimentaria y sus implicaciones directas e indirectas. Su propósito principal es estudiar estándares que promuevan la seguridad alimentaria y la calidad de los alimentos. Los temas que impregnan esta línea de estudio son, por ejemplo, la alimentación y sus relaciones intrínsecas con la prevención de riesgos para la salud, implicaciones para la salud, impactos en el medio ambiente, cadena alimentaria y bienestar animal, todo ello desde una perspectiva jurídica.⁹⁴⁹

Hay dos aspectos conceptuales de la legislación alimentaria, el objetivo y el subjetivo. Según González⁹⁵⁰, el primero se refiere a *“al ordenamiento jurídico que regula la producción, transformación, comercialización y distribución de los alimentos así como la seguridad y calidad alimentaria, para proteger la salud pública y los derechos de los consumidores”*, así como el medio ambiente. Por su parte, el derecho subjetivo a la alimentación *“significa el poder jurídico o facultad de una persona para exigir de otra una determinada conducta o prestación en su favor, que el Derecho objetivo le reconoce y tutela a través del Poder Judicial”*.

Aún sobre la definición de la rama en cuestión, es importante mostrar que muchas normas legales están asociadas con el tema de los alimentos, sin embargo, no todas ellas forman parte de la legislación alimentaria. Este campo jurídico solo incluye en su estudio los postulados del derecho que pretenden cumplir la función de seguridad alimentaria y calidad alimentaria. Así, la legislación alimentaria es un término más amplio y la legislación alimentaria está más restringida, esta última está estrechamente relacionada con el derecho público, ya que es el poder público el que tiene la obligación de velar por los preceptos del derecho alimentario a la colectividad.⁹⁵¹

En la doctrina italiana, Masini explica brevemente la necesidad de la legislación alimentaria, con respecto a la formación y evolución de la legislación alimentaria europea. El científico biológico milanez enseñó que los argumentos que

⁹⁴⁹ GIRELA, Miguel Ángel Recuerda. **Tratado de Derecho Alimentario**. Espanha: Thomson Reuters, 2011. p. 87-88.

⁹⁵⁰ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 18-19.

⁹⁵¹ GIRELA, Miguel Ángel Recuerda. **Tratado de Derecho Alimentario**. Espanha: Thomson Reuters, 2011. p. 88.

rodean la elaboración legislativa y jurisprudencial de la legislación alimentaria se entrelazan en varios niveles, en una dimensión ampliada o local, a través de la especificación del objeto (producto alimenticio) y, al mismo tiempo, la demanda de la proporción, que se basa esencialmente en la protección de la salud pública, la seguridad alimentaria y la mejora de la calidad de los alimentos. Con respecto a la definición de alimento, el autor informa que es fácil referirse al “destino final” *-estomac-* con respecto a la ingesta del producto, es necesario, sin embargo, releer las relaciones funcionales con respecto al origen agrícola, recuperando el interés en las operaciones agrícolas paralelas a las de procesamiento de alimentos y comenzando a abrazar el momento final del consumo. Así que en sus palabras:

[...] questo punto, quello che si vuol tentare è una ricognizione di argomenti intorno all'elaborazione legislativa e giurisprudenziale del diritto alimentare, che si intrecciano ai vari livelli, in una dimensione allargata o locale, attraverso la precisazione dell'oggetto (prodotto alimentare) oltre che del soggetto a cui favore venga riservata una disciplina speciale (consumatore) e, insieme, la ricerca della ratio, che riposa essenzialmente eella tutela della salute pubblica, della genuinità e sicurezza degli alimenti nella valorizzazione della qualità. Con riguardo alla definizione di ciò che si intende per alimento, se ula facile richiamarsi 'alla destinazione finale- l'estomac, con riguardo all'ingestione del prodotto' occorre, non di meno, avviare una rilettura delle relazioni funzionali rispetto all'origine agricola, recuperando l'interesse per le operazioni di farming accanto a quelle di food processing e arrivando ad abbracciare il momento finale del consumo.⁹⁵²

Dado que los estados democráticos de derecho tienen la función básica de proporcionar a los ciudadanos prerrogativas y deberes fundamentales, la alimentación es un derecho social básico de supervivencia y dignidad. Por lo tanto, las Constituciones Nacionales de todo el mundo garantizan el derecho a una alimentación saludable y garantizan la seguridad alimentaria en toda la cadena de producción de alimentos.

Por nombrar algunas disposiciones constitucionales, la Carta de la Patria Española, en su artículo 43, establece que “*se reconoce el derecho a la protección de la salud*” e no artigo 51 define que “*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. En otro ejemplo, la Ley Mayor brasileña establece, en su artículo 6, el derecho fundamental a la alimentación y a

⁹⁵² MASINI, Stefano. *Corso di Diritto Alimentare*. 2. ed. Milão: Giuffré, 2011. p. 21.

la salud. Además, la Comisión Europea adoptó en 2000 el Libro Blanco sobre la seguridad alimentaria, que se basaba en el objetivo central del Derecho comunitario de lograr la seguridad alimentaria.

Además, es imperativo conceptualizar y estandarizar el término “seguridad alimentaria”, una categoría esencial para la legislación alimentaria. En 1996, la Conferencia Mundial de la Alimentación, organizada por la FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations), consideró que la inocuidad de los alimentos está presente cuando “todas as pessoas, em todos os momentos, têm acesso físico e econômico a uma alimentação que seja suficiente, segura, nutritiva e que atenda às necessidades nutricionais e preferências alimentares de modo a propiciar vida ativa e saudável”.⁹⁵³ Por lo tanto, depende de los Estados nacionales garantizar este derecho y llevarlo a cabo en conjunto con la sociedad civil.⁹⁵⁴

El Derecho a la Alimentación, por lo tanto, constituye un derecho fundamental garantizado por varios postulados jurídicos internacionales, y es importante destacar la Declaración Universal de derechos humanos (DUDH) del año 2000, el principal documento internacional para tratar la realización de dicha prerrogativa, que determina en el artículo XXV que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida capaz de garantizarse a sí misma y a su familia la salud y el bienestar, incluyendo los alimentos [...]”.

En línea con la Declaración, el derecho subjetivo a la alimentación constituye un derecho fundamental y, a juicio de Alexandre de Moraes, es un derecho a la vida, que Ricardo Lobo Torres, a su vez, añade que es un derecho al mínimo existencial.⁹⁵⁵

A partir de los preceptos expuestos, el interés en el presente estudio tanto los significados del derecho objetivo como el subjetivo, ya que, según la lección de González, ambos son necesarios, “*la noción de Derecho objetivo para comprender la significación del denominado Derecho Alimentario, como la noción de derecho subjetivo*”.

⁹⁵³ FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **World Food Summit**: report of the World Food Summit. Roma: FAO, 1997. Disponible en: <http://www.fao.org/3/w3548e/w3548e00.htm>. Acceso en: 11 out. 2020.

⁹⁵⁴ VALENTE, F. L. S. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o Direito à alimentação adequada. **Revista de Nutrição da Puccamp**, Campinas (SP), v. 10, n. 1, p. 20-36, 1997.

⁹⁵⁵ BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39.

para comprender asimismo lo que representa – en el ámbito alimentario – el derecho a la protección de la salud.”⁹⁵⁶

Con la comprensión del significado y el alcance de la legislación alimentaria, prescinde de la necesidad de comprender el vínculo entre el derecho tributario y el campo mencionado al instituir la tributación alimentaria. Esto se puede traducir como la rama tributaria destinada a tratar las correlaciones fiscales y la seguridad y calidad de los alimentos, es decir, cuestiones positivas y estudiosas como los efectos de los impuestos sobre el consumo de alimentos, la incertidumbre ambiental de ciertos productos y todo el papel que juegan los impuestos en la seguridad alimentaria y la calidad de los productos.

El instituto de tributación alimentaria, en esta perspectiva, tiene gran importancia en la legislación tributaria y alimentaria, ya que la incidencia de los impuestos afecta directamente al consumo de alimentos. Como enseña Shoueri⁹⁵⁷, el impuesto se convierte en un elemento muy importante a considerar por el contribuyente en la toma de decisiones junto con los otros costos que componen el precio final del producto.

En la doctrina surge la discusión sobre que carga tributaria y políticas tributarias son ideales para mejorar la alimentación de la población, reduciendo la desigualdad alimentaria:

[...] el debate mayormente se ha centrado en la incidencia de los impuestos destinados precisamente a gravar el consumo de las familias. Sobre esta discusión se agrega una nueva instancia del debate referida a la eficacia relativa de las políticas públicas alternativas para el logro del objetivo redistributivo.⁹⁵⁸

De esta forma, en busca de una sociedad menos desigual y ecológica, es interesante la incidencia de una mayor carga fiscal sobre alimentos considerados nocivos para la salud y el medio ambiente, como los productos con altos costes socioambientales, más contaminantes, con pesticidas, considerados superfluos y hortalizas fuera de temporada. Por otro lado, es interesante predecir una baja carga impositiva sobre los

⁹⁵⁶ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 19.

⁹⁵⁷ SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹⁵⁸ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 317-318.

alimentos clasificados como ambientalmente correctos y beneficiosos para la salud, como los productos orgánicos y los alimentos básicos para que la población de bajos ingresos pueda disfrutar plenamente de ellos, lo que evitó el hambre, la desnutrición y la dignidad alimentaria efectiva.

Así, se infiere que la legislación tributaria alimentaria es un medio para estimular o desestimular ciertos alimentos, además de ser un instrumento para la realización de la soberanía alimentaria y la garantía del derecho fundamental a una alimentación saludable. Procede, por tanto, tratar de corregir las deficiencias de la legislación alimentaria mediante la fiscalidad.

Es pertinente, sobre todo, evaluar la fiscalidad alimentaria a la luz del análisis económico del derecho tributario. Al estipular las bases epistemológicas de la tributación óptima, Laura Fachin argumentó que, para no sacudir el instituto de la eficiencia económica, la tributación debería centrarse más marcadamente en bienes de demanda menos elástica, es decir, cuya variación de precios afectara mínimamente la cantidad demandada del bien.⁹⁵⁹

Además, el economista Ramsey basó precisamente que, con cualquier bien de demanda inelástica, todos los ingresos que el Estado necesita deben proporcionarse a través de impuestos sobre esa mercancía, ya que la tributación de ese bien nunca suprimiría su utilidad total.⁹⁶⁰

Son precisamente los bienes de demandas menos elásticas, nada, los que suelen tener mayores necesidades de oferta a la población, como la alimentación. Muchos países, además, tienen un sistema de tributación alimentaria con una alta carga impositiva sobre los productos alimenticios esenciales, que constituyen la canasta básica dentro de ese contexto social y cultural. Por lo tanto, al adoptar la Regla Laura Fachin⁹⁶¹, los productos alimenticios deben ser gravados a una tasa más alta que los bienes considerados superfluos, cuya demanda tiene mayor elasticidad.

Tal estructura tributaria, sin embargo, no apoyaría a los institutos de isonomía e igualdad, así como constituiría un sistema tributario regresivo, considerando que las personas de bajos ingresos son las que más necesitan de los alimentos esenciales,

⁹⁵⁹ FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019.

⁹⁶⁰ RAMSEY, Frank P. A contribution to the theory of taxation. **The Economic Journal**, [s.l.], v. 37, n. 145, p. 47-61, mar. 1927.

⁹⁶¹ FACHINI, op. cit., p. 216.

que son los más consumidos, lo que hace que esta población comprometa proporcionalmente una mayor parte de sus ingresos con el pago de impuestos en comparación con las personas con mayor adquisición financiera.

En este sentido, se impondría un impuesto injusto porque, como dijo Clemente Checa González, de manera asertiva, “[...]un impuesto sólo es justo si en cada acto concreto de imposición se grava una capacidad económica real y no ficticia o presunta, deduciéndose de ello que la injusticia cometida con un contribuyente no se salva con la justicia de la generalidad de los casos.”⁹⁶² El entendimiento del autor se basa en el entendimiento de que es inadmisibles suprimir el principio de capacidad contributiva (“capacidad económica”), porque, además de violar la norma constitucional, ignora el hecho de que la realidad social está marcada por la desigualdad, en la que los ciudadanos tienen ingresos variables, y no se puede exigir a un trabajador que pague impuestos en la misma cantidad que un sujeto con ingresos excesivamente más altos.

Creo que el concepto de igualdad es cambiante a medida que cambia con el tiempo. Actualmente el concepto de igualdad está relacionado con la capacidad económica del contribuyente (en el área tributaria) que se desarrolla en los principios de generalidad, universalidad y progresividad. Es decir, mientras que deben ser tratados con igualdad, la forma en que se idealizó esta igualdad hace muchos siglos ya no persiste porque la sociedad cambia y, con ella, la forma en que se entienden los derechos humanos. La construcción de los derechos fundamentales también implica un estudio a fondo de la situación en que se encuentra la sociedad, en la cual se idealiza este derecho, ya que estará muy influido por el contexto.⁹⁶³

Como reflexionó Franco Gallo⁹⁶⁴, el principio de capacidad contributiva puede entenderse como una proyección del principio de igualdad. En la línea Catalina Escuin Palop⁹⁶⁵ Palop dijo que la ley, si se redacta en línea con la igualdad, es una forma de lograr la igualdad y la justicia entre los ciudadanos. Sin embargo, para que esto sea

⁹⁶² GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 119. E-book.

⁹⁶³ PÍTSICA, Diogo Nicolau. Poder, fuerza, legitimidade y procedimientos y los límites éticos de la actuación estatal frente a los códigos de defensa del contribuyente como factores (des)constitutivos de la ciudadanía y de la justicia fiscal. In: MARQUES, Mateus; SANTA TERRA JUNIOR, João (org.). **Temas de Direito Público e Privado: estudos em homenagem ao VIII centenário da Universidade de Salamanca**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. v. 2. p. 66.

⁹⁶⁴ GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 38.

⁹⁶⁵ ESCULIN PALOP *apud* GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 127. E-book.

posible, es necesario que la ley responda a un criterio de proporcionalidad, ofreciendo un trato igual y desigual a los desiguales, método que es la esencia de la igualdad, como precepto Aristóteles, en su libro *Ética a Niómaco*.

Asimismo, João Bosco Coelho Pasin divide el fundamento de la igualdad en dos tamaños y cuatro sistemas, que son: “a) ‘Política y jurídica’: la ley es igual para todos (generalidad de la ley)”; y b) ‘Económica y social’: el tratamiento de todos en la ley es igual en la medida de sus desigualdades (suficiencia de la ley)”.⁹⁶⁶

Por lo tanto, la igualdad puede entenderse por una perspectiva formal y real. Lo formal es, en general, un principio que determina que el deber de pagar impuestos recaerá sobre todos los ciudadanos para contribuir a los costos públicos. Sin embargo, en primer lugar, en el mundo fáctico, es necesario que se observe la capacidad económica de cada uno. Por lo tanto, sólo a través de la proporcionalidad se logrará la igualdad real.

Por lo tanto, para lograr la igualdad, el cumplimiento del principio de capacidad de contribución es indispensable. Clemente Checa González ya ha declarado que “los principios de justicia tributaria son esenciales en la configuración del Estado de Derecho, mientras que la justicia del gasto público es pilar del Estado Social”⁹⁶⁷.

La Regla de Laura Fachin, por no considerar las distinciones entre consumidores, falla solo el criterio de costos, ajeno a la equidad⁹⁶⁸, lo que hace que su metodología sea económicamente ineficiente. La aplicación de la AED, por lo tanto, se hace efectiva cuando se utiliza junto con los preceptos de la isonomía fiscal y la dignidad de la persona humana.

En el examen de la legislación alimentaria, es esencial utilizar los principios fiscales de capacidad contributiva, progresividad y selectividad.

Los dos primeros ya han sido abordados en temas anteriores, en este sentido, la capacidad tributaria se puede definir como el deber de “[...] 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”.⁹⁶⁹ Este principio se basa en que la disponibilidad financiera debe ser un punto

⁹⁶⁶ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 114.

⁹⁶⁷ GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 6. E-book.

⁹⁶⁸ BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda. **Teoria da Tributação Ótima sobre o consumo**. Dissertação (Mestrado em Economia), Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 1999.

⁹⁶⁹ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Espanha: Marcial Pons Ediciones, 2002. p. 34.

central en la incidencia de los impuestos sobre un producto o servicio, a su vez, un sistema tributario progresivo recauda proporcionalmente más de los que ganan más y proporcionalmente menos que los que ganan menos.

La selectividad fiscal aún no se ha desenmarañado adecuadamente y es importante una explicación más extensa. Este principio es una herramienta para implementar el precepto de la capacidad contributiva, ya que este es medible a través de la aplicación de esa, una evidente extrafiscalidad de la tributación.⁹⁷⁰ El principio de selectividad se utiliza a menudo en situaciones que implican directrices ambientales intrínsecas, que aumentan la protección del medio ambiente en detrimento de otros factores, con el argumento de que es a través de la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado que se protegen la salud, los ecosistemas esenciales y la vida humana en su conjunto.

En la demanda de alimentos, además del aspecto ecológico, el uso de la selectividad se eleva en la medida en que los productos superfluos deberían recibir una mayor carga tributaria que los considerados más básicos, con miras a la justicia fiscal, porque se supone que quien compra bienes de lujo, llamados superfluos, es porque tiene mayor posibilidad financiera para ello y, concomitantemente, puede pagar más impuestos.

El objetivo principal del principio de selectividad es actuar sobre el comportamiento del consumidor, para garantizar que, a través de la tasa de impuestos que gravan los productos, los consumidores elijan los alimentos más naturales, sostenibles y esenciales para su supervivencia, necesarios para una calidad de vida saludable, así como hacer que la alimentación adecuada sea más accesible para las familias de bajos ingresos. Por el contrario, los impuestos más altos deberían ser impulsados por el consumo de alimentos superfluos perjudiciales para los subsistemas naturales y la salud.

Hay dos ideas clave de cómo formular políticas fiscales públicas en el campo de la alimentación:

[...] el criterio universalista y el focalizado. El criterio universalista en este caso consistiría en garantizar el acceso libre o a muy bajo costo de los alimentos a todo ciudadano. El criterio focalizado en cambio consiste en solamente dirigir el subsidio al decil inferior de la escala de ingreso de la sociedad. Mientras que el criterio universalista garantiza la mejora distributiva a favor de los pobres, no puede evitar

⁹⁷⁰ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 182-183.

el efecto de que parte del subsidio alcance a los deciles superiores, reduciendo notablemente la eficacia de cualquier esfuerzo fiscal necesario para el logro del objetivo. El criterio focalizado por su lado tiene la virtud de proveer un mecanismo mucho más efectivo en cuanto a la posible incidencia en mejorar la distribución del ingreso, pero de un menor costo fiscal, no obstante requerir de una mayor complejidad administrativa y costos de administración asociados. En este último caso, si la implementación no es efectiva, un problema que podría surgir es la posibilidad de que algunos pobres queden fuera del subsidio. En materia de alimentación, existen experiencias internacionales que podrían citarse para garantizar la mejora distributiva a costos razonables ‘como alternativa de sustituir al criterio universalista, que en su más cruda y costosísima modalidad lo constituyen las retenciones— resultando como consecuencia de esta modalidad enormes daños al bienestar general. Las retenciones son un impuesto de bajo costo de administración y reducida posibilidad de evasión sin dudas y ello puede descuidar el hecho de su enorme costo en términos de ingreso perdido por reducciones en la producción agropecuaria, de toda la cadena agroindustrial y de los servicios asociados, con la generación de costos adicionales y muy difundidos de pérdidas por cargas excedentes [...].’⁹⁷¹

Además de aplicar la AED a la tributación de los alimentos a través del Teorema del Estándar de Imposición Óptima, los costos involucrados en los productos alimenticios se examinan económicamente, desde sus impactos en la salud hasta el medio ambiente. En el área de la salud, hay un cambio en el gasto en el sistema de salud a mediano y largo plazo causado por la alimentación de un alimento determinado. En el ámbito ambiental se contabilizan los costes que el Estado debe soportar con los daños ambientales, tanto a medio plazo, como la contaminación local del agua y del aire, como a largo plazo, así como una contaminación más generalizada y el aumento del cambio climático, provocado por la producción, distribución y consumo de los alimentos en cuestión.

Al comparar los costes socioambientales en consideración a los beneficios socioeconómicos, debe utilizarse el criterio de selectividad fiscal para gravar o exonerar dicho producto. Si las pérdidas socioambientales son mayores que los beneficios socioeconómicos, para reembolsar dichos gastos al Estado, éste debe ser cargado proporcionalmente con este producto y desalentar su consumo. Por otro lado, si los beneficios son mayores que los costos relacionados con el producto, la carga fiscal sobre dichos alimentos debe suprimirse para fomentar el consumo de alimentos beneficiosos

⁹⁷¹ PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 318.

para la sociedad y devolver al consumidor, al productor y a otros involucrados, los efectos positivos que este alimento proporciona. Con esta política tributaria se promueve la eficiencia económica y jurídica, así como la equidad tributaria efectiva.

Al igual que en el instituto de selectividad fiscal, en teoría económica, el estudio de la economía del comportamiento se basa, por ejemplo, en el uso de *Nudges*, un elemento teórico que también contribuye a la creación de impuestos dirigidos a la realización de la seguridad y calidad alimentaria. La traducción del término *Nudges* al portugués es compleja, pero puede definirse como un “pequeño empujón suave”, es decir, un pequeño incentivo o ventaja para que los individuos inclinen sus elecciones a un cierto sentido.⁹⁷²

Los *Nudges* son, sobre todo, ventajosos en contextos donde el mercado es insuficiente para tener las mejores opciones para la población. Esto es especialmente cierto en el caso de “decisões cujos benefícios são imediatos, mas com custos diferidos no tempo”.⁹⁷³ “. Esta situación es común en alimentos considerados más saludables y también más sostenibles. Las verduras orgánicas, por ejemplo, tienden a ser más caras en comparación con los pesticidas, incluso aquellos con un costo ambiental y un impacto en la salud mucho menor que estos, que están asociados con el daño ecológico y la salud humana.

En esta línea de razonamiento, en 2019, en Brasil, la Medida Provisional 226 del Estado de Santa Catarina, predijo la tributación de los plaguicidas, una innovación en el país. Tal política tributaria “verde”, con un punto de apoyo en el art. 158 de la Constitución Federal brasileña de 1988, gravaría los pesticidas de manera escalonada por su toxicidad, a través de la incidencia de ICMS. La medida provisional fue aprobada por la legislatura local, sin embargo, sin la parte de toxicidad gradual.⁹⁷⁴

En 2011, en Hungría, el parlamento aprobó un impuesto sobre los productos industrializados con altos niveles de azúcar, sodio y / u otros aditivos, con el

⁹⁷² PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 160.

⁹⁷³ Ibid, p. 161.

⁹⁷⁴ SANTA CATARINA. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (ALESC). **MPV/00226/2019**. Reduz a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações com insumos agropecuários, de acordo com sua classificação toxicológica, e estabelece outras providências. Autoria: Carlos Moisés da Silva. Santa Catarina: Assembleia Legislativa, 2019. Disponible en: <http://www.visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?toKen=777026180502de9d8cea29653c3604c47ed051eede459dcf6e6d99c145bb59cc47a406914274ca646ab49a41ce4cf6ff>. Acceso en: 25 out. 2020.

objetivo de reducir su consumo, porque se consideran perjudiciales para la salud y causan gasto en salud pública. Para los productos de confitería, por ejemplo, el país adoptó un aumento de 0,4 euros por kilogramo.⁹⁷⁵ El cambio produjo efectos positivos y la venta de los productos logrados disminuyó un 26-32% en el primer año. Además, el 40% de los fabricantes cambiaron la composición de los alimentos.⁹⁷⁶

México, en 2013, también adoptó una medida tributaria similar a gravar las bebidas azucaradas y otros alimentos con alto índice calórico a través de la reforma fiscal de la *Ley del Impuesto Especial Sobre Producción Y Servicios*. La medida fue fundamental en el país, ya que cuenta con el mayor consumo de refrescos per cápita del mundo, así como ocupa el primer lugar en casos de diabetes mellitus.⁹⁷⁷

Hubo un aumento del 10% en el precio final de las bebidas con azúcar agregada, especialmente los refrescos. La ley mexicana también incluyó alimentos considerados no esenciales, con una tasa del 8%, con calorías iguales o superiores a 275 kcal por cada 100 g, como galletas, chocolates y otros dulces. Se mostraron resultados favorables con esta política tributaria, con una reducción en diciembre de 2014 en la compra de bebidas azucaradas.⁹⁷⁸

En Chile, en 2014, se creó el “*Impuesto Adicional a las Bebidas Azucaradas*”, con base en la Reforma Tributaria prevista por la Ley n. 20.780, que disminuyó de 13% a 10% las bebidas con menor concentración de azúcar y elevó de 13% a 18% la tasa sobre bebidas con alta concentración de azúcar. Sobre los efectos de dicha política, el consumo de dichos alimentos disminuyó en un 21,6%.⁹⁷⁹

Por lo tanto, la investigación indica que las políticas públicas dirigidas a la tributación de los alimentos de acuerdo con el alto contenido de grasas saturadas, utilizando los ingresos recaudados para subsidiar el consumo de alimentos considerados

⁹⁷⁵ EUROPEAN UNION. Health Equity Pilot Project (HEPP). **The impact of taxes on ‘junk food’ in Hungary.** Case Study, 2017, p. 2. Disponible en: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/social_determinants/docs/hepp_case-studies_02_en.pdf. Acceso en: 10 out. 2020.

⁹⁷⁶ WORD HEALTH ORGANIZATION. **Fiscal policies for diet and prevention of Noncommunicable Diseases.** Geneva, Switzerland: WHO Library Cataloguing-in-Publication, 2015. p. 5-6. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250131/9789241511247eng.pdf;jsessionid=AF8E618DC77AB7C101F5EB0BD43E0733?sequence=1>. Acceso en: 13 out. 2020.

⁹⁷⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Experiencia de México en el Establecimiento de Impuestos a las Bebidas Azucaradas como Estrategia de Salud Pública.** México: OPS, 2015, p. 25 e 51. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18390/978-92-75-31871-3_esp.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acceso en: 10 nov. 2020.

⁹⁷⁸ Ibid, p. 51-63.

⁹⁷⁹ NETO, Celso de Barros Correia. **Tributação das bebidas açucaradas no Brasil: caminhos para sua efetivação.** [S.l.]: Consultoria Legislativa, 2020. p. 14-15.

saludables, pueden ser beneficiosas para la sociedad. Con un papel clave en la aplicación del principio de selectividad fiscal y de los Institutos del AED, se puede instituir un desincentivo al consumo de bebidas azucaradas y otros alimentos ultraprocesados en la lucha contra las enfermedades relacionadas con el alto consumo de estos productos y en la reducción del gasto en salud pública.⁹⁸⁰

El autor Leifert, analizando un artículo de los maestros Richard Posner y Philipson sobre el tema, se basa en:

*Posner (1999) atribui a responsabilidade pelo crescimento da obesidade, a queda nos preços dos alimentos que se beneficiam pela mudança tecnológica, além do aumento do custo de se gastar calorías. Os autores acreditam que o combate a obesidade pode elevar a expectativa de vida da população, o que implicaria em um aumento da população idosa no longo prazo, o que acarretaria um aumento no custo do serviço de saúde pública. Os autores, entretanto, se esquecem de que o objetivo do governo deveria ser promover o bem estar da sociedade e o acesso a direitos básicos como saúde.*⁹⁸¹

Por lo tanto, es esencial analizar los costos siempre involucrados a la luz del predominio del bienestar social y la equidad.

Además, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2015 recomendó un aumento del 20% en los precios de los refrescos y otras bebidas azucaradas, con el objetivo de reducir el consumo y salvar vidas, “*The evidence for meaningful health effects is strongest for taxes on sugar-sweetened beverages, with suggestions that SSB prices would need to be raised by 20%, or more.*”⁹⁸² Por lo tanto, la solución al problema propuesto es reducir el consumo de alimentos considerados perjudiciales para la salud mediante el aumento de la tributación, con el consiguiente aumento del precio final, en busca de la reducción de las enfermedades relacionadas.

Otras cuestiones que también se plantean en relación con la legislación alimentaria están interconectadas con la protección y la precaución del medio ambiente, como la inocuidad de los alimentos de los organismos modificados genéticamente

⁹⁸⁰ LEIFERT, Rodrigo Mantaut. **Análise dos efeitos de um imposto sobre alimentos engordativos no mercado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

⁹⁸¹Ibid, f. 21.

⁹⁸² WORD HEALTH ORGANIZATION. **Fiscal policies for diet and prevention of Noncommunicable Diseases**. Geneva, Switzerland: WHO Library Cataloguing-in-Publication, 2015. p. 24. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250131/9789241511247eng.pdf;jsessionid=AF8E618DC77AB7C101F5EB0BD43E0733?sequence=1>. Acceso en: 13 out. 2020.

(OMG). Como explica el biólogo portugués Estorninho⁹⁸³, el Derecho Europeo tiene la presuposición básica “de que la seguridad alimentaria y la salud pública solo pueden protegerse eficazmente a través de la cooperación científica internacional, en un marco de pluralismo jurídico global”, por lo que se basa “en una lógica preventiva que, a partir de una evaluación científica del riesgo, se traduce en nuevos requisitos de procedimiento y nuevos parámetros de toma de decisiones”.

Sobre el tema, es esencial, en particular, conceptualizar los OMG. Los alimentos genéticamente modificados en este camino son organismos cuya materia genética ha sido alterada por los humanos, es decir, de una manera antinatural. El DNA se modifica artificialmente, un mapa de la construcción celular, a través de la manipulación humana del material genético, un hecho que sucede a la tecnología genética.⁹⁸⁴ La seguridad alimentaria, bajo otra facturación, se refiere al acceso y calidad de los alimentos, que involucra los procesos de producción, distribución, fabricación y consumo final, por lo tanto, es un tema estratégico de salud pública y medio ambiente.

Existe, sobre todo, una gran incertidumbre científica sobre las consecuencias de estos alimentos modificados en la salud del ser humano, así como sus implicaciones en el medio ambiente. En este escenario, el uso de algunos principios utilizados en la legislación alimentaria, especialmente el principio de análisis de riesgos y precaución ha terminado.

La adopción de un examen exhaustivo de la legislación alimentaria para lograr sus fines de seguridad y calidad, como señala González, debe basarse en el análisis previo del riesgo para salvaguardar la seguridad alimentaria. Este análisis se desarrolla en tres fases: “*determinación del riesgo (asesoramiento científico y análisis de datos), gestión del riesgo (reglamentación y control) y proceso de comunicación sobre el riesgo*”. Todo ese proceso “*proporciona una base científica sólida y unos procedimientos eficientes para la toma de decisiones en materia de seguridad en general y seguridad alimentaria en particular*”.⁹⁸⁵

Además, el programa de inocuidad de los alimentos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene como uno de sus objetivos la identificación de los

⁹⁸³ ESTORNINHO, Maria João. **Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 11.

⁹⁸⁴ Ibid, p. 21.

⁹⁸⁵ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 61.

alimentos que deben someterse a evaluaciones de riesgos, que incluye los productos alimenticios modificados genéticamente, cómo guiar y qué evaluaciones son apropiadas.

El principio de cautela advierte el propio González, es intrínseco al mencionado principio, porque:

[...] si tras la determinación del riesgo, se observa la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero existe incertidumbre científica, podrán adoptar-se – bajo control – medidas provisionales y proporcionadas de gestión del riesgo (principio de cautela) para asegurar un nivel elevado de protección de la salud.⁹⁸⁶

Teniendo en cuenta los motivos anteriores, Zambia, por ejemplo, debido a la preocupación por la seguridad alimentaria de los productos de otras naciones, ha prohibido la entrada de OMG en su territorio, incluida la ayuda humanitaria. Portugal, en 2007, Francia e Inglaterra, en 1997, a su vez, fueron blanco de manifestaciones de activistas anti-OGM que destruyeron plantaciones de alimentos transgénicos⁹⁸⁷ porque creen que son perjudiciales para la salud.

Los riesgos que impregnan el uso de transgénicos, según González, son principalmente el desconocimiento sobre sus efectos a largo plazo, tanto para la salud humana como para el medio ambiente, incluso porque no hay suficientes estudios experimentales suficientes sobre las posibles consecuencias de estos transgénicos en la salud. Además, el autor sevillano señala que:

[...] los peligros para la salud pública se deben sobre todo a que la introducción del transgene (gen transgénico) conlleva la producción de proteínas completamente nuevas en el organismo modificado, que nunca han formado parte de nuestra dieta y que pueden resultar tóxicas o alergénicas.⁹⁸⁸

Así como pueden crear “*bacterias y virus parógenos, que pueden originar e desarrollar nuevas enfermedades y la generalización de la resistencia a los*

⁹⁸⁶ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 62.

⁹⁸⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos genéticamente modificados**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 26-27.

⁹⁸⁸ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 268.

*antibióticos. A su vez, el empobrecimiento de la biodiversidad conlleva la eliminación de otras especies asociadas, así como una posible pandemia.*⁹⁸⁹

La biotecnología desarrollada bajo la genética de los alimentos es un tema controvertido dentro de la ley mundial. La fiscalidad, en este sentido, juega un papel importante, ya que, desde el momento en que existe la aprobación legal de que estos alimentos pueden ser producidos y consumidos, y actualmente, a escala global, se debe atener a todo el callejón sin salida de la seguridad alimentaria y los problemas ambientales en la incidencia de los impuestos. Mayor importancia si se utiliza como forma de requisito es obligatorio a través del Teorema de la Norma Óptima Impuesta.

Ante un contexto en el que no existe una respuesta científica inequívoca, buscando reducir los posibles impactos de la siembra y el consumo de estos alimentos, la legislación tributaria se eleva como un potencial “regulador” de tales cuestiones alimentarias y ecológicas. Sin embargo, la solución fiscal no puede ser local, porque el problema es global, dado el fenómeno de la globalización de los bienes.

Los alimentos producidos en Brasil se destinan a Oriente Medio, China, Europa y otros países de Occidente y Oriente. Un chocolate consumido en Venezuela está hecho de aceite de cacao producido en la India, cacao plantado en Angola, azúcar cultivada en Tailandia y producida en Argentina. Los intercambios económicos son globales e inseparables, con numerosas importaciones y exportaciones diarias, y no hay forma de que la ley se restrinja regionalmente de manera fragmentada cuando se encuentra con un callejón sin salida global, como advierte Girela: *“el sistema alimentario internacional actual está incompleto”*.⁹⁹⁰

La gripe aviar, causada por el virus H5N1, ha afectado a varios países, desde Europa hasta Asia. Más recientemente, la COVID-19, que básicamente ha plagado a todo el mundo, ha demostrado que los peligros para la salud deben abordarse y regularse a través de la cooperación científica y jurídica internacional, con una lógica preventiva y una evaluación de los efectos económicos, ambientales y de salud de la población, con miras al examen científico de los posibles riesgos.

Con el fin de implementar las normas legales globales para la inocuidad y calidad de los alimentos, Girela recomienda que se alcance un tratado integral con el

⁹⁸⁹ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 268.

⁹⁹⁰ GIRELA, Miguel Ángel Recuerda. **Tratado de Derecho Alimentario**. España: Thomson Reuters, 2011. p. 206.

establecimiento de un organismo internacional o intergubernamental para controlar la industria alimentaria y establecer estándares generales para todos los países, una acción que sería una tarea de enormes proporciones, por otro lado, enfrentaría la fragmentación legal que es “*una de las principales debilidades del actual sistema alimentario internacional*”.⁹⁹¹

Como ya se ha aclarado, el brote generalizado de la pandemia del nuevo coronavirus en 2020 también planteó el debate sobre la producción de alimentos, específicamente sobre la de gran escala y su relación con la seguridad alimentaria, cuando aumenta la preocupación por la cría industrial de animales. Dado que los impuestos deben fomentar el consumo de alimentos sanos y sostenibles, la actividad económica de la ganadería intensiva y extensiva representa actualmente un grave riesgo ecológico, el punto de que el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) nombra a la carne como “el problema más urgente del mundo” (nuestra traducción).⁹⁹²

En el impacto de la salud pública, la aglomeración de cientos de animales confinados en pequeños lugares constituye una fuente inconmensurable de multiplicación de enfermedades, siendo “*una verdadera fábrica de epidemias animales y humanas*”.⁹⁹³ La investigadora Silvia Ribeiro recopila lo que considera tres causas centrales que han producido la proliferación de las principales epidemias de las últimas décadas, como la gripe aviar, la gripe porcina y el Covid-19: “(1) la cría a escala industrial de animales como cerdos, aves de corral y ganado; (2) monocultivos a gran escala para la producción de piensos y pastos que suman el 75% del área agrícola del planeta; (3) expansión de la urbanización”.⁹⁹⁴

Además, el crecimiento de este tipo de ganadería está requiriendo la deforestación de áreas cada vez más grandes para la expansión de las plantaciones tanto de cultivos como de soja, lo que sirve de base para la producción de alimentos para animales, así como para la apertura de pastos. En la Amazonía brasileña, por ejemplo, la

⁹⁹¹ GIRELA, Miguel Ángel Recuerda. **Tratado de Derecho Alimentario**. Espanha: Thomson Reuters, 2011. p. 206-207.

⁹⁹² “The most urgent problem to me was the use of animals as a food production technology”. UN Environment Programme. **Tackling the world’s most urgent problem: meat**. [S.l.]: UNEP, 2018. Disponible en: www.unenvironment.org/news-and-stories/story/tackling-worlds-most-urgent-problem-meat. Acceso en: 15 out. 2020.

⁹⁹³ RIBEIRO, Silva. Gestando la próxima pandemia. *In*: LA jornada, [s.l.], abr. 2020. Disponible en: www.jornada.com.mx/2020/04/25/opinion/023a1eco. Acceso en: 15 out. 2020.

⁹⁹⁴ RIBEIRO, Silvia. Crise do Coronavírus alerta para necessidade de repensar produção alimentar. *In*: BRASIL de fato. São Paulo, abr. 2020. Disponible en: www.brasildefato.com.br/2020/04/01/artigo-os-latifundiarios-da-pandemia-por-silvia-ribeiro. Acceso en: 20 out. 2020.

expansión de esta actividad es el principal impulsor de la deforestación⁹⁹⁵, que se estima, en 2018, que la expansión de los pastizales fue responsable del 81% de la deforestación del bioma amazónico brasileño.⁹⁹⁶

En cuanto al impacto en el clima global, la ganadería es responsable de la emisión del 6 al 32% de los gases de efecto invernadero (GEE), según datos de la Fundación Alemana Heinrich Böll⁹⁹⁷, la FAO (Food and Agriculture Organization), por su parte, atribuye un 14,5% a esta actividad⁹⁹⁸, hecho que la constituye como una de las causas centrales de la intensificación del cambio climático en el mundo.

González advierte que la creciente producción agrícola, con el uso masivo de plaguicidas, y la tendencia de consumo de alimentos cada vez más procesados, surgen nuevos riesgos para la seguridad alimentaria y la salud colectiva, lo que implica una nueva visión técnica y normativa. Para resolver este callejón sin salida, es esencial utilizar los principios de precaución y prevención en el sistema alimentario legal.⁹⁹⁹

En relación con la eficiencia económica, la dieta carnívora es ineficiente en vista de su impacto ecológico y en la salud, comparándola con una dieta basada en vegetales. Bajo otro punto de inflexión, la eficiencia energética, los alimentos de origen animal tienen una eficiencia muy baja en contraste con las verduras, por ejemplo, la soja tiene una tasa de eficiencia (relación entre las calorías producidas y las calorías utilizadas) de 415, mientras que la carne de res tiene solo 6.4.¹⁰⁰⁰

Sobre el tema, en Suiza, la iniciativa denominada *No factory farming in Switzerland* (Sem Criação de Animais em Escala Industrial na Suíça) tiene como objetivo modificar el artículo 80 de la Constitución Federal prohibiendo la ganadería intensiva en

⁹⁹⁵ MACEDO, Marcia N.; DEFRIES, Ruth S.; MORTON, Douglas C.; STICKLER, Claudia M.; GALFORD, Gillian L.; SHIMABUKURO, Yosio E. Decoupling of deforestation and soy production in the southern Amazon during the late 2000s. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Arizona, v. 109, n. 4, p. 1341-1346, jan. 2012. Disponible en: www.pnas.org/content/pnas/109/4/1341.full.pdf. Acceso en: 20 mai. 2020.

⁹⁹⁶ TRASE INSIGHTS. **Deforestation risk highly concentrated in Matopiba region**. [S.l.]: Trase Insights, 2020. Disponible en: <https://insights.trase.earth/yearbook/contexts/brazil-soy>. Acceso en: 14 ago. 2020.

⁹⁹⁷ HEINRICH BÖLL FOUNDATION. **Atlas da carne: fatos e números sobre os animais que comemos**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll, 2015. p. 44. Disponible en: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/1123_atlasdacarne.pdf. Acceso en: 30 de nov. 2020.

⁹⁹⁸ FAO (Food and Agriculture Organization). **Enfrentando el cambio climático a través de la ganadería: una evaluación global de las emisiones y oportunidades de mitigación**. Roma: FAO, 2013. p. 17. Disponible en: www.fao.org/3/a-i3437s.pdf. Acceso en: 22 jun. 2020.

⁹⁹⁹ GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011. p. 141.

¹⁰⁰⁰ ESHEL G.; MARTIN, P. A. Diet, energy, and global warming. **Earth Interactions**, [s.l.], v. 10, n. 9, p. 1-17, mai. 2006.

el país. Después de que una iniciativa popular reúna más de 100.000 firmas, la población del país votará a favor o en contra de la prohibición de la cría de animales a escala industrial. La base central de los parlamentarios, defensores de este proyecto de ley, es que la ganadería a escala industrial está directamente relacionada con la intensificación del cambio climático, la escasez de agua y los problemas de hambre.¹⁰⁰¹

Con esta misma línea de razonamiento, a partir de la subida de impuestos, los legisladores alemanes estudian aumentar un incidente fiscal en la carne como política climática con un punto de apoyo en la gran emisión del sector ganadero de gases de efecto invernadero, hecho que intensifica directamente el cambio climático.¹⁰⁰²

La investigadora Oliveira Junior, en este sentido, defiende el uso del derecho tributario, especialmente el principio de selectividad, como herramienta para incentivar productos considerados positivos para la seguridad y calidad alimentaria y, desde otra perspectiva, desalentar el consumo de alimentos negativos a la sociedad bajo el sesgo ambiental, sanitario y socioeconómico. Como él aclara:

*Não é admissível a redução de carga tributária para produtos que afetam à saúde, como cigarros e bebidas alcoólicas, mesmo sob a alegativa de que haverá um crescimento da arrecadação, devido aos comprovados malefícios causados por estes produtos à saúde humana, que implicam em altas despesas com o tratamento das doenças causadas pelo seu consumo.*¹⁰⁰³

Al discutir impuestos específicos, como los impuestos a los alimentos, el economista argentino Piffano aclara aún más:

[...] en principio y teniendo en cuenta las aclaraciones formuladas en cuanto a las reglas de tributación óptima, son distorsivos, salvo que graven consumos a los que deliberadamente se trata de desalentar por razones meritorias (bienes malos, como cigarrillos y bebidas alcohólicas) o por considerar que generan externalidades negativas de algún tipo (green taxes o impuestos verdes). Asimismo, si el

¹⁰⁰¹ SWISS to vote on banning factory farming. **Swissinfo**, [s.l.], 17. set. 2019. Disponible en: www.swissinfo.ch/eng/animal-rights_swiss-to-vote-on-banning-factory-farming/45233958. Acceso en: 20 out. 2020.

¹⁰⁰² MARTUS, T; EMMRICH, J; POLZIN, J. Soll Fleisch teurer werden? Darum geht es in der Debatte. **Berliner Morgenpost**, [s.l.], 2019. Disponible en: www.morgenpost.de/politik/article226705443/Fleischsteuer-Warum-Politiker-Fleisch-teurer-machen-wollen.html. Acceso en: 20 out. 2020.

¹⁰⁰³ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. f. 58.

*subconjunto de bienes gravados por estos impuestos se asumen homogéneamente con elasticidades-precio relativamente bajas respecto del resto de bienes considerados asimismo como sustitutos de los primeros, la regla de Ramsey avalaría este trato diferencial.*¹⁰⁰⁴

Al aplicarse correctamente a alimentos considerados “negativos” para la salud humana, los impuestos alimentarios no pueden considerarse, por lo tanto, distorsionados debido a este propósito socialmente profiláctico. Por el contrario, aliada al AED fiscal, el perfeccionamiento de un tribunal tributario no hace sino la ética fiscal consagrada.

En vista de todo lo anterior, el Teorema de la Norma Tributaria Óptima como representación lógica del análisis económico del derecho tributario surge como una herramienta para, a través de los costos de transacción, sopesar la libre circulación de mercancías en detrimento de la incertidumbre científica, la salud pública y la seguridad alimentaria y ecológica, a través de principios jurídicos, como los institutos de precaución y proporcionalidad. Como explica Estorninho, “la elección debe hacerse entre diversas medidas como la prohibición, la autorización condicional, la imposición de otras obligaciones, ya sea el etiquetado o el seguimiento posterior a la comercialización”¹⁰⁰⁵, lo que plantea la necesidad de, en caso de aprobación de consumibles, una revisión periódica del uso de estos alimentos.

Así, se entiende que, junto con los principios de capacidad contributiva, selectividad tributaria y regresividad, se deben aplicar los institutos económicos del AED para determinar el valor de los impuestos que gravan los alimentos, de manera que el precio de dichos productos considere la capacidad económica de los contribuyentes y estimule el consumo de alimentos beneficiosos para la salud colectiva, al medio ambiente y a la economía, que tanto desea la justicia fiscal.

4.4.5. Compliance Tributário

Maria Ángeles Guervós Mañllo, en su composición *Introducción al “Compliance” tributário*, constante en la obra *Practicum Compliance Tributário*, contribuye con excelencia a la comprensión de la Complicidad Tributaria, especialmente

¹⁰⁰⁴ PIFFANO, Horacio L. P. *Análisis Económico del Derecho Tributario*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012. p. 1058.

¹⁰⁰⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 82.

en lo que respecta a una perspectiva actualizada y ética sobre el tema. Como predice la autora:

[...] el cumplimiento cooperativo en materia tributaria es una relación entre la empresa y la Administración tributaria, basada en la transparencia, la confianza mutua y las actuaciones preventivas y de asistencia y colaboración. Tiene, como presupuesto básico, el que la empresa mantenga unas buenas prácticas tributarias.¹⁰⁰⁶

Discutir el *compliance* tributario es esencialmente discutir la ética y las buenas prácticas. Por lo tanto, no se puede hablar de *compliance* fiscal sin hablar de respeto a la moral y justicia fiscal efectiva. Desde esta perspectiva, Maíllo afirma:

Hablar de cumplimiento tributario supone hablar de cumplimiento ético-normativo y, unido a ello es necesario hablar de las cuantiosas maniobras que a menudo son utilizadas por personas físicas y jurídicas con la finalidad de evitar el pago de los tributos correspondientes. Es fácil encontrarse con actitudes como falsear ingresos, simular negocios jurídicos, emitir facturas falsas, la obtención de bonificaciones y exenciones indebidas, la corrupción o la tan conocida planificación fiscal agresiva. Todas estas actitudes y actividades constituyen la comisión de un acto ilícito con la finalidad de enriquecerse incumpliendo las obligaciones tributarias y provocando el impago a la Administración tributaria, cuyas arcas se verán mermadas en perjuicio de todos los contribuyentes. La generalización de estas situaciones complica el control de las mismas en el mundo globalizado actual, ya que las empresas no solo actúan internamente y a nivel nacional, sino también mediante relaciones matriz-filial, operando en el mercado intra y extracomunitario.¹⁰⁰⁷

El Compliance Tributario no es más que un cumplimiento ético y legal de las normas fiscales.

Por lo tanto, el Compliance es un fenómeno que ha adquirido gran notoriedad tanto en el discurso jurídico como en el universo corporativo. En traducción literal, el término significa “cumplimiento” o “conformidad”, que, en relación con la ley, propone el cumplimiento de los diplomas legales. Sin embargo, la pregunta que cuelga es sobre cuál sería la novedad de este instituto ya que, desde siempre, todas las personas

¹⁰⁰⁶ MAÍLLO, María Ángeles. Introducción al “Compliance” tributario. *In*: LORENZO, Margarita Santana; NOVOA, César García. (dir.) **Practicum compliance tributario**. Pamplona: Thomson Reuters, 2020. p. 47.

¹⁰⁰⁷ *Ibid*, p. 47.

físicas y jurídicas ya están obligadas a actuar en cumplimiento de la legislación, éticamente hablando.

A su entender, se lanza el concepto formulado por Paulo de Barros Carvalho: “la palabra se reserva para describir los conjuntos de prácticas, implementadas dentro de una empresa, para monitorear mejor el buen cumplimiento de la legislación y controlar la legalidad de las relaciones jurídicas con terceros”.¹⁰⁰⁸ En opinión de González:

*[...] el Compliance es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.*¹⁰⁰⁹

Se denota, por tanto, que el término tiene un significado mucho más allá del mero cumplimiento de las leyes, pasando por cuestiones como la postura negociadora de la empresa, el cumplimiento de las expectativas de la sociedad ante la corporación, una optimización en el cumplimiento de la legislación, así como una transparencia de las actividades económicas.

En un mundo globalizado, la preservación de la imagen de la empresa hacia la sociedad es esencial, ya que afecta directamente a la visión de los individuos sobre esto, un factor intrínseco en el consumo de los bienes, servicios y/o acciones de la empresa. Así, “una postura en desacuerdo con la ley, o, principalmente, en desacuerdo con las expectativas morales, puede causar un perjuicio directo a la entidad, especialmente en la evaluación de su marca, en su desempeño en las bolsas y en el mantenimiento y viabilidad de su negocio”.¹⁰¹⁰

En muchos casos, el compliance:

[...] y a tenor de la evolución del marco legal a nivel mundial y la clara tendencia en este sentido, ha dejado de ser una opción voluntaria para muchas organizaciones y ha pasado a ser un requisito a integrar dentro de su estrategia y estructuras internas a fin de dar cumplimiento a los preceptos legales o bien poder protegerse ante

¹⁰⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) BRITTO, Lucas Galvão; DIAS, Karem Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 9.

¹⁰⁰⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, María Paz. **Manual de compliance tributario**. [S.l.: s.n.], 2019. p. 147. E-book.

¹⁰¹⁰ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Compliance e informação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31.

*situaciones de riesgo que pondrían en serios problemas la estabilidad y continuidad de la actividad de la organización.*¹⁰¹¹

La queja, por ejemplo, de que un gerente de negocios hizo declaraciones prejuiciosas de contenido racista es probable que afecte a los negocios corporativos. Otro posible ejemplo de visión es la acusación de que la empresa utiliza mano de obra análoga a la esclavitud para disfrutar de materias primas baratas. Ambas situaciones podrían plagar las actividades económicas de una empresa, aunque fueran acordes con la legislación vigente en el país, demostrando que el compliance transgrede deontológicamente el universo jurídico, pasando también por los preceptos morales de cada sociedad.

El compliance es, por tanto, un conjunto estructural de políticas, normas y procedimientos destinados a garantizar el cumplimiento de las leyes, normas internas y administrativas y normas ético-morales, con el fin de preservar a las empresas de cualquier desgaste que perjudique su negocio.

En Brasil, la implementación de la estructura de cumplimiento ha ganado nuevos contornos en el orden positivo de la Ley Anticorrupción (Ley n. 12.846/2013), que tiene como objetivo responsabilizar a las personas jurídicas por actos ilegales contra la Administración Pública, especialmente actos de corrupción.

La experiencia española en compliance es reportada por González:

*La Norma UNE 19601 sobre Sistemas de Gestión de Compliance Penal. Requisitos con orientación para su uso es una norma desarrollada por AENOR que se publicó el 18 de mayo de 2017. Es la norma de referencia en el diseño e implementación de Sistemas de Compliance Penal en España. Establece los requisitos y facilita las directrices para adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente políticas de Compliance penal y el resto de los elementos de un sistema de gestión de Compliance penal en las organizaciones. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, vigente desde el 1 de julio de 2015, se establece la posibilidad de que a las organizaciones les sea aplicada una eximente que les permita liberarse de la responsabilidad penal cuando establezcan y tengan implementado un modelo o sistema de prevención, que contenga medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir de forma significativa la comisión de delitos de la misma naturaleza.*¹⁰¹²

¹⁰¹¹ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Compliance e informação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 165.

¹⁰¹² LÓPEZ GONZÁLEZ, María Paz. **Manual de compliance tributario**. [S.l.: s.n.], 2019. p. 483-493. E-book.

En relación con los orígenes históricos de tal instituto, el cumplimiento comenzó principalmente en los años 70 del siglo pasado:

[...] a raíz de numerosos escándalos financieros y de corrupción, los Estados y las Organizaciones Supranacionales comienzan a tomar conciencia de la dificultad de afrontar los riesgos que emanan de la globalización de los mercados. Dado el auge en la época de las multinacionales, dicha dificultad de afrontar los riesgos derivados de la globalización, se hacía todavía más evidente en los delitos derivados de la actividad empresarial. En 1977, Estados Unidos aprueba la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, conocida por sus siglas en inglés FCPA. Su objetivo principal es prohibir que las empresas y los funcionarios puedan influir en funcionarios extranjeros a través de pagos o recompensas. A partir de la FCPA, ha sido ingente la legislación aprobada que ha ido desplazando desde el Estado hacia las empresas, el deber de detectar, analizar y combatir los focos de riesgo. Paralelamente, al mostrarse en estos últimos cuarenta años los Sistemas de Gestión de Compliance como las grandes herramientas para gestionar dichos riesgos, hemos vivido una estandarización y universalización de los mismos que culmina con la publicación de las normas ISO sobre Compliance.¹⁰¹³

Según la Ley Tributaria, el cumplimiento va en aumento en varios ordenamientos jurídicos nacionales. El llamado cumplimiento tributario, según explican Dias y Silveira¹⁰¹⁴, busca “imprimir maior cooperação na relação entre fisco e contribuinte”, bem como “estimular o contribuinte para cumprir as normas tributárias ou como sancioná-lo adequadamente em caso de não cumprimento”.

Maíllo es consciente de que el cumplimiento tributario conlleva varias ventajas, tanto para emprendedores, como para empleados y socios, “*que previene y mitiga la responsabilidade tributaria de la Empresa, y por tanto de la costosa reparación del daño y el no menos costoso procedimiento sancionatorio, generador de la pérdida de activos, detonante de la insolvencia empresarial*”.¹⁰¹⁵

La autora afirma, ainda, que compliance tributario “*mitiga la planificación fiscal agresiva, mediante la cual se pretende una mayor eficacia económica, una mejora*

¹⁰¹³ LÓPEZ GONZÁLEZ, María Paz. **Manual de compliance tributario**. [S.l.: s.n.], 2019. p. 177-185. E-book.

¹⁰¹⁴ DIAS, Karem Jureidini; SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. O compliance e o exercício da fiscalização tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) BRITTO, Lucas Galvão; DIAS, Karem Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 172-173.

¹⁰¹⁵ MAÍLLO, María Ángeles. Introducción al “Compliance” tributario. In: LORENZO, Margarita Santana; NOVOA, César García. (dir.) **Practicum compliance tributário**. Pamplona: Thomson Reuters, 2020. p. 49.

*de beneficios y ganar ventajas competitivas, pero a costa de evitar algunas imposiciones legales obligatorias y beneficiarse de dobles deducciones fiscales”.*¹⁰¹⁶

Sobre la aplicación del compliance tributario a nivel internacional, María González resume:

*El Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) puso en marcha en el año 2002 el Foro de Administración Tributaria con el objetivo de que los administradores fiscales pudieran identificar, debatir e influir en las tendencias globales relevantes en el sector y desarrollar ideas nuevas para mejorar la administración fiscal en todo el mundo. Así, un importante hito se produce en las conclusiones de la cuarta reunión de este Foro, en Ciudad del Cabo en 2008, denominado Comunicado del Cabo: -Los intermediarios fiscales tienen un papel importante para ayudar al contribuyente. -Las Administraciones reaccionan de diferentes maneras; algunas estableciendo un registro y control de intermediarios fiscales o divulgando esquemas fiscales agresivos y advirtiéndolo de su utilización. -Aunque el intermediario fiscal pueda ofrecer estos esquemas agresivos, es el contribuyente el que establece y decide la estrategia y el grado de riesgo fiscal, lo que es más importante en los grandes contribuyentes. -La gestión de riesgos es un instrumento esencial de las administraciones tributarias para una aplicación óptima de los recursos y poder reaccionar a los cambios. -Para una buena gestión de riesgos es esencial disponer de información actualizada, pertinente y fiable, siendo la mejor fuente el propio contribuyente. Si fuera posible podría obtenerse a través de una relación administración-contribuyente basada en la rápida comunicación y la transparencia. -Las características de dicha relación deben ser las siguientes: comprensión fundada en el conocimiento del entorno de la empresa, imparcialidad, proporcionalidad, transparencia y agilidad. A esta relación se le denominó relación cooperativa.*¹⁰¹⁷

Los programas y mecanismos de *compliance* también están interrelacionados con la sanción del derecho tributario, rama integrada del derecho público, ya que “favorecen la incorporación de normas legales vigentes en la actividad empresarial en el país”, lo que permite que, en palabras de Ivó Coca Vila, “*capte el*

¹⁰¹⁶ MAÍLLO, María Ángeles. Introducción al “Compliance” tributario. In: LORENZO, Margarita Santana; NOVOA, César García. (dir.) **Practicum compliance tributario**. Pamplona: Thomson Reuters, 2020. p. 49.

¹⁰¹⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, María Paz. **Manual de compliance tributario**. [S.l.: s.n.], 2019. p. 438-449. E-book.

mensaje público''¹⁰¹⁸ y, en consecuencia, impida la práctica de ilegalidades e incumplimientos tributarios.¹⁰¹⁹

En este segmento:

*[...] os programas de tax compliance, além de ensinarem a identificação e análise prévias de riscos jurídicos sensíveis e reais, relacionados às práticas internas externas das próprias empresas, com vistas a mitigar erros, permitem a individualização das funções e respectivos deveres de cada integrante das estruturas empresariais. Com efeito, estas funções e deveres devem constar precisamente em regimentos e demais normativos internos, aprovados e divulgados ex ante, de modo que fique clara a adesão de seus destinatários às responsabilidades juridicamente assumidas.*¹⁰²⁰

Esto se basa en una cadena de buenas prácticas comerciales que genera numerosos beneficios tanto para el derecho tributario como para la población en general.

A la vista de los estudios de Martín, a la hora de abordar el compliance penal, su lección puede ser perfectamente asignada al compliance tributario relacionado con la sanción del derecho tributario:

*La empresa debe concentrar su prevención en aquellos riesgos que son previsibles. No tiene sentido que establezca medidas en relación con conductas delictivas cuya aparición resulta improbable. (...) La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa. Obligar a la empresa a que prevenga todo tipo de riesgos es además altamente ineficiente, pues le compele a gastar recursos en riesgos que tengan una baja incidencia. Es mejor un sistema que haga que las empresas concentren sus esfuerzos en los riesgos relevantes.*¹⁰²¹

Los programas de compliance tributario, cuando se implementan de manera efectiva, antes de la investigación de prácticas de infracción tributaria, pueden representar el debido control sobre quienes trabajan en la corporación o en su nombre. Maíllo alega que, para ello, es necesario contar con un responsable de buenas prácticas,

¹⁰¹⁸ COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVIA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 70.

¹⁰¹⁹ DANTAS, Numeriano Dubourcq. **Direito Tributário Sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018. p. 349.

¹⁰²⁰ Ibid, p. 350.

¹⁰²¹ NIERTO MARTÍN, Adán. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 45.

para garantizar la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones tributarias. Según el autor, es una figura esencial en el compliance tributario.¹⁰²²

Las prácticas de cumplimiento pueden constituir, en este camino, mecanismos de *good corporate governance* y de *good corporate citizenship*¹⁰²³, porque “*la relación entre vigilancia y compliance se manifiesta ya desde el origen de la propia cultura de cumplimiento normativo.*”¹⁰²⁴ Así, cuando la propia empresa comprueba también si está cumpliendo fielmente con todas las normas tributarias, esta cuestión ahorra trabajo por parte del Estado, que en su día fue el único que la grava, lo que contribuye al fundamento de la empresa, cuestiones que ilustran la importancia del cumplimiento tributario.

Con el fin de sistematizar los requisitos mínimos para la implementación del cumplimiento tributario, los armenios Lopes Correia y Gabriel Faria Bernardes destacan la necesidad de integración de diversos sectores y áreas de conocimiento para cumplir con los requisitos de una buena gestión tributaria: “para el logro de estos objetivos, es necesario que el equipo de cumplimiento se desempeñe en sinergia con las siguientes áreas: i) jurídico; ii) auditoría interna; iii) gestión de riesgos; iv) recursos humanos; y iv) la comunicación”.¹⁰²⁵

La corriente doctrinal del análisis económico de la derecha, a su vez, inserta un requisito adicional en esta lista, como es la optimización de la eficiencia económica. Posner encuentra posible utilizar bases económicas para fines no de mercado, señalando que no hay exclusividad en el uso de estos postulados racionales en el análisis de mercado, sino también en la aplicación en todos los campos de la vida humana, especialmente la atención al sistema judicial y en la aplicación de las leyes.¹⁰²⁶

Así, es plenamente posible basar las bases metodológicas del Análisis Económico del Derecho con el conjunto de disciplinas de Compliance. La unión de estas teorías puede ser extremadamente positiva en el ámbito tributario, como la lucha contra

¹⁰²² MAÍLLO, María Ángeles. Introducción al “Compliance” tributario. In: LORENZO, Margarita Santana; NOVOA, César García. (dir.) **Practicum compliance tributario**. Pamplona: Thomson Reuters, 2020. p. 59.

¹⁰²³ DANTAS, op. cit., p. 351.

¹⁰²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 100.

¹⁰²⁵ BERNARDES, Gabriel Faria; CORREIA, Armênio Lopes. Considerações sobre as práticas de compliance tributário no contexto brasileiro. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2017.

¹⁰²⁶ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 7.

la corrupción, la protección del mercado sano, la mejora del desarrollo social¹⁰²⁷, la asignación de impuestos y la lucha contra los impagos fiscales.

Además, uno de los desafíos contemporáneos de la política fiscal actual es la reducción de la evasión fiscal y la promoción de estructuras de cumplimiento. En este sentido, Aline Vitalis evalúa que: “Sem questionar a influência que a ética e as normas sociais exercem na motivação comportamental do contribuinte, também a análise econômica tem sido relevante para a elaboração de políticas fiscais mais eficazes de estímulo à compliance fiscal”.¹⁰²⁸

La teoría económica y jurídica de la AED ayuda a comprender el funcionamiento del mercado y la naturaleza de la competencia. En vista de la preocupación de la ley por la intervención estatal en el ámbito económico, así como en la preservación de la libre competencia, es imperativo conciliar los supuestos de racionalidad económica y el uso del razonamiento de equilibrio y la maximización de los beneficios en la interpretación y el propósito de las normas y políticas tributarias.¹⁰²⁹

El compliance proporciona mecanismos esenciales para las empresas capaces de identificar un acto ilícito, interrumpir su ocurrencia, suavizar y corregir sus efectos y sancionar a los agentes infractores. Además de la AED, estas estructuras epistemológicas podrían ayudar en la administración y aplicación de los recursos públicos, en la formación de mecanismos para la prevención eficiente de los impuestos y la corrección de posibles irregularidades en el ámbito jurídico y moral.

La brecha en la forma de consagrar el cumplimiento tributario simultáneamente con el Análisis Económico del Derecho Tributario es creciente. Para responder a la pregunta, Vitalis explica:

O instrumento básico e o mais tradicional para reforçar e assegurar o comportamento de compliance, no âmbito tributário, é a frequente realização de auditorias e procedimentos de fiscalização pela administração fiscal. Tal atuação funda-se na concepção teórica de que o comportamento dos contribuintes é decidido prioritariamente

¹⁰²⁷ TORRES, Rafael Lima. **Compliance e a Lei nº 12.846/2013 a luz da Análise Econômica do Direito.** Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e cidadania) – Programa De Pós-Graduação, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Unicuritiba, 2016. p. 8.

¹⁰²⁸ VITALIS, Aline. Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1-22, 2019. p. 4.

¹⁰²⁹ TORRES, Rafael Lima. **Compliance e a Lei nº 12.846/2013 a luz da Análise Econômica do Direito.** Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e cidadania) – Programa De Pós-Graduação, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Unicuritiba, 2016. p. 151.

*pelo critério racional, a partir da análise econômica que envolve o cálculo do risco e do custo-benefício.*¹⁰³⁰

En la práctica, en resumen, el contribuyente examinaría matemáticamente el riesgo de ser supervisado, considerando la ocurrencia de una auditoría hipotética, y el costo-beneficio de ese riesgo:

*Se a possibilidade de fiscalização for insignificante e se o benefício auferido (não pagamento dos tributos) for de relevante monta, a tendência seria a opção pelo comportamento lesivo aos cofres públicos (noncompliance). Portanto, segundo tal perspectiva, deveria o contribuinte sentir-se constantemente ameaçado pela frequente realização de procedimentos fiscalizatórios, o que o faria crer na concreta possibilidade de ser sancionado pelo comportamento de evasão ou sonegação fiscal, estimulando-o a optar pelo comportamento de compliance.*¹⁰³¹

Por lo tanto, se verificó que el contexto actual de jus-tax es propicio para la integración de concepciones innovadoras de cumplimiento tributario y el análisis económico del derecho tributario. Institutos que se pueden aplicar en concomitancia y que tienen mucho que mejorar el sistema tributario nacional, tanto en la creación de leyes y políticas tributarias, como en la defensa de la implementación de una Justicia Fiscal como consagran la consagración de la ética tributaria.

4.4.6. Arbitraje Tributário

Frente a una sociedad en constante transformación frente a la globalización y las nuevas tecnologías obligatorias de la vida cotidiana, el derecho, siendo una ciencia inserta en esta sociedad, no puede permanecer inerte, innovando siempre éticamente para seguir las relaciones interhumanas que regula, y debe crear una ingeniería jurídica capaz de hacer frente a las nuevas formas de negocio, satisfacer las necesidades del mercado y, también cooperar con el desarrollo económico y social, así como con la mejora de la Justicia.¹⁰³²

¹⁰³⁰ VITALIS, Aline. Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1-22, 2019, p. 10.

¹⁰³¹ Ibid, p. 11.

¹⁰³² WALD, Arnaldo. A arbitragem e a Administração Pública: evolução: aspectos legislativo, jurisprudencial e práticos. *Revista Comercialista: Direito Comercial e Econômico*, v. 7, n. 17, p. 16-25, 2017.

Sobre el tema de la sociedad y el derecho en red como regulador de las nuevas tecnologías jurídicas, el investigador Escobar exuda que:

[...] o vocábulo ‘Nettsamfunn’ cunhado em 1981 pelo norueguês Stein Braten quando da publicação de seu livro intitulado ‘Modeller av menneske og samfunn: bro mellom teori og erfaring fra sosiologi og sosialpsykologi’ foi trabalhado por Jan Van Dijk na década seguinte, culminando em 1991 na expressão ‘De Netwerkmaatschappij’, ou na versão em inglês, como comumente é mencionada, ‘Network Society’, cuja tradução literal remete a ‘sociedade em rede’. Pode-se conceituar ‘sociedade em rede’ como a estrutura social resultante a partir da interação entre um novo paradigma tecnológico e a organização social.¹⁰³³

En esta comparación mundial de relaciones netas, surge el arbitraje tributario, un método alternativo de heterocomposición judicial de controversias, dilucidando aquí la aplicación de este en el ámbito tributario. Tiene mecanismos propios en comparación con el proceso judicial, que ha estado cada vez más presente en la resolución de varios poderes jurídicos en numerosos países y realiza una relectura de la concepción del interés público.

El arbitraje tributario, por tanto, nace como una herramienta que asegura la efectividad de la aplicación de la ley, a través de la rápida entrega de la disposición judicial. De esta manera, tratar con el arbitraje tributario también se trata del acceso a la justicia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental previsto en el artículo 5, inglés XXXV de la Carta Magna brasileña. De acuerdo con este principio constitucional, todos los brasileños, sin distinción, tienen derecho a acceder al Poder Judicial y a la Justicia.

Sucede que, en la práctica, esto no se hace, dada la gran cantidad de casos que se están tramitando en el poder judicial, así como las dificultades de los sujetos para llevar al poder judicial, especialmente cuando se lleva a cabo un recorte de clases, ya que el acceso a la justicia requiere no solo la inversión de tiempo, sino de dinero.

En este sentido, el acceso a la justicia puede llegar a ser muy costoso, lo que aleja a las personas que son hiposuficientes para ocupar este espacio, en consecuencia, haciéndolos cada vez más alejados de la justicia, lo que resulta en el énfasis de la desigualdad social.

¹⁰³³ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 186-197. E-book.

Así, aunque formalmente, a través del texto de la ley, la igualdad y (acceso a) la justicia es una realidad, en el mundo material, esto no se materializa. Así, la implementación del arbitraje tributario es un mecanismo para la efectividad de la justicia, ya que amplía la posibilidad de acceso a la justicia para más sujetos.

Como precepto Manuel Ocampo Ponce, en su contribución *Una recuperación del pensamiento clásico y cristiano desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino*, na obra *Ética y Moral Tributaria*:

La ética o Filosofía Moral puede aplicarse a cualquier ámbito de la vida humana, descubriendo las normas que garantizan una relación adecuada de los actos humanos con el fin, que consiste en la realización plena de todos y cada uno de los hombres que conforman un grupo social. Es así como podemos encontrar una ética política, una ética de la comunicación, una ética de la vida o, en este caso concreto, una ética tributaria que descubre la ordenación de las relaciones entre el bien público y el bien privado dentro de una sociedad o Estado, ofreciendo los principios para la regulación de la actividad tributaria. [...] Considero que hoy, como en otras épocas, es necesario demostrar con principios sólidos los fundamentos de una normatividad que garantice una moral tributaria justa y en conformidad con el bien común.¹⁰³⁴

Así, un sistema jurídico que se actualiza a las nuevas formas de acceso al derecho, especialmente en lo que se refiere a su expansión, es un sistema que se ocupa de una acción basada en la ética, a través de la garantía de la preservación de la democracia, en la eficacia de la justicia y, en consecuencia, del bienestar de los ciudadanos-contribuyentes y la lucha contra las desigualdades.

El trabajo de *Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*, de Tathiane Piscitelli, Andréa Mascitto y Priscila Faricelli de Mendonça se elimina del trabajo:

O modelo de processo arbitral descortina uma nova realidade [...] no formato em que se resolvem determinadas disputas” e rompe o paradigma de assuntos considerados outrora “inarbitráveis”, tendo como principal premissa para o exercício da jurisdição a preexistência de uma vontade geral, abstrata e impessoal.¹⁰³⁵

¹⁰³⁴ PONCE, Manuel Ocampo. *Ética moral y tributaria: una recuperación del pensamiento clásico y cristiano desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino*. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

¹⁰³⁵ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 149.

Particularmente en lo que respecta a la aplicabilidad del arbitraje en el ámbito jurídico de los impuestos, es relativamente natural cierta resistencia inicial a la idea, incluso considerando que la propia Administración Pública es el mayor litigante en los tribunales tributarios nacionales, cargando a los tribunales con demandas en las que el tiempo dedicado a su solución es extremadamente limitado, pero la complejidad para una solución justa puede ser amplia. Así, sólo con transformaciones del paradigma jurídico tradicional, a la luz de las enseñanzas de las nuevas tecnologías jurídicas, será posible proporcionar sustrato científico, teórico y práctico para los cambios necesarios en el derecho tributario.¹⁰³⁶

Ya en 1898, el italiano Pedro Cogliolo predijo problemas sobre la resistencia legal a los cambios impredecibles de la sociedad:

Desgraçada da sociedade que não crê poder sair depressa de um mal presente e entrar logo em um futuro; sí a evolução seguisse um curso fatal e invariável, sobre o qual o engenho humano não podesse agir, conviria adormecer no ocio e esperar tranquilamente a realização dos fatos. A historia nos ensina que as grandes reformas jurídicas, como os códigos ou algumas leis fundamentais, foram justamente preparados por uma legião de juristas, que discutiram com largueza de vistas, isto é praticando a verdadeira filosofia; e quando durante certo tempo estes faltam e reina o reboiço dos pedantes comentadores da pratica imediata, é certo que essa sociedade ainda está muito longe dos benéficos rejuvenescimentos ou de reformas rigorosas.¹⁰³⁷

Al examinar la interconexión sistémica entre la implementación de nuevas tecnologías legales, especialmente el arbitraje, y el derecho tributario, Jonathan Barros Vita enumera:

O futuro desta ciência tem como fundamento o fato de que é a partir das analogias e da compreensão de padrões de comportamento/simetrias entre ciências e/ou ramos didaticamente autônomos do direito distintos é que uma ciência mais universal pode ser (re)produzida. Mais ainda, quando extremos são estudados a partir de novos paradigmas é que novas perspectivas futuras surgem, eliminando-se os pontos cegos e lacunas doutrinárias e legais e aumentando a capacidade de visualização do futuro no presente. Com isto, tem-se que os futuros presentes e os estados alcançados cada vez são mais semelhantes, diminuindo as contingências e aumentando a

¹⁰³⁶ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 186-197. E-book. p. 4944.

¹⁰³⁷ COGLIOLO, Pedro. **Philosophia do Direito Privado**. 2. ed. Bahia: Empreza Editora, 1898. p. 8.

previsibilidade do comportamento (decisional) do sistema jurídico. É neste campo em que o direito tributário e a arbitragem comercial e/ou de investimentos se encontram para serem relacionados de variadas formas utilizando-se de ferramentas comuns que percebem [...].¹⁰³⁸

Dicha forma judicial tiene tres objetivos principales:

[...] por um lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, por outro lado, imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.¹⁰³⁹

Una característica llamativa del arbitraje en el ámbito privado es la privacidad, considerando que las partes no tienen interés en divulgar el resultado alcanzado en el laudo arbitral, además, es un proceso con mayor flexibilidad, ya que configura una sentencia con menos formalidad. En el comercio internacional este método también se aplica ampliamente en conflictos derivados de contratos ya que las partes necesitan una resolución rápida y segura.¹⁰⁴⁰

De este modo, surgen métodos alternativos de resolución de conflictos en respuesta a la ineficacia de la Administración Pública en la resolución de determinados litigios, un impasse que Mendonça ha agotado:

Não atende aos anseios sociais e também econômicos que se aguarde por anos a fio por uma decisão judicial que, muitas vezes, sequer reflete o conhecimento técnico específico para tratar de determinada relação. Não se pode, outrossim, exigir que os magistrados se capacitem para atender à demanda das atuais e complexas relações inerentes à informatização e à diversidade de novas relações. É justamente nesse contexto que a arbitragem pode se mostrar uma solução adequada a determinadas controvérsias, pois (i) a especialidade dos árbitros na matéria em debate pode ser atrativa à sua decisão quanto ao destino da controvérsia e, ainda, (ii) agilidade do julgamento de procedimentos arbitrais permite uma célere decisão, o que pode ser decisivo ao caso concreto.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁸ VITA, Jonathan Barros. **Arbitragem comercial e de investimentos e o Direito Tributário**. São Paulo: No prelo, 2015. p. 2-3.

¹⁰³⁹ VIEIRA, Mónica Brito; VILLA-LOBOS, Nuno de. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 186. E-book.

¹⁰⁴⁰ HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 50.

¹⁰⁴¹ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014. p. 29.

Ya no es posible resolver, de manera oportuna, en relación con el principio de celeridad procesal, todos los litigios judicializables, ya que los servicios de justicia se han multiplicado a un ritmo elevado que ya no se espera que encuentre respuestas oportunas a todos los litigios recurriendo exclusivamente a los tribunales. Dicho esto, las instituciones judiciales públicas deben reconocer sus límites y avanzar en el replanteamiento creativo y crítico del modelo tradicional de administración de justicia. El arbitraje tributario se ajusta a este nuevo modelo de desarrollo de la justicia, con un amplio marco de mecanismos de composición de controversias, tanto de carácter judicial como no judicial.¹⁰⁴²

En la misma línea, Heitor Silva destaca la necesidad de avanzar en técnicas no tradicionales de resolución de conflictos legales:

*O incentivo à utilização da arbitragem para relações jurídicas [...] justifica-se [...] pela constatação que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo adequado de solução de conflitos. Especialmente em conflitos complexos eclodidos relativamente a contratos vultosos, a solução arbitral mostra-se superior à solução judicial porquanto sobressaem particularmente relevantes algumas de suas vantagens, tais como a celeridade e possibilidade de escolha de árbitros detentores de expertise em questões técnicas e específicas atinentes ao litígio.*¹⁰⁴³

Es necesario demostrar, sin embargo, que el arbitraje tributario no puede ni debe aplicarse en ninguna situación, debido al hecho de sus particularidades y vicisitudes del crédito fiscal. Es imperativo, entonces, un cuidadoso examen previo de las hipótesis que se pueden someter a esta metodología de resolución consensuada de conflictos, y no es la mera duda legislativa que el instituto arbitral lo hará.¹⁰⁴⁴

Antes del siglo XX, sin embargo, esta técnica resolutive fue cuestionada por los juristas, ya que se consideraba una amenaza a la soberanía del Estado y la función judicial, garantías esenciales para el estado de derecho. El poder judicial, al ser una manifestación de la esfera pública, se consideraba incompatible con las medidas privadas

¹⁰⁴² VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). **Guia da Arbitragem Tributária**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 5.

¹⁰⁴³ SILVA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei 13.129 de 2015. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 278.

¹⁰⁴⁴ HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária**: a experiência portuguesa e a realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 7.

(como el arbitraje), hecho que trasciende el ámbito tributario, en vista de ser parte integrante de la rama del Derecho Público.¹⁰⁴⁵

Una vez superados estos argumentos, hoy en día este sistema de solo problema se aplica en varios sistemas positivos y tiene reglas internas específicas de cada país, y el arbitraje sigue siendo uno muy embrionario que comienza a desarrollarse en el mundo exterior.¹⁰⁴⁶

Portugal es un país destacado en el régimen jurídico del arbitraje fiscal, pionero en este ámbito junto con Estados Unidos. En busca de justicia fiscal, desde la entrada en funcionamiento del centro de arbitraje en Portugal, se tramitaron cerca de 3.600 casos, que fueron más de 840 millones de euros de impuestos y, durante el año 2017, se discutieron 230 millones de euros, lo que redujo los trámites pendientes en los tribunales administrativos y tributarios. No pocas veces, la elección entre el recurso de arbitraje, en detrimento del sistema judicial ordinario de los tribunales tributarios, se hizo sobre la base de la garantía conferida a las partes.¹⁰⁴⁷

En el ordenamiento jurídico portugués, el modelo arbitral fue delineado por el Decreto-Ley nº 10/2011 (2018), que puso a disposición los medios de solución en un dictamen fiscal en el marco del Centro de Arbitraje Administrativo (CAAD) que, junto con las normas posteriores que trataron el tema, forman el régimen jurídico del arbitraje en materia tributaria (RJAMT).¹⁰⁴⁸ Además de ser un centro de arbitraje, CAAD es un centro de estudio, investigación y formación arbitral, una institución con un desarrollo innovador del tipo de arbitraje, con gran notoriedad internacional.¹⁰⁴⁹

El arbitraje en el ámbito tributario se realiza con probidad y circunspección en el país, con un Consejo Deontológico que selecciona con gran rigor a los árbitros, evalúa su conducta y posibles impedimentos, con requisitos claros y objetivos, siendo posible resaltar la competencia técnica, idoneidad moral, independencia, imparcialidad y objetividad. Todo ello para que exista un proceso arbitral mejor conducido posible, de

¹⁰⁴⁵ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 9.

¹⁰⁴⁶ CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A Arbitragem em Direito Tributário**. n. 2. Coimbra: Almedina, 2010. p. 86.

¹⁰⁴⁷ Ibid, p. 9-11.

¹⁰⁴⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 121.

¹⁰⁴⁹ VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). **Guia da Arbitragem Tributária**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 11.

forma legítima y válida, incluso con garantía recursiva en el caso de vilipendio de las normas legales.¹⁰⁵⁰

Los Estados Unidos ya están haciendo grandes progresos en la práctica del arbitraje y ocupan una posición de liderazgo en esta metodología resolutoria, con una apelación relativamente amplia y bien delimitada. En el Reino Unido, hay importantes discusiones políticas para la introducción de un sistema de revisión opcional dentro de la propia administración tributaria. En España el tema también está en la agenda y en Grecia hay un comité especial de arbitraje.¹⁰⁵¹

Todavía sobre la experiencia española en materia de arbitraje en materia tributaria se pueden definir en tres supuestos: (i) qué pudo ser y qué no fue; ii) un arbitraje internacional muy limitado; y (iii) un futuro que todavía no podemos ver con claridad. Así, el autor López añade que:

[...] en el Reino de España no existe un procedimiento arbitral para resolver conflictos tributarios internos. No hay arbitraje interno. Y por tanto su sistema es un sistema clásico en el cual el enfrentamiento entre el contribuyente y las autoridades fiscales se resuelve en última instancia por los Tribunales de Justicia. El arbitraje que sí existe en el derecho fiscal español, pero limitado al ámbito de los precios de transferencia en el seno de la Unión Europea, se refiere a la aplicación del Convenio Europeo de Arbitraje del año noventa, que está reglamentado en un reglamento español del año 2008 [...]. De modo que en ese ámbito sí existe un auténtico procedimiento arbitral que acaba en la decisión de una comisión consultiva.¹⁰⁵²

Es necesario insertar los sistemas alternativos de resolución de conflictos como elementos centrales en el funcionamiento del sistema procesal tributario (administrativo y judicial) para que estas instancias puedan enfocarse en lo fundamental, racionalizando el sistema y ganando eficiencia y eficacia a estas esferas de resolución de problemas.¹⁰⁵³ Sin embargo, el dogma en comentario sobre el régimen de arbitraje aún persiste en algunas naciones en relación con la falta de disponibilidad del crédito fiscal

¹⁰⁵⁰ HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária**: a experiência portuguesa e a realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 103.

¹⁰⁵¹ LOUREIRO, Carlos; CÂMARA, Francisco de Sousa da. TELLO, Jesus López; PALMA, Clotilde Celorico; ARANTES, Tito. **A Arbitragem Internacional**. In: CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A Arbitragem em Direito Tributário**. n. 2. Coimbra: Almedina, 2010. p. 88.

¹⁰⁵² Ibid, p. 107-109.

¹⁰⁵³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária**: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. xiii.

como un obstáculo para la realización del arbitraje en algunos sistemas legales, como el de España, Santo Tomé, Príncipe y Brasil.¹⁰⁵⁴

En el ordenamiento jurídico brasileño, en términos generales, es posible clasificar el arbitraje “como un método alternativo, apropiado y facultativo de solución de controversias, que tiene un carácter subsidiario debido al principio de la restricción del control judicial consagrado desde la Constitución brasileña de 1946, y actualmente previsto en el art. 5, XXXV, del CF/88”.¹⁰⁵⁵

A la luz de las disputas entre las naciones, también es posible verificar la presencia de arbitraje:

Os Estados Unidos da América firmaram tratados com a Bélgica, o Canadá, a Alemanha e a França, permitindo a arbitragem obrigatória em determinados casos de procedimentos amigáveis de consulta direta entre os Estados denominados Mutual Agreement Procedure (“MAP”), aperfeiçoando, assim, o processo de negociação de seus Acordos, para Evitar a Dupla Tributação e Prevenção de Evasão Fiscal. O Internal Revenue Service (“IRS”) – órgão norteamericano equivalente à Receita Federal do Brasil –, seguindo as previsões contidas nos acordos para evitar a dupla tributação entre os países acima mencionados, firmou convênio com o International Centre for Dispute Resolution (“ICDR”), órgão responsável pelas operações internacionais da American Arbitration Association (“AAA”), para administrar esses procedimentos arbitrais tributários. Além da gestão dos casos, o ICDR ainda é responsável pela seleção e treinamento dos árbitros, que são escolhidos entre os profissionais que tenham sólida experiência em Direito Tributário Internacional, em especial nas matérias de preços de transferências.¹⁰⁵⁶

Además de los acuerdos internacionales en el ámbito fiscal-arbitral ya mencionados, también es imperativo mencionar que los Países Bajos han demostrado una pluralidad práctica mediante la firma de tratados fiscales con países como Egipto, Kuwait, Macedonia, Moldova y Uzbekistán. A diferencia de los tratados fiscales internacionales tradicionales, los llevados a cabo por los Países Bajos permiten la remisión del procedimiento de arbitraje solo a una de las partes contratantes.¹⁰⁵⁷

Los contextos judiciales con altas tasas de litigios tributarios pueden causar un ambiente de injusticia fiscal y consecuente falta de ciudadanía, lo que requiere

¹⁰⁵⁴ CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A Arbitragem em Direito Tributário**. n. 2. Coimbra: Almedina, 2010. p. 34.

¹⁰⁵⁵ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. p. 730. E-book.

¹⁰⁵⁶ Ibid, p. 5061.

¹⁰⁵⁷ Ibid, p. 5114.

que los estados instrumentalicen mecanismos para implementar nuevos métodos de resolución de conflictos. El arbitraje en materia tributaria surge como un mecanismo paradigmático para racionalizar los litigios de política fiscal y microeconómica, promoviendo simultáneamente la realización de los derechos involucrados en tales controversias.¹⁰⁵⁸

De hecho, la ineficiencia se ha convertido en un patrón difícil de ruptura en muchos países, lo que desfavorece la creencia en las instituciones públicas de justicia. En este contexto problemático, surgen las aspiraciones entre justicia y eficiencia y cómo estas categorías se entrelazan en los sistemas tributarios. No tiene sentido tener justicia sin eficiencia y viceversa, y la correlación entre ambos simbióticos, sin embargo, el poder judicial, con la creciente demanda judicial, ha demostrado ser ineficiente y causa injusticias a las garantías fundamentales.¹⁰⁵⁹

También se suma a las prerrogativas de la celeridad y duración razonable del proceso judicial, estipuladas en los convenios internacionales sobre derechos humanos (arts. 8, 1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), siendo tales garantías implícitas a la protección judicial y al mínimo existencial humano.

En este campo del conocimiento, el análisis económico del derecho también examina económicamente el derecho procesal y las diferentes formas de resolver disputas. En este sentido, a juicio de algunos estudiosos de la AED, las controversias se clasifican como un despilfarro económico, es decir, un despilfarro de riqueza (esfuerzos, tiempo, dinero, oportunidades), y a partir de estas premisas se manifiesta la ineficiencia procesal para esta corriente teórica, siendo posible consagrar en la administración pública tributaria los beneficios del arbitraje en plena armonía con los principios jurídicos, como la igualdad, el acceso a la justicia y la aplicación de la justicia fiscal.¹⁰⁶⁰

Los procedimientos judiciales, como se ha aclarado, son demasiado costosos, ya que implican gastos tales como honorarios, costos y gastos procesales, tiempo e incertidumbre del resultado. El tiempo, en el proceso judicial, se gasta, por ejemplo, para ir a audiencias, obtener orientación de abogados, encontrar y organizar documentos, entre otras situaciones. Así, para la economía, el tiempo está intrínsecamente

¹⁰⁵⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 1-2.

¹⁰⁵⁹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 20.

¹⁰⁶⁰ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 303-304.

asociado a la idea de “*costo de oportunidad*”, es decir, quienes optan por litigar pierden la oportunidad de dedicarse a otras actividades que eventualmente podrían ser más productivas.¹⁰⁶¹

Así, el examen de la implementación del arbitraje tributario va más allá de una percepción simplista de sesgo fiscal, pues “existe la necesidad de enfrentar el tema tributario, especialmente la racionalización del sistema y la simplificación de los mecanismos de solución de controversias, como responsables de la ruptura con la actual situación de crisis de recaudación, ineficiencia y retroceso en derechos y logros sociales”¹⁰⁶², situación que afecta a los sistemas legales y económicos de innumerables naciones.

En vista de este nefasto escenario procesal, destacan los sistemas alternativos de solución de controversias. La mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos admiten la existencia de sistemas privados de resolución de conflictos, que han convivido armoniosamente con el sistema judicial público. En el campo tributario, el sistema de juego de problemas más conocido, en el que existe la tramitación de una demanda, es el arbitraje.¹⁰⁶³

Tal método de creación de problemas también puede ser una gran herramienta para superar las crisis económicas, junto con otras acciones, como sucedió en el sistema legal portugués. Las crisis nacionales generalmente tienen una relación íntima con los impasses fiscales, y el gasto público suele ser desordenado y la recaudación no alcanza la eficiencia.¹⁰⁶⁴

Además de ser una cláusula legal de solución de controversias, el arbitraje también es una cláusula financiera que contribuye visceralmente a la reducción de los gastos de transacción, un factor importante en la AED. Se estima que el arbitraje fiscal en la contratación pública puede representar un ahorro del 58% de los costos del proceso¹⁰⁶⁵, lo que puede generar grandes ahorros.

¹⁰⁶¹ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 318-319.

¹⁰⁶² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 143.

¹⁰⁶³ PORTO; NUNO, op. cit., p. 338.

¹⁰⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 117.

¹⁰⁶⁵ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 15.

De esta manera, el árbitro, un tercero neutral e imparcial “elegido por las partes o designado por el Centro de Arbitraje Administrativo cuya decisión tiene el mismo valor jurídico que las sentencias judiciales”¹⁰⁶⁶ que juzgará el asunto de acuerdo con las reglas de derecho, ejerciendo la función judicial.¹⁰⁶⁷

En Brasil, por ejemplo, los expertos ya vislumbran la saturación del sistema jurídico-tributario ordinario y señalan la inclusión de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como el arbitraje. Varios factores contribuyen a esta saturación: alta burocracia, complejidad y desarmonía de las leyes tributarias, situando al país entre los peores en cuanto a horas consumidas por empresa para pagar impuestos, retraso del poder judicial para resolver casos. Este escenario aumenta los costos de transacción de las empresas y desalienta las inversiones en el país, analizando así todos estos elementos en conjunto, se caracteriza por la ineficiencia de dicha arquitectura de resolución de problemas que afecta a toda la sociedad brasileña, lo que hace que vicejar iniciativas más eficientes de resolución de conflictos.

En este sentido, en 2017, el país ocupó el cuarto lugar en el mundo en número de arbitrajes y São Paulo, la ciudad más grande, en los últimos años, ocupando el ranking de los 10 municipios más grandes del mundo que albergan arbitrajes de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), un hecho que está mejorando significativamente la situación fiscal de Brasil en relación con la resolución de disputas.

Mucho antes de la aprobación de la legislación arbitral en Portugal, en las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en 2004, se basó en las conclusiones de tal evento: “[l]a obvia indisponibilidad de la potestad tributaria normativa y del crédito consiguiente no obsta a la utilización de métodos alternativos de solución de controversias y particularmente del arbitraje”.¹⁰⁶⁸

En Portugal, pionero del arbitraje fiscal, la historia de la aplicación de este método ha sido prometedora: en seis años de validez, se ha demostrado que el plazo medio de un arbitraje es inferior a seis meses, un tiempo inmensamente más corto que un procedimiento judicial ordinario, un aspecto que se encuentra en el contexto del

¹⁰⁶⁶ VIEIRA, Mónica Brito; VILLA-LOBOS, Nuno de. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 186-194. E-book.

¹⁰⁶⁷ PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, op. cit., p. 15.

¹⁰⁶⁸ Ibid, p. 35.

compromiso de esta técnica: “proteger eficazmente los derechos e intereses jurídicos protegidos de los contribuyentes, tiempo razonable y reducir los litigios fiscales”.¹⁰⁶⁹

En el país, el arbitraje tributario se introdujo legalmente como un medio parcialmente alternativo a la impugnación judicial y, en 2016, se determinó que los procedimientos de impugnación representaban menos de la mitad del monto total de los procedimientos pendientes.¹⁰⁷⁰ Estos hallazgos muestran que los mecanismos que hacen eficiente la recuperación del gigantesco stock tributario del Estado y es en este punto que el arbitraje puede traer numerosos beneficios.¹⁰⁷¹

Tras nueve años de vigencia del Régimen Jurídico de Arbitraje de carácter fiscal en el país, este método de control de problemas ha ido cumpliendo sus objetivos de manera ejemplar:

*[...] reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; imprimir maior celeridade na resolução de litígios em matéria tributária; e contribuir para a redução das pendências nos tribunais tributários, garantindo a prolação de decisões num prazo médio inferior a seis meses após a constituição do tribunal arbitral.*¹⁰⁷²

Además, “garantizar la contemporaneidad entre dos ‘fuentes del Derecho’: la jurisprudencia y la legislación vigente”.¹⁰⁷³

Contrariamente a la concepción del sentido común, el arbitraje no es una metodología que pretende reducir drásticamente el trabajo de la jurisdicción pública, sino que busca resolver ciertas demandas consideradas más complejas. Por ejemplo, en Brasil, un caso sobre la exclusión de ICMS de la base de cálculo pis y COFINS duró nueve años hasta que fue juzgado después del reconocimiento de su repercusión general y cuando, finalmente, se decidió la demanda, la Corte Suprema brasileña dejó varias lagunas en la sentencia, lo que generó, además de gran demora, sensación abisal de inseguridad jurídica, caso que corrobora con la tesis de falta de tiempo, especialidad y profundidad de

¹⁰⁶⁹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 15.

¹⁰⁷⁰ VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). **Guia da Arbitragem Tributária**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 274.

¹⁰⁷¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 70.

¹⁰⁷² PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, op. cit., p. 48-49.

¹⁰⁷³ Ibid, p. 49.

la que carecen los sistemas públicos de resolución de conflictos, hecho que muchas veces puede agravar el conflicto judicializado.

Para lograr resultados diferentes, es esencial un enfoque diferente. El Estado debe renunciar a parte de su poder para resolver controversias legales en beneficio de la eficiencia, como los procedimientos de arbitraje. Sobre este tema, además Beck apoya el necesario desinterés del poder estatal en ciertas áreas para mejorar la administración pública:

A capacidade do Estado moderno para negociar é, presumivelmente, mais importante que a sua capacidade hierárquica unilateral para agir, que se está a tornar cada vez mais problemática. Na modernidade tardia, nas últimas franjas do século, “o Estado [tradicional] está a extinguir-se como ‘criatura especial’, como estrutura de soberania e como coordenador hierárquico”. [...]

O Estado deve permitir e mesmo desejar que as tarefas que lhe são incumbidas em cada caso não lhe pertençam permanentemente, mas antes lhe vão sendo retiradas uma vez e outra (ou seja, “societalizadas”) pela competição que ocorra.

Não se trata aqui apenas de uma redefinição das áreas governamentais de responsabilidade, mas antes da questão radical de saber até que ponto sobreviveram à sua utilidade certas tarefas aparentemente “eternas” e as instituições que têm jurisdição sobre elas. [...]

Não se trata de uma petição a favor de novas tarefas governamentais dentro dos velhos moldes. Bem pelo contrário, o núcleo da argumentação está no fato de estas novas tarefas, ao mesmo tempo, forçarem o Estado a adotar uma nova forma de as gerir. O Estado deve praticar a autocontenção e auto abnegação, desistir de alguns monopólios e conquistar temporariamente outros [...].¹⁰⁷⁴

Con igual pensamiento, el profesor José Juan Ferreiro Lapatza sostiene que tal perspectiva jurídica debe adoptarse en el contexto de la administración pública, incluso en el ámbito litigioso del derecho tributario, como se puede ver en sus explicaciones:

Con la idea puesta en un horizonte en el que el derecho sea normalmente organización del pacto y el acuerdo y sólo excepcionalmente ejercicio del poder; en un Derecho en el que el pacto sea la norma y la orden la excepción. En un Derecho cuya esencia sea el acuerdo voluntario y no la coacción. Con la idea de que la vida democrática y su organización jurídica tiene como regla general la participación y sólo como regla especial la coacción, la

¹⁰⁷⁴ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 40. Disponible en: http://cadeiras.iscte.pt/SDir/Beck_ModRefl_.pdf. Acceso en: 05 nov. 2020.

*forza y la imposición. Y de que el poder judicial – el más alejado del poder de los ciudadanos o de sus representantes – reduzca su actuación al mínimo posible.*¹⁰⁷⁵

En vista de tales significados, es necesario superar la comprensión de la tributación como un fenómeno de imposición estatal en detrimento de lo particular, unilateral y obligatorio, y emerger los métodos alternativos de resolución de conflictos, como técnicas complementarias a la administración pública, y no sustitutivas, con el importante propósito de mejorar el sistema jurídico de resolución de conflictos, con el objetivo de proporcionar más calidad a las respuestas de los conflictos judiciales.

Sobre el análisis económico de las disputas, Porto y Grouper afirman que esto se divide entre las opciones anteriores y las opciones posteriores por sistemas alternativos de resolución de conflictos:

*A primeira [...] está alinhada com a análise econômica dos litígios – desde que todos os afetados pelos efeitos atuais potenciais do litígio anuam com a escolha -, pois a ela se aplica o raciocínio econômico que se faz sobre qualquer contrato. Desde que inexistam externalidades, o Estado deve resguardar transações com os quais as partes contratantes acordem. Contratos dessa natureza criam riqueza. Geram bem-estar. Por outro lado, a escolha [...] por sistemas alternativos de solução de controvérsias pode ou não ser desejável socialmente (isto é, eficiente). A escolha ex post pode ser indesejável no caso de os custos de administração dos sistemas alternativos serem muito baixos. Nessa hipótese, não se poderá descartar a hipótese de que a escolha ex post desincentive a adoção de cuidados necessários à evitação de lesões à esfera jurídica alheia.*¹⁰⁷⁶

Significa que las opciones anteriores son compatibles con la idea de eficiencia de Pareto, porque, en ausencia de externalidades negativas, los contratos siempre serán beneficiosos para las partes contratantes, de lo contrario no los habrían firmado. Por lo tanto, si las partes en un contrato, antes de que ocurra cualquier disputa, optan por someter las disputas futuras a arbitraje, es porque someter la administración de tales disputas a ellos creará bienestar para los contratistas.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁵ LAPATZA, José Juan Ferreiro. Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 302. v. 2.

¹⁰⁷⁶ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 338.

¹⁰⁷⁷ Ibid, p. 338-339.

En este contexto, surge la brecha: Pero ¿qué pasa si la elección del arbitraje fiscal es hecha por una sola de las partes del contrato? Por esta duda, la resolución que ofrece el análisis económico del derecho no es perentoria, porque la elección del arbitraje puede o no ser socialmente aceptable, pero, en términos generales, la elección unilateral de sistemas alternativos de resolución de conflictos, según la AED, se considera indeseable, en cualquier caso.¹⁰⁷⁸ De hecho, en esto visible que en el arbitraje fiscal se levanta un profundo muro, dificultando su adopción. No es plausible ni fácil aceptar que la bilateralidad que implica, por un lado, la supervisión y recaudación de un impuesto, para proporcionar la aplicación del arbitraje tributario y por otro lado el contribuyente, el Tesoro Público se comprometerá en la aplicación.

De esta manera, los procedimientos de arbitraje tienen como principios básicos:

*(i) o econômico, voltado à produção do melhor resultado com menor dispêndio de recursos; (ii) o lógico, para seleção dos meios eficazes à descoberta da verdade; (iii) o jurídico, para a igualdade no processo e fidelidade da conclusão ao direito material; e, por fim, (iv) o político, visando a garantia social.*¹⁰⁷⁹

Por lo tanto, de acuerdo con la revisión del arbitraje tributario de la AED:

*[...] se todos os envolvidos pelos efeitos atuais e potenciais de um conflito puderem de antemão ajustar a escolha de um sistema privado de resolução de conflitos (em lugar da jurisdição estatal), cabe ao Estado dar guarida ao ajuste. Se as partes de um contrato tiverem escolhido ex ante submeter os conflitos advindos do contrato à arbitragem, caberá ao Estado afastar-se da resolução desses conflitos. Se a escolha pela arbitragem se der depois do surgimento do conflito (ex post), para se saber se ela será socialmente desejável, far-se-á necessário investigar se não importará na destruição dos desincentivos a lesões futuras da esfera jurídica alheia. Sendo esse o caso, deve-se questionar se essa destruição será compensada pela economia de custos administrativos e de erro.*¹⁰⁸⁰

Los contribuyentes no pueden estar a merced de la caótica realidad del sistema tributario nacional que impregna muchos países, especialmente en lo que respecta al agotamiento de la Administración Pública y del Poder Judicial en el ejercicio de los

¹⁰⁷⁸ PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 340-341.

¹⁰⁷⁹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 150.

¹⁰⁸⁰ PORTO; NUNO, op. cit., p. 342.

pacificadores de los conflictos tributarios. La justicia fiscal tradicional no está siendo suficiente para responder a las solicitudes de los contribuyentes de manera eficiente y equitativa.¹⁰⁸¹

En la misma línea, Claudia Elena Guzmán Loayza contribuye afirmando que:

*aunque obedezcan a diferentes órdenes normativos, normas morales y jurídicas comparten contenido axiológico que se expresa en la búsqueda de un principio común, el de justicia. En el ámbito fiscal, este principio se realiza por su conexión con el de capacidad contributiva, que constituye la medida que resuelve –o debería resolver– los conflictos éticos que la fricción entre Estado y contribuyente generan.*¹⁰⁸²

Ante un sistema tributario marcado por la inseguridad jurídica, la intensificación de los litigios, la elevada carga tributaria y la demora judicial, es imposible pensar en la consagración de la justicia fiscal. Aunque la Carta Magna brasileña no considera expresamente la seguridad jurídica:

*[...] la doctrina brasileña identifica la seguridad jurídica como un principio jurídico o, incluso, como un fundamento de justicia, destacando su relación directa con el principio de moralidad y con el principio de legalidad, que son dos de los mandatos expresos por el caput del artículo 37 de la Constitución de 1988, que también deben orientar las instituciones del poder público y sus agentes.*¹⁰⁸³

Por lo tanto, la seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales para configurar el Estado de Derecho, de modo que, al estar ausente, no solo desequilibra la orden judicial, sino que también quita a los ciudadanos la confianza en una justicia competente. Como dice García-Herrera Blanco, “para el ciudadano, seguridad jurídica significa primaria y fundamentalmente, protección de su confianza.”¹⁰⁸⁴

Dicho esto, se concluye que “la solución radica esencialmente en el diseño e implementación de nuevos mecanismos para la realización de justicia, específicamente

¹⁰⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A Arbitragem em Direito Tributário**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 9. n. 2.

¹⁰⁸² LOAYZA, Claudia Elena Guzmán. Ética y moral tributaria: algunas consideraciones sobre moral tributaria en el Perú. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). Ética y moral tributaria. México: Thomson Reuters, 2018. No paginado. E-book.

¹⁰⁸³ PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010. p. 143.

¹⁰⁸⁴ GARCÍA-HERRERA BLANCO apud GONZÁLEZ, Clemente Checa. Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. p. 97. E-book.

a través de la regulación del arbitraje tributario, sin lo cual esto significa anular el [...] papel del Poder Judicial”.¹⁰⁸⁵ La dilación judicial, a veces atroz, puede llevar a la ineficacia e incluso inutilidad de la disposición requerida, resultante de la perecimiento del derecho reclamado, siendo convincente la búsqueda de la eficacia del proceso a partir de la misión social de resolver controversias y ejercer la justicia.¹⁰⁸⁶ Así, el plazo razonable para la terminación de una demanda judicial puede definirse como aquel que impide, como consecuencia de la demora del juicio, que se instruya una inestabilidad entre las partes respecto a su problema jurídico, lo cual es incompatible con la noción de seguridad jurídica, es decir, la duración razonable del proceso es aquella que no genera inseguridad jurídica por el tiempo empleado en la resolución del proceso.¹⁰⁸⁷

El proceso arbitral, como la modernización de los instrumentos estatales, en muchos casos, ha demostrado ser el método más eficiente y rápido para resolver las controversias tributarias en detrimento de la ineficiencia de la gestión pública estatal en la resolución de ciertas controversias tributarias. Es importante destacar que el arbitraje no tiene el propósito de “descargar” al poder judicial de sus miles de demandas tributarias que se están tramitando en los diversos ordenamientos jurídicos. En contraste, se trata de enfocarse en grandes y complejas disputas tributarias para que se resuelvan de manera rápida, ética, justa y especializada mediante arbitraje, y para permitir que el gobierno tenga más tiempo para resolver sus miles de procedimientos procesales y preocuparse por una justicia fiscal infalible.

¹⁰⁸⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 153-154.

¹⁰⁸⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.216.

¹⁰⁸⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20. v. 1.

5 CONCLUSIÓN

Como resultado de la transformación del sistema de producción familiar y artesanal en establecimientos artesanales, que comenzaron a utilizar instrumentos tecnológicos modernos. Con la obstrucción de la entrada del algodón indio en Europa, se empezó a estimular su acalorada producción en las orillas del Mediterráneo y en otros pueblos occidentales. El descubrimiento del lavavajillas automático y el volante por un lado y la máquina con hilos almacenados y enrollados en carretes, generó el desarrollo textil industrial. Las incipientes redes urbanas de treus crecieron con el descubrimiento del vapor, utilizado en el transporte ferroviario en vagones. No cabe duda, por tanto, que se han generado profundos cambios en el comportamiento social establecido en los estándares sociopolíticos, económico-legales e incluso espirituales, como resultado de las amplias metamorfosis que se han producido. En las ciudades, la platividad urbana ha sustituyó las antiguas calles estrechas por vehículos de tracción animal o lavadoras para uso de personas, por amplias vías públicas de doble sentido y con los márgenes destinados a las aceras. Los edificios pequeños fueron reemplazados por edificios más grandes con ascensores y habitaciones específicas para baños y cocinas.

Es evidente que las tremendas transformaciones estéticas no se restringieron a los aspectos externos de las cosas y propiedades, sino que invadieron sustancialmente su interior, obligación de contribuir con impuestos para el mantenimiento del propio Estado. Así, después del alto período medieval, el advenimiento del humanismo renacentista había surgido en Europa, siguiendo una verdadera Revolución Científica, cuna de la Ilustración por un lado, y la Era de la Razón por otro, en la Era de los Descubrimientos. Durante este período, como se ve, se multiplicaron las universidades, las academias culturales, las bibliotecas de los monasterios y la investigación interdisciplinar, como resultado de la expansión natural de la producción intelectual.

El intercambio de conocimientos entre pensadores, investigadores, estudiantes y académicos y, en general, con la toma de opiniones controvertidas, produciendo conocimientos nuevos y diferentes, difundió aportes argumentativos por todo el continente europeo. Fue la evolución del pensamiento, estratificándose, asentado en la Edad Moderna de nuestra civilización, produciendo en el continente americano la Liberada Revolución Norteamericana, expandiendo el espíritu republicano de que los hombres son iguales en derechos, a la vida, a la propiedad, al culto, a la palabra y al jurado

popular. También produjo, en el continente europeo, la Revolución Francesa practicada por insurrecciones campesinas contra la arbitrariedad y el despotismo, consagrando la libertad civil, el régimen democrático, el sufragio universal, la libertad de pensamiento y de prensa, con la separación de la ciudadanía como fundamento de la ciudadanía. La Iglesia del Estado y la independencia entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

En los años siguientes se sacudieron los cimientos de la estratificación de la sociedad. En el norte, o más bien en la antigua Prusia, los alemanes también ensalzaban la libertad, no propiamente en el campo del derecho público, sino en el derecho privado. Como resultado de estos movimientos intelectuales, surge el mencionado Código Privado Prusiano, contemporáneo de la Revolución Francesa, y, con él, el Código Civil francés (llamado Código Napoleónico, compuesto por 2.281 artículos). Luego se editaron los Códigos Civiles BGB de Austria, Suiza, Italia, Portugal, España y Alemania. La ciencia del derecho ya no buscaría las causas, sino los fines y el significado de las cosas. La noción de justicia distinguía a los justos de los injustos, a los falsos de los verdaderos. Había, por tanto, una metafísica del derecho alojada en la razón de los juristas que conscientemente se agrupaban en corrientes doctrinales que exaltaban el Positivismo Jurídico, la Escuela Sociológica o la Escuela Económica, apartada de los Utopistas y el Materialismo Dialéctico.

Con el advenimiento del Mundo Contemporáneo, marcado por el totalitarismo nazi, bolchevique y fascismo absolutista, en Alemania, Rusia e Italia, la organización política internacional comenzó a dictar programas de pacificación mundial y con ellos, la protección del feminismo y sociedades político-filosóficas como el Círculo de Viena y la Escuela de Frankfurt y el Estado de Bienestar.

La disciplina del derecho económico se ubica actualmente en conceptos universitarios, dotados de una fermentación evolutiva permanente; o más bien, en un estado de ebullición profunda, tanto en el campo del derecho como en las finanzas económicas. Una especie de agitación centrífuga que aleja los residuos más encarnados en su exterior mientras ejerce inversamente una fuerza de atracción en su interior. Así se presentan las ciencias humanas en sus identidades multidisciplinares. Cabe recordar que, etimológicamente, la economía proviene del griego antiguo “ikonomikos”, que concierne a la administración, gestión de activos y, por tanto, el análisis económico del derecho presupone la aplicación de la teoría microeconómica neoclásica a problemas jurídicos, o la mejora de un análisis de estudio. de la producción de bienes (y sus respectivos valores)

en la formación de riqueza y retención del ahorro monetario, según las normas legales vigentes.

Así, se observa que existe un doble sentido sobre lo que se puede entender por Análisis Económico Normativo. El primero comprende el análisis de una norma concreta y los impactos que la implica en el mundo real, especialmente el económico, con criterios de análisis positivista.

En este sentido, el Análisis Económico Normativo se encuentra dentro del Análisis Económico del Derecho porque este último engloba al primero, con idénticos criterios de investigación y teleología, es decir, describir los aspectos fácticos del resultado de una regla. Así, explicamos cómo un estándar (que incluye diferentes interpretaciones válidas de derecho) puede ser objeto de Análisis Económico Normativo y qué criterios se pueden utilizar para que la interpretación adoptada, entre las que sean válidas, se adapte a la maximización económica, aportándole mayor eficiencia social.

Por otro lado, se pudo identificar que existe un segundo significado del término Análisis Económico Normativo, entendido como el que más se preocupa por cuestiones metajurídicas. De esta manera, en un sentido diferente al significado primario, utiliza los resultados obtenidos con el Análisis Económico descriptivo, basado en el positivismo y la búsqueda de lo que es, es decir, los resultados encontrados, para, así, promover una reforma de los elementos externos, centrándose en lo que *debería ser*.

Sin embargo, debido a estas características, con el objetivo de despertar un interés similar al utilitarismo en los juristas, su análisis de costos y beneficios comenzó a fermentarse con mayor énfasis. En este sentido, las leyes norteamericanas deben buscar maximizar la riqueza, brindando las condiciones para beneficiar a los productores y, a la inversa, condenar lo improductivo, según los mandamientos de la cultura protestante. La evolución socioeconómica y sus relaciones prácticas se convirtieron, entonces, en una verdadera primacía ideológica, determinando el uso del derecho efectivo, esto en su verdadero sentido vernáculo. La nueva perspectiva sobre las relaciones de propiedad ha transformado la AED en una herramienta teórica, aportando la información progresiva necesaria, condicionada a sus ideas distributivas, identificando cómo las diferentes culturas la han incorporado a lo largo del tiempo y cómo se da su aplicación, especialmente en las culturas de los países del *commom law* de y aquellos con cultura romano-germánica, que están orientados por el *civil law*.

La epistemología jurídica trasciende la idea simplista de un sistema de normas establecido por una civilización en un espacio-tiempo dado, porque es, en

realidad, un conjunto de experimentos, experiencias, culturas, valores, axiologías y también reglas, dotadas de intrínsecas complejidad. Así, la sociedad y su desarrollo político-económico-social crean y transforman constantemente el pensamiento jurídico, y es fundamental, entenderlo en la actualidad, rescatar una breve evolución del pensamiento jurídico fuera de la historicidad.

Intentando partir del “inicio” del desarrollo teórico-jurídico, en la antigua Grecia, los filósofos presocráticos rompen los mitos y desarrollan la racionalidad, mientras los sofistas realizan un análisis relativista sobre el conocimiento y, más tarde, los reconocidos Sócrates, Platón y Aristóteles inauguran teorías y conceptos que se han aplicado hasta hoy en la filosofía jurídica.

En la época medieval surge el pensamiento teleológico cristiano occidental que influye en la epistemología jurídica, teniendo como referencias las postulaciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Al entrar en la modernidad, el período estuvo marcado por autores que buscaban basar el poder en la razón, con desdén por el derecho divino, con tres períodos intermedios históricos clave: el Renacimiento, el Absolutismo y la Ilustración.

El absolutismo elevó el poder del soberano a través de teorías contractualistas. Locke, un filósofo moderno, sostuvo que los derechos naturales serían anteriores a la formación del Estado y surge el contrato social para protegerlos. Rousseau consideró que la requisita de la propiedad privada en el entorno social es responsable de la desigualdad, siendo el contrato social necesario para salvaguardar la igualdad. Montesquieu teoriza el sometimiento del Estado a las leyes para limitar la discreción y el abuso de poder, y uno de los autores más notorios de la época, Kant, se dedicó a temas como la justicia y los valores.

Delineando la contemporaneidad, numerosos pensadores teorizan sobre Derecho y Economía, y es imperativo destacar el positivismo, la ilustración, el liberalismo y el utilitarismo. La corriente del positivismo filosófico se impone como un rechazo a la metafísica y al derecho natural, partiendo de la premisa de que la capacidad racional está limitada por la experiencia, dejando atrás la apreciación de la norma jurídica positiva en detrimento del derecho natural. Dentro de este espectro, los axiomas de Ihering, Kelsen y Hart fueron relevantes.

El movimiento intelectual del siglo XVIII, la Ilustración, estuvo marcado por la notoriedad de la racionalidad crítica en el pensamiento filosófico, con la renuncia a todas las formas de dogmatismo. Aún así, el liberalismo es una corriente filosófica,

política y moral, centrada en la libertad y la igualdad ante la ley, en detrimento de las intervenciones estatales.

Mientras tanto, el utilitarismo concibió la teoría dominante en el contexto teórico norteamericano del siglo XIX, alcanzando una prominencia significativa, especialmente con los escritos de Jeremy Bentham y sus seguidores, James Mill, James Stuart y Henry Sidgwick.

Según el preámbulo histórico del pensamiento jurídico, nadie negaba la existencia y confluencia del elemento económico en el ámbito jurídico (y viceversa), pero la falta de teorización de este vínculo estaba latente. Esto se debe a que, si bien siempre ha existido una interconexión entre el conocimiento jurídico y el económico, los postulados del Derecho contenían un predominio de la perspectiva de la teoría jurídica en detrimento de los conceptos y aportes económicos.

A principios de siglo. XX, se rompe el paradigma doctrinal clásico que concibe y emplea la hermenéutica jurídica aislada de las enseñanzas económicas, planteando una nueva pauta teórica con el surgimiento de una ley sistémica. Así, considerando que este campo del conocimiento puede entenderse desde diferentes perspectivas, el análisis económico del derecho se teorizó desde la conjunción de las ciencias jurídicas y económicas.

Si bien sus fragmentos iniciales se pueden ver a partir de la teoría liberal clásica de Smith, los desarrollos del Análisis Económico del Derecho se inauguran, particularmente, en territorio estadounidense, a mediados del siglo XX, a través de estudios desarrollados por los autores clásicos de la escuela, como como Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi y Gary Becker.

Según palabras de uno de los máximos exponentes, Richard Posner, se considera que el hito del preámbulo de:

[...] nuevo derecho y economía se inició con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasedelitos y con artículo de Ronald Coase sobre el costo social. Éstos fueron los primeros esfuerzos modernos para aplicar sistemáticamente el análisis económico a áreas del derecho que no regulan explícitamente las relaciones económicas.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁸ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 55-56.

Se destaca el espíritu pionero de las doctrinas Calabresi y Coase, que supera el nombre principal del AED contemporáneo, Richard Posner, quien se destacó por la publicación del trabajo denominado *Economic Analysis of Law*, en 1973. En el clásico posneriano, la indispensabilidad El examen de la perspectiva económica es fundamental para el pensamiento jurídico, incluso respaldando la preeminencia del análisis económico sobre otros procedimientos interpretativos en el campo jurídico.

Además, el pensador Gary Becker también se destaca en la escuela AED, ya que sus estudios fueron fundamentales para teorizar comportamientos fuera del mercado, con aportes que “*abrieron para el análisis económico grandes áreas del sistema legal no alcanzadas por los estudios de Calabresi y de Coase*”.¹⁰⁸⁹

Después de la aclaración de sus principales teóricos, lo que explica que el análisis económico del derecho tiene como objetivo esencial la comprensión y análisis de las consecuencias económicas de las decisiones jurídicas y del sistema positivo, sin establecer incertidumbres sobre el dominio del orden jurídico. Así, la escuela sostiene que las repercusiones económicas deben ser consideradas a la hora de proponer normas, decisiones judiciales y teorías jurídicas para lograr un orden jurídico acorde con los postulados económicos y con efectos social y económicamente más positivos, a fin de beneficiar a toda la población.

En este sentido, el análisis económico del derecho pretende, precisamente, constituir una teoría de la conducta, dando respuesta a cuestiones económico-sociales relevantes, que no pueden responderse con una mirada limitada al ordenamiento jurídico. El movimiento, por tanto, tiene como características preambulares: i) el rechazo de la autonomía del conocimiento jurídico ante la compleja realidad social y económica; ii) aplicación de metodologías interdisciplinarias, como la economía y la filosofía; iii) insurgencia robusta a la interpretación estrictamente legal, sin analizar el contexto económico y social.

Dadas las explicaciones, es posible definir la teoría del Análisis Económico como las aplicaciones e inserciones analíticas y empíricas de la economía en el conocimiento jurídico, dentro de la racionalidad del orden positivo, para comprender y prevenir las implicaciones derivadas de las opciones jurídicas. Tal perspectiva puede – y debe – ser adoptada desde el proceso prelegislativo hasta la verificabilidad normativa en

¹⁰⁸⁹ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 56-57.

el caso concreto, a través de la interpretación de esta por parte del Poder Judicial, siempre con el propósito de mejorar la eficiencia económica de la estructura jurídica.

Es plenamente posible aplicar este análisis a todas las áreas del derecho, pero específicamente en el ámbito tributario, esta teoría adquiere un valor único, ya que los impuestos están estrechamente vinculados a factores y estudios económicos. En el ámbito tributario, la AED tiene como finalidad maximizar la eficiencia económica del sistema positivo, concomitante con la consagración de la igualdad, mejorando los efectos derivados de la normativa legal tributaria.

La escuela de economía AED se inserta dentro de la perspectiva neoclásica del teorema del bienestar que instituye la eficiencia del libre mercado como regla junto con los factores sociológicos, dando lugar a las denominadas fallas de mercado. Así, en el marco de esta corriente teórica en el campo fiscal, las normas legales son consideradas un instrumento de regulación por excelencia, ya que tienen dos funciones centrales: posibilitar el funcionamiento del libre mercado y, excepcionalmente, la intervención estatal para corregir sus fallas cuando necesario.

En el conocimiento legal tributario, la AED tiene un rol destacado, ya que ayuda a esclarecer y mejorar las instituciones tributarias y problemas como sanciones tributarias, default tributario, evasión tributaria, evasión, incentivos tributarios, falta de efectividad regulatoria, entre otros.

El marco teórico del análisis económico del derecho tributario proporciona una comprensión de la teoría de la tributación óptima. A principios del siglo XX, se comenzó a desarrollar el concepto de impuesto óptimo en un intento de responder a los impasses intrínsecos de los impuestos o subsidios de manera fija, con el objetivo de no afectar los precios relacionados con los bienes y servicios. Mientras tanto, se considera que el comienzo efectivo de la teoría del impuesto sobre la renta óptimo tuvo lugar en la década de 1970 a través del trabajo del economista británico J. Mirrlees.

La tributación óptima es un área teórica multifacética ya que investiga y equilibra los campos de las finanzas públicas, la economía, el derecho, la capacidad tributaria, la capacidad contributiva, las políticas públicas y muchos otros. Así, tiene el objetivo central de definir reglas fiscales que reduzcan la carga tributaria excesiva junto con la eficiencia administrativa y fiscal, dando gran importancia y sinergia al área legal.

Precisamente, como lo prescribe José Yáñez Henríquez ¹⁰⁹⁰, “*la tributación óptima es un área de las finanzas públicas que busca determinar reglas de tributación que hagan mínima la carga excesiva introducida por los impuestos, es decir, preocupación por la eficiencia, pero también tendrá consecuencias sobre la equidad*”. Con base en este concepto, se entiende que la tributación óptima es aquella que logra llevar a cabo los principales propósitos del sistema tributario en el mundo real, para determinar “*un conjunto de tasas impositivas que minimicen la carga excesiva que producen los impuestos*”¹⁰⁹¹, teniendo como consecuencias la corrección de las distorsiones ocasionadas por los impuestos a la economía y el cumplimiento de la capacidad contributiva de cada persona, natural o jurídica.

Es decir, la tributación óptima estudia la mejor forma que tiene el Estado de recaudar los recursos necesarios para lograr sus objetivos, imponiendo costos mínimos a la sociedad y considerando aspectos de capacidad contributiva. Se busca establecer una estructura tributaria capaz de cumplir con los requisitos de eficiencia económica, así como lograr fines distributivos, mediante el análisis del modelo tributario desde una perspectiva económica, sociológica y legal, buscando encontrar alternativas que puedan mejorarlo y conducir al logro de sus objetivos.

La premisa principal de la teoría, por tanto, es el afán por la máxima eficiencia, que consiste en obtener el mayor producto posible, en base a una determinada cantidad de factores productivos y una tecnología específica, en conjunto con la equidad fiscal, un instituto que busca lograr una distribución justa de este producto entre los ciudadanos.

En términos prácticos, este respeto por la máxima eficiencia no es más que el respeto a la primacía de la justicia fiscal, incluida la ética fiscal.

La premisa principal de la teoría, por tanto, es el afán por la máxima eficiencia, que consiste en obtener el mayor producto posible, en base a una determinada cantidad de factores productivos y una tecnología específica, en conjunto con la equidad fiscal, un instituto que busca lograr una distribución justa de este producto entre los ciudadanos.

Este respeto por la máxima eficiencia no es más, en la práctica, que el respeto a la primacía de la justicia fiscal, incluida la ética fiscal.

¹⁰⁹⁰ HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015. p. 250.

¹⁰⁹¹ Ibid, p. 250.

De hecho, equilibrar y maximizar la eficiencia y la equidad es el propósito del impuesto considerado grande. Por lo tanto, cuando se alcanza el punto óptimo fiscal, llamado *trade-off*, es decir, cuando se logra la mejor relación entre eficiencia y equidad, determinada por cálculos de estadísticas y gráficos, es posible conocer y utilizar el valor ideal de la tributación.

Para comprender el significado de este punto fiscal óptimo, es urgente comprender las doctrinas sobre el “Teorema de Coase” y el “Óptimo de Pareto”. El primero se basa en una lógica costo-beneficio consecuencialista: el Estado debe, entendiendo que los daños son siempre recíprocos, simplemente evaluar qué derecho genera más ganancias (maximización de la riqueza) si está protegido. La segunda teoría, en cambio, establece que, para tener plena eficiencia económica, debe existir un equilibrio integral de mercado que solo realice transacciones cuando no haya ningún individuo, directa o indirectamente, perjudicado.

Así, uno de los puntos principales de la tributación óptima es encontrar éticamente el punto de la curva de Laffer de tributación en el que cualquier cambio en la situación tributaria implica un empeoramiento del sistema, es decir, cuando no hay posibilidad de mejorar la situación de alguien sin dañar a otra persona. Este período, denominado impuesto óptimo, es el punto de máxima eficiencia fiscal que puede alcanzar el impuesto y el respeto a la justicia fiscal.

Además, el postulado de máxima eficiencia de Pareto, junto con los estudios de Coase, se alcanza cuando cualquier cambio en la situación implica un empeoramiento de la misma. Al llegar al punto mencionado, se denota que estamos ante la etapa óptima de Pareto, cuando no hay posibilidad de mejorar la situación de alguien sin dañar a los demás. A partir del momento en que el impuesto excede su punto óptimo de recaudación, la tendencia es a que la recaudación disminuya, lo que puede, en la hipótesis de un aumento del sistema tributario, culminar en su colapso, porque establece la ética tributaria deseada.

Es axiomático que la tributación óptima hace referencia a los impuestos más eficientes económicamente, al cumplir con sus objetivos fiscales y generar la menor influencia posible en el comportamiento de las personas, además, fomenta el impago, desalienta el llamado “efecto free ride”, proporciona ingresos compatibles para el Estado y, al mismo tiempo, ofrece una tributación per cápita relativamente baja, consagrando la justicia fiscal.

Se sostiene que el interés de una fiscalidad óptima, de esta manera, es reducir la pérdida de peso muerto en la economía (*deadweight loss*), es decir, ese aumento de la eficiencia económica. La pérdida de peso muerto aparece por el cambio de comportamiento de los agentes inducido por el sistema tributario. En este sentido, los agentes toman decisiones económicas diferentes a las que elegirían si no hubiera tributación, o si hubiera un monto gravado bajo, situación que puede reducir el bienestar, ya que los contribuyentes compran a valores impositivos y no según sus creencias e intereses propios, codificando una importante ética fiscal.

Desde la perspectiva del bienestar social, la teoría clásica de la tributación óptima postula que debe elegirse un sistema tributario que maximice la función antes mencionada, sujeto a un conjunto de restricciones, habiendo diseñado la literatura sobre tributación óptima la justicia fiscal y la planificación social como un factor utilitario.

El autor francés Simula explica que, a través del teorema fundamental de la economía del bienestar, es posible obtener el óptimo de Pareto mediante la simple operación del mercado, ya que se extrae:

En vertu du second théorème fondamental de l'économie du bien-être, il est possible d'obtenir n'importe quel optimum de Pareto par le simple jeu du marché. Il suffit à cette fin de s'assurer qu'un certain nombre d'hypothèses sont réunies, de choisir l'un des optima de Pareto le long de la ligne des contrats, et de calculer les transferts forfaitaires nécessaires à son obtention, compte tenu des dotations initiales des agents. Une fois ces transferts mis en œuvre par le décideur public, la coordination marchande conduit à la réalisation de la situation souhaitée. Tout est alors pour le mieux dans le meilleur des mondes ! Obtenir une répartition des richesses plus juste, par l'entremise du système fiscal, est parfaitement compatible avec l'efficacité économique. En des termes plus imagés, la taille du gâteau à redistribuer (richesse nationale) ne dépend pas de la façon dont les parts sont déterminées. Il n'y a pas à arbitrer entre équité et efficacité. On parle alors d'optimum de premier rang (first best). Tout n'est malheureusement pas aussi simple. En effet, afin de calculer les transferts forfaitaires appropriés, le décideur public doit disposer d'informations précises sur les dotations des agents, c'est-à-dire sur leurs richesses initiales.¹⁰⁹²

Otra categoría esencial para la teoría son las llamadas “fallas de mercado”, que se caracterizan por prácticas imperfectas de libre mercado, son lo opuesto a la

¹⁰⁹² SIMULA, Laurent. Fiscalité optimale: de la théorie à la pratique. In: AUJEAN, Michel; LORENZI, Jean-Hervé. **Fiscalité et croissance**. França: Presses Universitaires de France, 2011. p. 25. (Collection Cahiers du Cercle des économistes).

categoría “óptima” y demuestran por qué, desde un ángulo colectivo, no es positivo para el Estado. la economía está de acuerdo con el libre mercado, sobre la base del *laissez-faire*, sin ninguna intervención estatal.

En el mismo sentido, se manifiesta el “fracaso del gobierno”, que comenta el autor alemán Kaiser, refiriéndose a un impuesto denominado impuesto de capitación, y considerando que la estructura tributaria no puede ser óptima si tiene un efecto extremadamente regresivo, como se afirma. en un extracto de su investigación:

Berücksichtigt man jedoch Verteilungsüberlegungen, so kann die Kopfsteuer aufgrund mangelnder Informationen über die Bemessungsgrundlage (z. B. individuelle Fähigkeiten) sowie aufgrund ihrer extremen regressiven Wirkung nicht die Lösung des Problems der optimalen Steuerstruktur darstellen. Damit rechtfertigt sich auch die Fragestellung Ramseys: Die Regeln einer optimalen indirekten Besteuerung in einer Mehr-Personen-Wirtschaft lassen sich in einen allokativen und distributiven Term aufspalten, wodurch der “trade off” zwischen Effizienz und Verteilung auf theoretischer Ebene erst konkretisiert werden kann.¹⁰⁹³

Las categorías teóricas enumeradas describen el propósito principal de la tributación óptima, de acuerdo con las enseñanzas de la escuela austriaca y otras escuelas de análisis económico, que es la consagración del principio de neutralidad fiscal con la máxima eficiencia.

El impacto de la tributación debe medirse por la elasticidad económica, es decir, desde la flexibilidad para encontrar soluciones alternativas ante un aumento o disminución de la oferta y la demanda. Así, se infiere que la oferta y la demanda siempre se ven afectadas por la incidencia de los impuestos, ya que el valor de los impuestos también impacta los precios de los insumos, bienes y servicios ofrecidos para el consumo, situación que interfiere considerablemente con el equilibrio normal del mercado, a aumentar los precios y reducir las cantidades ofrecidas, además de perturbar las elecciones personales de los consumidores e infringir la ética fiscal pretendida. En este contexto económico-fiscal, el impago de impuestos perjudica la economía y genera una competencia desleal.

¹⁰⁹³ KAISER, Helmut. **Konsumnachfrage, arbeitsangebot und optimale haushaltsbesteuerung: theoretische ergebnisse und mikroökonomische simulation für die Bundesrepublik Deutschland.** Frankfurt: Lang, 1990. p. 47.

La importancia de una tributación óptima, en este sentido, se ve desde la perspectiva de los impasses de la tributación real, con la búsqueda constante (a través de la economía, la matemática y la estadística) de lograr que los más diversos modelos tributarios alcancen impuestos considerados óptimos, como es el caso, las que engloban el mayor bienestar común junto con la máxima de perfeccionar la acción fiscal y cumplir con la justicia fiscal deseada.

En este escenario, abundan los principios extraídos del costo de transacción del mercado económico, con aportes centrales a la AED tributaria, ya que la tributación puede entenderse como un costo de transacción en sentido estricto o amplio, siendo siempre relevante en la determinación de las transacciones jurídicas, ya que impacta e influye de manera decisiva en las elecciones de los agentes económicos.

Aún así, la abstracción de la elección racional, un instituto importante para la comprensión y aplicación del impuesto óptimo, señala que: (i) los individuos son egoístas, es decir, siempre actúan con la intención de incrementar su propio bienestar en visión de los recursos limitados disponibles y (ii) las personas toman decisiones consistentes para lograr sus objetivos personales, a la luz de la información predispuesta sobre las posibles opciones en el mercado. Los consumidores individuales, por tanto, tienen la necesidad de tomar decisiones y ordenarlas por orden de prioridad.

La teoría de la tributación óptima llega a todas las ramas del derecho, por lo que, para que un impuesto sea óptimo, es fundamental apuntar a su máxima eficiencia, tanto bajo el sesgo económico como el socioambiental, al fin y al cabo, estos son factores intrínsecos que deben ser analizado en derecho tributario ambiental. La intersección entre la eficiencia económica y la realización de la isonomía es inexorable, por lo que una norma considerada eficiente no puede generar desigualdad o injusticia, incluso en el sesgo jurídico-ecológico, dando lugar a estrategias éticas como la “fiscalidad verde”, que tiene como objetivo gravar en de una manera más acentuada las actividades y productos considerados más contaminantes o nocivos para la salud humana, con el fin de construir un paradigma tributario junto con un desarrollo económico ambientalmente sustentable.

A partir de tecnologías disruptivas, se corroboran nuevos paradigmas económico-sociales, con poco espacio legislativo en la normativa vigente para acomodar los cambios agudos y estructurantes que se requieren en el mundo conectado y que requerirán aún más en los próximos años. En este contexto, las normas tributarias pueden no ser suficientes para dar lugar a respuestas contundentes a las efímeras innovaciones tecnológicas de hoy, por lo que es necesario implementar una nueva hermenéutica jurídica

que englobe la teoría de la eficiencia junto con el análisis económico del derecho, como una teoría capaz de ayudar a mejorar la regulación y la interpretación judicial de las tecnologías disruptivas, como se escuchó, mejoró la justicia fiscal.

Desde la perspectiva de la legislación fiscal sancionadora, este campo del conocimiento puede utilizarse como un medio ético de incentivo o desincentivo en la fijación de precios de los costos de actos ilícitos y nocivos, y las enseñanzas de la AED son consideraciones importantes para la teoría fiscal sancionadora, como antes. Una persona física comete un acto que genera una determinada sanción fiscal, evaluará si los costos de transacción son mayores que los beneficios, buscando maximizar sus intereses y evitar pérdidas.

En cuanto al derecho a la alimentación en el ámbito fiscal, la doctrina de la tributación óptima surge como una herramienta para, a través de los costos de transacción, ponderar la libre circulación de bienes a expensas de la incertidumbre científica, la salud pública y la seguridad alimentaria y ecológica, a través del principio de legales, como los institutos de precaución y proporcionalidad, elementos del principio de justicia fiscal.

Además, el contexto legal y tributario actual propicia la integración de concepciones innovadoras de cumplimiento tributario y análisis económico del derecho tributario, el primero en optimizar el cumplimiento de las leyes, mejorar la postura empresarial, cumplir con las expectativas de la sociedad y aumentar la transparencia de las actividades económicas y el segundo mejorando la eficiencia y la igualdad jurídica, considerando que ambos institutos se pueden aplicar éticamente al mismo tiempo y tienen mucho para mejorar el sistema tributario nacional, tanto en la creación de legislación y políticas tributarias, como en la aplicación de la norma tributaria.

Con la modernización de los instrumentos estatales, el proceso arbitral, a su vez, ha demostrado ser el método más eficiente y rápido para la resolución de disputas tributarias en muchos casos, en detrimento de la ineficiencia de la gestión pública estatal en la resolución de determinadas disputas tributarias, especialmente aquellas más complejas. En conjunto, los aportes de la AED fiscal, el arbitraje fiscal tiene como objetivo mejorar los sistemas positivos y mejorar sus resultados para que sean económica y socialmente más eficaces.

Para lograr los postulados de tributación óptima, finalmente, se enumeran cinco requisitos fundamentales del sistema tributario, que en realidad estructuran el Teorema del Estándar Tributario Óptimo: (i) debe ser concebido con base en un amplio

apoyo de los contribuyentes, evitando que la tributación excesiva recaiga sobre el pocos; (ii) la legislación debe ser objetiva, simplificada, accesible y fácil de entender, proporcionando seguridad jurídica a los mandantes; (iii) reflexionar sobre productos de demanda inelástica, es decir, productos que, independientemente de los cambios de precios, se consumen frecuentemente sin afectar la demanda; (iv) observar y consagrar la justicia fiscal, respetando el precepto isonómico; y, finalmente (v) tener un bajo costo administrativo.

Por tanto, un sistema tributario a la luz del Teorema del Estándar Tributario Óptimo como representación lógica del análisis económico del derecho tributario debe optimizar su eficiencia económica, al no interferir en la asignación de recursos, con simplicidad administrativa, bajo costo, flexibilidad a la economía. cambios y tener amplia transparencia y equidad. De esta manera, las concepciones de tributación óptima constituyen un sistema tributario más eficiente, con apoyo a preceptos isonómicos, en justicia tributaria, que genera un menor costo estatal y transmite éticamente más certeza jurídica, celeridad y efectividad a los contribuyentes.

A pesar de ser recientes, los estudios sobre tributación óptima ciertamente no se consideran una corriente doctrinal estable, ya que los resultados teóricos no son definitivos si se insertan en la vida real. Sin embargo, esta teoría tiene el mérito de arrojar luz sobre problemas reales, y puede generar importantes aportes en el plan teórico y práctico fiscal, que, independientemente de la clasificación adoptada para la comunidad, siempre están vigentes.

Dentro de estas perspectivas, a la luz del marco teórico existente ante los nuevos desafíos que ya están presentes o que se avecinan, los que antes eran eficientes ya no encajan en el concepto de tributación óptima, porque se basan en los medios de producción que solía estar y se sabe que está desactualizada. La velocidad de la información, el intercambio mundial de bienes y especialmente servicios, los desafíos ambientales dinámicos y las nuevas demandas de intervención estatal, exigen, por tanto, que se desarrollen nuevas formas de tributación y que se respete la ética tributaria, siendo la AED la vía viable. .

Así, el desarrollo de la fiscalidad sobre la intervención en el medio ambiente, sobre las nuevas tecnologías y la nueva forma de prestación de servicios, altamente globalizada y vinculada a la transferencia de información a través de internet, así como sobre los alimentos, por ejemplo, se acerca al concepto desarrollado. por Posner del nivel impositivo óptimo. Por otro lado, la regla tributaria del contribuyente no sería

suficiente sin la contraparte estatal, diseñada a través de una mejor racionalización de la recaudación tributaria estatal, a través de políticas de actualización tecnológica de la administración pública, con miras a una mayor transparencia, reducción de litigios, isonomía, atención al público. la capacidad de contribuir y, en definitiva, la búsqueda de la justicia fiscal.

Por tanto, la escuela teórica del análisis económico del derecho tributario puede no tener todas las respuestas a las contingencias sociales, pero es una herramienta auxiliar del operador del Derecho que permite analizar la ciencia jurídica bajo otros enfoques epistemológicos, al brindar caminos jurídicos insólitos que puede ser muy beneficioso para la sociedad. Y, en este sentido, el Teorema de la Norma Óptima Tributaria surge como una representación lógica del análisis económico del derecho tributario, haciéndolo efectivo, práctico y plenamente aplicado, frente a la soñada ética tributaria y la consagración en la implementación de la justicia tributaria.

Así, fueron considerados utópicos, el análisis económico del derecho tributario, concomitante con la teorización de la tributación óptima, puede convertirse en una norma de imposición óptima con una alta perspectiva práctico-futurista, ya que la economía domina cada vez más a la sociedad, ya sea en la implementación de políticas públicas, ya sea en los distintos negocios y empresas de los diferentes segmentos; y también y principalmente en el pensamiento jurídico actual y el tecnológico prospectivo.

REFERENCIAS

ACOSTA, Eugenio Simón; VILLANUEVA, Antonio Vázquez Del Rey; YARZA, María Eugenia Simón. **Lo esencial del Derecho Financiero y Tributario**: parte general. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters Limited, 2018.

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **Scielo Brasil**, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. Disponible en: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100010&lng=en&nrm=iso. Acceso en: 22 set. 2020.

ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **GER-2007-1-006**. Primeiro Senado. 12 de dezembro de 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALFANO, Roberta. La reforma fiscal medioambiental: status en Italia y España – posibilidades y desarrollos en la experiencia comparada, con referencia particular a la fiscalidad de la energía. *In*: MARTÍNEZ, Francisco Adame (coord.). **Fiscalidad ambiental en España**: situación actual y perspectivas de futuro. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.

ALPA, Guido, La interpretación económica del Derecho (Economic Analysis of Law). **Revista de Derecho Themis**, v. 42, p. 301-315, 2001.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponible en: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287>. Acceso en: 23 abr. 2021.

ALVES, Francisco. Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**, [s.l.], v. 43, n. 2, p. 124-125, jun. 2003. Disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902003000200011. Acceso en: 23 abr. 2021.

ALVES, Gustavo Baptista; MENDONÇA, Victor Furtado; PAIXÃO, Thalles. COSTA, Leonardo (coord.). **Tributação de novas tecnologias e telecomunicações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

AMARAL, Gilberto Luis de; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do. (coord.). **Cálculo do IRBES**: índice de retorno de bem estar à sociedade. São Paulo: IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2015. Disponível em: <https://www.ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

AMARAL, Gilberto Luiz do. OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2020. Disponível em: <https://www.ibpt.com.br/estudos/estudo-sobre-os-dias-trabalhados-para-pagar-tributos-2020/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (org). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado Democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

ANIDO, Miguel Ángel Caamaño; CARRERO, José Manuel. Calderón. Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?. **Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña**, [s.l.], v. 6, p. 179-209, 2002.

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Tributação como instrumento de redução das desigualdades no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 226-258, abr. 2018.

ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Rdiel**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 197-226, jan./jun. 2016.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARIDA, Pércio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARIENTI, Wagner Leal. A Teoria Tributária de Adam Smith: uma revisão. **Textos de Economia**, Florianópolis, n. 2, v. 2, p. 43-58, jun. 1987.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Cláudio Gianfardoni. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

ARMELIM, Donaldo. Ação declaratória de imunidade tributária. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 26, p. 21-31, abr./jun. 1982.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário**. São Paulo: RT, 1969.

ATALIBA, Geraldo. Imunidades e isenções tributárias. **Revista de Direito Tributário**, n. 1, São Paulo, p. 67-100, julho/setembro de 1977.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ATALIBA, Geraldo. Imunidade de instituições de educação e assistências. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, p. 136-142, jan./mar. 1991.

ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 62, p. 111-132, [s.d.].

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000.

ATKINSON, Anthony B. **Inequality**: what can be done? Cambridge: Harvard University Press, 2015.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. 5. ed. Londres: John Murray, 1885. v. 2.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. London: John Murray, 1899.

ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo da Áustria. **Número comercial 0622/73**. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 1973: 1973000622.X03. 10 de abril de 1973.

ÁUSTRIA. Suprema Corte da Áustria. **Número comercial 16Ok 11/13**. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: OGH0002: 2014: 0160OK00011.130.0127.000. 27 de janeiro de 2014.

ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo Austriaco. **Número comercial Ra 2019/07/0014**. Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 2019: RA2019070014.L01. 28 de fevereiro de 2019.

ÁUSTRIA. Tribunal Administrativo da Áustria. **Número comercial: Ra 2018/07/0454**, Identificador de jurisprudência europeia (ECLI): AT: VWGH: 2019: RA2018070454.L04. 19 de dezembro de 2019.

BALANOS, Lucía del Carmen Bolaños. Justicia tributaria como principio constitucional en el Estado social de derecho. **Revista de Derecho**, [s.l.] n. 48, p. 54-81, 2017.

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALLESTEROS, Jesus. **Postmodernidad: decadencia o resistencia**. Madrid: Tecnos, 1989.

BALLÉN, Rafael. Vigencia del pensamiento político de Platón en las formas de gobierno. **Revista Diálogo de Saberes**, [s.l.], n. 24, p. 69-84, 2006.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Direito Tributário e Controle Social. **Revista do TCU**, [s.l.], p. 45-52, 2009.

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. v. 1.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev e atual até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda. **Teoria da Tributação Ótima sobre o consumo**. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia), Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 1999.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades Tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTIN, Gilles; ZALIO, Pierre-Paul. Sociologie économique début de siècle: l'impossible troisième voie entre histoire et théorie économique. **Terrains et Travaux: Revue de Sciences Sociales**, Cachan, n. 4, p. 6-55, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Federal do Brasil** (Promulgada em 05 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo, 1997.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O planejamento fiscal e a interpretação no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 12. ed. Washington: CQ Press, 2016.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A idade média e o nascimento do Estado Moderno: aspectos históricos e teóricos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation**. Basil Blackwell: W. Harrison, 1948.

BENTHAN, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books: Kitchener, 2000.

BEREJO, Álvaro Rodríguez. Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, Espanha, n. 13, p. 235-251, 2005.

BERLINI, Antonio. **Curso institucional de Direito Tributário**. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1985.

BERNARDES, Gabriel Faria; CORREIA, Armênio Lopes. Considerações sobre as práticas de compliance tributário no contexto brasileiro. *In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. **Compliance e integridade**: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Análise Econômica do Direito e a Lei Anticorrupção Empresarial: Lei 12.846/2013. **Onpedi Law Review**, Espanha, v. 2, n. 3, p. 332-353, jan/jun.

BEURLIN, Alexandra. **Direito Humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional *In: **Tributação da Economia Digital**: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. Saraiva: São Paulo, 2018.

BLACKSTONE, Willian. **Comentaries of the Law at England**. Oxford: [s.n.], 1765.

BOBBIO, Norberto. **Las ideologías y el poder en crisis**. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. Colômbia, Santa Fé de Bogotá: Ed. Themis, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 6. ed. Tradução de Carmem Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco A. Nogueira. 6. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: autobiografia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos: IPI, ICMS, ISS e IR**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BORGES, José Souto Maior. **Interpretação das normas sobre isenções e imunidades: interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: EDUC/Saraiva, 1975.

BORGES, José Souto Maior. **Limitações constitucionais à tributação**. In: IV Curso de especialização em direito tributário. São Paulo: Resenha Tributária, 1978. v. 1.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária: uma introdução metodológica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BOULANGER, Jean. **Lê Droit Prive Français au milieu du xx. siècle: études offertes à Georges Ripert**. Paris: LGDJ, 1950. tomo I.

BOYETT, Joseph H; BOYETT, Jimmie T. **O guia dos gurus: os melhores conceitos e práticas de negócios**. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues e Priscilla Martins Celeste. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BRANDÃO, José Luiz. **Da Monarquia à República: história de Roma Antiga, das origens à morte de César**. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. v. 1.

BRASIL. **Lei nº 110**. Dispõe sobre Contribuições Sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4320**. Dispõe sobre Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.354/SP** Terceira Turma. Relatora: Ministra Nanci Andrighi. 27 de Agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1163283/RS**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 07 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 651.703**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 29 de setembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1838837/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 12 de maio de 2020 e REsp 1691748/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 07 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 28 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 167/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. 07 de março de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1734733/PE**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. 07 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.956/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. 06 de dezembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Quarto AG. REG. do Inquérito 4.435**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. 14 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34123/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. 30 de março 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 60/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. 28 de junho de 2020.

BRETAS, Gabriel de Queiroz. Análise Econômica Austríaca do Direito Tributário: uma visão crítica da justiça fiscal. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, p. 1-36, 2017.

BUCHANAN JR, James McGill. **Custo e escolha**: uma indagação em Teoria Econômica. Tradução de Luiz Antônio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

BUCHANAN JR, James McGill. **Mirar afuera desde dentro**. In: SZENBERG, Michael. Grandes economistas de hoy: el testimonio vivo y la visión del mundo de los grandes economistas de hoy. Madrid: Debate. 1994.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent**: logical foundations of constitutional democracy. [S.l.]: Michigan University Press, 1962.

BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico del Derecho**. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2018. E-book. (Colección Lo Esencial del Derecho, 35).

CABRITA NETO, Serena; TRINDADE, Carla Castelo. **Contencioso tributário**: processo, arbitragem e execução. [S.l.]: Almedina, 2019. v. 2.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

CALABRESI, Guido. Transaction costs, resource allocation and liability rules. **Journal of Law and Economics**, p. 67-73, 1968.

CALABRESI, Guido. El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en el sistema de Common Law y Derecho Civil. **Revista de Derecho Themis** 60, [s.l.], p. 361-366, 2011.

CALABRESI, Guido. **The future of Law and Economics**: essays in reform and recollection. [S.l.]: Yale University Press, 2016. E-book.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 30.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário**: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do Direito Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 186-187, jan./jun. 2009.

CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A arbitragem em Direito Tributário**. n. 2. Coimbra: Almedina, 2010.

CAMPOS, Plínio José Lambriola de. **História dos tributos no Brasil**. São Paulo: SINAESP, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPRA, Frijof. **A teia da via**. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

CARBAJO, Juan Manuel Lopes. La moral tributaria y el comportamiento del contribuyente. **TEMA** 2, Espanha, p. 196-220, 2011. Disponible en: https://www.ciat.org/Biblioteca/AsambleasGenerales/2011/Espanol/2011_tema_1.3_ecuador_Vásquez.pdf. Acceso en: 25 ago. 2021.

CARIELLO, Bruno. Da tradição do utilitarismo pela caneta de seu opositor: como Rawls apresenta o seu oponente teórico. **Revista Aproximação**, Rio de Janeiro, v. 15, 2. ed., p. 233-259, 2019.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo**: doutrina, jurisprudência e Direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile I**: funzione e composizione del processo. Pádua: Cedam, 1996.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Princípios constitucionais tributários e competência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRERA, Enrique Díaz-Mauriño. **Tributación medioambiental: análisis desde un punto de vista constitucional y de financiación de las Comunidades Autónomas de la gestión sostenible de los residuos**. 2014. Monografía (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Cristiano. **A Análise Econômica do Direito Tributário**. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. **Reforma tributária: reflexões sobre a lei n. 10.637/2002 (Antiga MP 66)**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros; TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado**. São Paulo: RT, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014. v. 1.

CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) BRITTO, Lucas Galvão; DIAS, Karem Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa**. Petrópolis: Vozes, 2008.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **The network society: from knowledge to policy**. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005.

CASTRO, Ana María Rúbio. **Teoría del Derecho y Derecho Subjetivo en Alf Ross**. **Anuário de Filosofia del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 279-302, 1987.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia do Direito: fundamentos de sociologia geral: sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CASTRO, J. A.; SANTOS, C. H.; RIBEIRO, J. A. C (org.). **Tributação e equidade no Brasil: um registro da reflexão do Ipea no biênio 2008-2009**. Brasília: IPEA, 2010.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CEZAROTI, Guilherme. O impacto tributário no novo Código Civil. *In*: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Direito Empresarial à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Secta, 2003.

CHICAGO. Tribunal de Apelações de Chicago, Estados Unidos. v. Kaminski, 7º Circuito, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Colombia: Temis, 1986.

CHOZA, Jacinto. **Historia cultural del humanismo**. Madrid: Thémata, Plaza Y Valdés, 2009.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COASE, Ronald H. Law and economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 3, 1-44, 1960.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-36, out. 1960.

COASE, Ronald H. The institutional structure of production. *In*: PRIZE lecture. [S.l.], mai. 1991. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

COASE, Ronald H. **Essays on economics and economists**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In*: SILVIA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Imunidade, apontamentos, críticas às críticas**. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, p. 199-210, jan./mar. 1985.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito Tributário Contemporâneo**. São Paulo: RT, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COELLO, Joaquín Muniz. Aspectos de la Monarquía Romana del siglo XI a.C.: reflexiones sobre la tradición. **Revista Onoba**, [s.l.], p. 147-170, 2018.

COGLIOLO, Pedro. **Philosophia do Direito Privado**. 2. ed. Bahia: Empreza Editora, 1898.

COHEN, George M. Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the view from the Bench. **University Of Pennsylvania Law Review**, v. 133, p. 1117-1166, 1985.

CORRÊA, Samantha. Fundamentos éticos da tributação. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/fundamentos-eticos-da-tributacao/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CONSTITUCIÓN Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 15. ed. [S.l.]: Colex, 2017.

COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORAZZA, Gentil. **Estado e Teoria Econômica**: de Quesnay e Keynes. 1984. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Estudos e Pesquisas Econômicas (IEPE), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1984.

CORDOBA. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia nº Recurso: 34/2015**, nº de Resolución: 92/2015. Audiencia Provincial, Sección 1ª. Ponente: Pedro Jose Vela Torres. 23 de fevereiro de 2015. (ROJ: SAP CO 80/2015).

COSTA, Mercè; DURÁN, José María; ESPASA, Marta; ESTELLER, Alejandro; MORA, Antoni. **Teoría básica de los impuestos**: un enfoque económico. 2 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Direito Costituzionale**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1970.

CRISTECHE, Mauro. Capital, Derecho y Economía: de la Teoria Marxista del Derecho de Pashukanis a *El Capital* de Marx. **Revista Astrolabio**, La plata, n. 20, Nueva Época, p. 110-133, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Paulo Marcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 69-97, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivim, 2014.

CUSCHNIR, Luiz. **O homem e suas máscaras**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

CZAJKOWSKI, Karen Eler. **Alternativas ao modelo atual de globalização**: o homem no centro de todas as teses. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DACUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivim, 2014.

DA SILVA, Matheus Pelegrino. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. **Revista Ágora Científica**, Recife, v. 19, n. 2, p. 117-151, mai./ago. 2019.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**: introdução, teoria e metodologia: geografia dos grandes sistemas jurídicos. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional comparado**. 3 ed. Curitiba, Juruá, 2010.

DANTAS, Numeriano Dubourcq Dantas. **Direito Tributário sancionador**: culpabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Quartir Latin, 2018.

DAVI, Jordeana. Carga tributária e política social considerações sobre o financiamento da Seguridade Social. *In*: DAVI, Jordeana. MARTINIANO, Claudia. SANTOS, Maria A. Nunes. JÚNIOR, Geraldo Medeiros. BRAZ, Mariana C. S. NASCIMENTO, Juliana M. CRUZ, Fabiana Faustino. **Seguridade social e saúde**: tendências e desafios. Campina Grande: EDUEPB, 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

DE CARVALHO, Salo. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DE CASTRO, Alexander. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. *In* DAL RI JUNIOR, Arno. **Illuminismo e Direito Penal**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008.

DE COULANGES, Fustel. **La ciudad antigua**: estudio sobre el culto, el Derecho y las instituciones de la Grecia e de Roma. Madrid: Imprenta y Fundacion M. Tello, 1876.

DE LANDÁZURI, Luis María Cruz. La ciência del Derecho en Jeremy Bentham. **Revista de Fundamentacio de las Instituciones Jurídica y de Derechos Humanos**, Navarra, v. 37, p. 169-171, 1997.

DE OLIVEIRA, Francisco. Consequências da expansão romana. *In*: OLIVEIRA, José Luís Bandão Francisco (coord.). **História de Roma Antiga**: das origens à morte de César. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. v. 1.

DEFFAINS, Bruno. Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques. **Revue économique**, v. 58. p. 1149-1162, 2007.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: regras para a direção do espírito. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Karem Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIAS, Karem Jureidini; SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. O compliance e o exercício da fiscalização tributária. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) BRITTO, Lucas Galvão; DIAS, Karem Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira. **Política jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y Análisis Económico**: política y Derecho. Espanha: Fondo de Cultura Económica, 2008. E-book.

DIEZ, Humberto P. COTO, Alberto; DIEZ, Fernando. **El ilícito en la ley de procedimiento tributário nacional**: un enfoque integral. Buenos Aires: Errepar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOING business in Italy. In: WOLTERS kluwer. [S.l.], 2020. Disponible en: www.wolterskluwer.com/en/expert-insights/doing-business-in-italy. Acceso en: 20 ago. 2020.

DURANT, Will. **A história da Filosofia**. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: E. Nova Cultura Ltda, 1996.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. Madri: Francisco Beltran, 1912.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value?. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EASE of doing business. In: SELECT USA. [S.l.: s.d.]. Disponible en: <https://www.selectusa.gov/doing-business>. Acceso en: 20 ago. 2020.

EASTON, David. **Uma teoria de análise política**. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

EIXEMENIS, Francesc. **Regiment de la cosa publica**. Barcelona: Barcino, 1927. (Colecion Els Nostres Classics).

ENGELKE, Sandra Regina. **Educação fiscal**: educar para a cidadania. Florianópolis: PRELLO, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Garcia de. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Civitas, n. 10, p. 399-430, 1976.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**: teses de doutoramento. São Paulo: Almedina, 2017. E-book.

ESHEL G.; MARTIN, P. A. Diet, energy, and global warming. **Earth Interactions**, [s.l.], v. 10, n. 9, p. 1-17, mai. 2006.

ESPAÑA. Decreto nº 1494/2011, de 24 de octubre. Regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible. España: Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia nº 156/2014**, BOE nº 262/2014. Órgano Pleno. 29 de octubre de 2014.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia nº 218/2015**, BOE nº. 284. Órgano Pleno. 27 de noviembre de 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Sentencia 62 y 64, nº 164**. Órgano Pleno. 07 de junio de 2018.

ESPÍNDOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985. v. 1 e 2.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosch – Casa Editorial, 1961.

ESTEVÃO, Carlos Alberto Vilar. **Justiça e educação**: a justiça plural e a igualdade complexa na escola. São Paulo: Cortez, 2001. v. 86. (Colección Questões da Nossa Época).

ESTORNINHO, Maria João. **Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados**. Coimbra: Almedina, 2008.

EUROPEAN UNION. Health Equity Pilot Project (HEPP). **The impact of taxes on ‘junk food’ in Hungary**. Case Study, 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/social_determinants/docs/hepp_case-studies_02_en.pdf. Acceso en: 10 out. 2020.

FABRETTI, Lúdio Camargo; FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito Tributário para os cursos de Administração e Ciências Contábeis**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FACILIDADE de se fazer negócios em Brasil. In: DOING business. [S.l.], 2019. Disponible en: www.portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil. Acceso en: 20 ago. 2020.

FACHIN, Odília. **Fundamentos da metodologia**. São Paulo: Atlas, 1993.

FACHINI, Laura Stefenon. Eficiência e equidade: uma análise do Direito Tributário Brasileiro na perspectiva da Tributação Ótima. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 208-234, jul./dez. 2019.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidades e isenção tributária: instituições de assistência social. **Revista De Direito Administrativo**, p. 367-375, 1966.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FALCÃO, Maurin Almeida. NEIVA, Leonardo José Feitosa. A economia política do tributo segundo a Teoria do Public Choice: análise do caso brasileiro para uma melhor compreensão do desenvolvimento político. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 237-258, 2016.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **World Food Summit: report of the World Food Summit**. Roma: FAO, 1997. Disponível em: <http://www.fao.org/3/w3548e/w3548e00.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

FAO (Food and Agriculture Organization). **Enfrentando el cambio climático através de la ganadería: una evaluación global de las emisiones y oportunidades de mitigación**. Roma: FAO, 2013. Disponível em: www.fao.org/3/a-i3437s.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FARINA, Elizabeth Maria Querido. **Competitividade: mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo I.

FIGUEIREDO, Carlos. **Discursos históricos**. 2. ed. Belo Horizonte: Leitura, 2002.

FIGUEIREDO, Carlos. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FISCHER, Octavio Campos. (org.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

FOLLONI, André; SIMM, Camila Beatriz. Direito Tributário, complexidade e Análise Econômica do Direito: tax law, complexity and Law and economics. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 49-70, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o Direito e a “norma”**: Foucault e Deleuze na teoria do Estado. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRAILE, Guillermo. **História de la Filosofía**: Grecia y Roma. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

FRANÇA. Tribunal de Cassação Francês da Câmara Comercial. **Recurso nº 04-20.124**. 12 de dezembro de 2006.

FRANÇA. Tribunal de Cassação Cível Francês. **Recurso nº 17-24.583**. 12 de fevereiro de 2020.

GALLO, Franco. **Las razones del fisco**: ética y justicia en los tributos. Madrid: Marcial Pons, 2011.

FRANK, Jeremi. **Law and the modern mind**. Nova York: [s.n.], 1930.

FRIED, Carla. A team of experts makes the financial case that governments should spend more on nudging. *In*: UCLA Anderson review. [S.l.], mar. 2018. Disponível em: www.anderson.ucla.edu/faculty-and-research/anderson-review/nudge-worth. Acesso em: 03 nov. 2020.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FRYDMAN, Benoit. **Les nouveaux rapports entre Droit et Économie**: trois hypothèses concurrentes. Paris: CNRS Éditions, 2000. Disponível em: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/droiteco.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, jun. 2017.

GALBRAITH, John Kenneth. **Novo Estado Industrial**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1968.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. Tradução de F. R. Nickelson Pellegrini. São Paulo: Pioneira, 1979.

GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

GARCÍA, César Augusto Vásquez. La herencia pragmática de Gottlob Frege y Charles Sanders Peirce. **Cuadernos de Filosofía Latinoamericana**, Colombia, v. 35, n. 111, p. 165-179, 2014.

GARCIA, César Rascón; GONZALEZ, José María García. **Ley de las 7 tablas**. Madrid: Tecnos, 1993.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

GARIBOTTO, Chiara. **La tassazione efficiente**: un modello di simulazione ad agenti per il confronto tra sistemi tributari. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia e Gestão) – Facolt`A Di Economia, Universit`a degli Studi di Torino, Torino, 2011-2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do Direito de Propriedade. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Bonn: Max Planck Society, 2014.

GENY, François. **Método de interpretación y fontes de Derecho Positivo**. Madri: Ed. Reus, 1925.

MENA, Fiorella Gil. El sistema tributario del Perú y las dificultades que hacen lento su desarrollo. *In*: GESTIÓN. Peru, 30 jan. 2018. Disponible en: <https://gestion.pe/Economia/dificultades-enfrenta-sistema-tributario-peru-226012-noticia/>. Acceso en: 20 ago. 2020.

GIANNINI, A. D. **Instituzioni di Diritto Tributário**. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1974.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law review**, v.1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

GIERKE, Otton. **La función del Derecho Privado**. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madri: Sociedade Editorial España, 1904. Disponible en: www.cadeiras.iscte.pt/Sdir/beck_modrefl.pdf. Acceso en: 05 nov. 2020.

GIL-DELGADO, Miguel Satrústegui. La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval. **Revista Eletrônica de História Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 243-262, 2009.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Máisca Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIRELA, Miguel Ángel Recuerda. **Tratado de Derecho Alimentario**. Espanha: Thomson Reuters, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manoele, 2004.

GOLDSCHMIDT, Otto. **Die polizei-vorschriften des regierungsbezirks cassel: polizeiverordnungen, erlasse, bekanntmachungen usw.** Alemanha: Verlag Gebrüder Gotthelft, 1932.

GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; FERRARI, Bruna Camargo; BERGAMINI, Adolpho; BOSSA, Gisele Barra; e CANEN, Dóris. Os desafios impostos pela economia digital e o plano de ação 1 do projeto BEPS da OCDE. *In*: PISCITELLI, Tathiane (org.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GOMES, Nuno Sá. **Evasão fiscal, infração fiscal e processo penal fiscal**. Lisboa: Cadernos de Estudos Fiscais, 1997.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. Una aproximación a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. **Huri-Age**, n. 3, p. 1-17, 2010.

GONZÁLEZ, Clemente Checa. **Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria**. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2019. E-book.

GONÇALVES, Everton das Neves. A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, [Califórnia], p. 1-18, 2007.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude: uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, [s.l.], v. 1, n. 28, p. 77-122, nov. 2012.

GONZÁLEZ, Jose Ignacio López (coord.). **Lecciones de Derecho Alimentario**. 2. ed. Sevilla: Hispalex, 2011.

GONZÁLES, Miguel Anxo Pena; REGO, Miguel. Patrística y Cánones sobre el Derecho de guerra justa en la Escuela de Salamanca. In FERNÁNDEZ, Laura; GARÍ, Bernat; ROMERO, Álex Gómez; SNOEY, Chistian. **Clásicos para un nuevo mundo**: estudios sobre la tradición en la América de los siglos XVI y XVII. Madrid: Centro para la Edición de los Clásicos Españoles, 2015.

GONZÁLEZ, Sebastián Salgado. La filosofía de Aristóteles. **Cuadernos Duererías**, Espanha, p. 1-68, 2012. (Serie Historia de la Filosofía 2).

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAY, John Chipman. **The nature and sources of the Law**. Nova York: [s.n.], 1909.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20. v. 1.

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra Martins (coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: RT, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em sua unidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2.

GRISHAM, John. **A confraria**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

GROSECLOSE, Tim. The Laffer Curve and new evidence that taxes stifle economic output. In: RICOCHET. [S.l.], 9 set. 2012. Disponível em: <https://ricochet.com/185158/archives/the-laffer-curve-and-new-evidence-that-taxes-stifle-economic-output/>. Acesso em: 08 ago. 2020.

GUASQUE, Bárbara. **Análise Econômica do Direito e as decisões judiciais**: o judiciário como uma variável econômica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, ago. 2018.

GUDIÑO, Alejandro Romero. Ética y moral tributaria: revisión desde el sistema nacional anticorrupción. In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a Análise Econômica do Direito no Estado Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [s.l.], n. 2, p. 122-151, 2010.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. **Common Law, Civil Law e a Análise Econômica do Direito**: Common Law, Civil Law and the Economic Analysis of Law. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: CONPEDI, 2009.

- HABERMAS, Jürgen. **Problema de legitimación en el capitalismo tardío**. Tradução de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.
- HAMATI, Cecília Maria Marcondes. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- HANEL, Albert. **Studien zum deutschen privatrecht**. Leipzig: [s.n.], 1988. v. 2.
- HARADA, Kyoshi. **Sistema Tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of Law**. Oxford: [s.n.], 1961.
- HAYEK, Friederich. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HAYEK, Friederich. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão. 1983.
- HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.
- HECKSHER, M.; SILVA, P. L. DO N.; CORSEUIL, C. H. **A contribuição dos ricos para a desigualdade de renda no Brasil**. Brasília/Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2411.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.
- HEINRICH BÖLL FOUNDATION. **Atlas da carne: fatos e números sobre os animais que comemos**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll, 2015. p. 44. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/1123_atlasdacarne.pdf. Acesso em: 30 de nov. 2020.
- HENRÍQUEZ, José Yáñez. Tributación: equidade y/o eficiencia. **Investigación Académica**, Chile, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información – FEN Chile, p. 223-259, 2015.
- HENRY Sidgwick. *In*: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. [S.l.], 2004. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/sidgwick/>. Acesso em: 18 out. 2020.
- HERITAGE FOUNDATION. **2020 Index of economic freedom**. [S.l.]: HERITAGE, 2020. Disponível em: www.heritage.org/index/ranking. Acesso em 10 jul. 2020.
- HERNÁNDEZ, José López. La fundamentación del Derecho en Kant. **Anuário de filosofia del Derecho**, Espanha, v. ix, p. 395-406, 1992.
- HERNÁNDEZ, José López. **Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea**. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2005.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. **Derecho Tributario Ambiental**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses**: argumentos políticos para o capitalismo antes de seu triunfo. 2. ed. Tradução de Lucia Campello. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOESCH, Matthias. **From theory to practice**: Bentham's reception of Helvétius. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

HOFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOLMES, O. W. The path of Law. Tradução de Lauro Frederico Silveira. **Revista Discurso Jurídico**, v. 4, n. 1, p. 266-280, jan.-jul. 2008.

HORNFELD, Ignaz. **Soziale Machtverhältnisse**. Viena: [s.n.], 1911.

HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e o "autolancamento"**. São Paulo: Dialética, 1997.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1995.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

IHERING, Rudolf Von. **O fato impositivo**: Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo. Tradução de Djalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. Carta IEDI. *In*: IEDI. Ed. 309, [s.l.], 2009. Disponível em: https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_390_os_sistemas_tributarios_dos_paises_do_bric_um_foco_na_competitividade_externa.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

IORIO, Ubiratam. **Economia e Liberdade**: a Escola Austríaca e a Economia Brasileira. 2. ed. São Paulo: Forense, 1997.

IRONS, PETER. **A people's history of the supreme court**. New York: Penguin Book, 2006.

ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Ordinanza n° 464/2005**. Câmara do Conselho. Presidente Marini. 14 de dezembro de 2005.

ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Acórdão 232/2009**. Presidente Amirante. 15 de julho de 2009.

ITÁLIA. Tribunal Constitucional Italiano. **Acórdão n° 117/2020**. Presidente Cartabia. 19 de maio de 2020.

JARACH, Dino. **Curso superior de Derecho Tributário**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969.

JEZÉ, Gaston. O fato gerador do imposto. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 45, 1945.

JIMÉNEZ, Javier W. Ibáñez. **Análisis Económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JOBIM, Nelson. Imunidades das entidades fechadas de previdência privada. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 114-120, out./dez. 1994.

JUNIOR BRANDÃO, Salvador Cândido; PISCITELLI, Tathiane. Introdução: do data center à nuvem. *In*: PISCITELLI, Tathiane (org.). **Tributação da nuvem**: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JÚNIOR, Geraldo Medeiros. BRAZ, Mariana C. S. NASCIMENTO, Juliana M. CRUZ, Fabiana Faustino. **Seguridade social e saúde**: tendências e desafios. Campina Grande: EDUEPB, 2011.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAISER, Helmut. **Konsumnachfrage, arbeitsangebot und optimale haushaltsbesteuerung**: theoretische ergebnisse und mikroökonomische simulation für die Bundesrepublik Deutschland. Frankfurt: Lang, 1990.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KANTOROWICZ, Hermann. **La definición del Derecho**. Tradução de J. M. de La Veja. México: Trotta, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. 3. ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERKMEESTER, Heico. Methodology: general. *In*: DE GEEST, Gerrit ; BOUCKAERT, Boudewijn. **Encyclopedia Of Law And Economics**. [S.l.]: Edward Elgar Pub, 2000. Disponible en: <http://encyclo.findLaw.com>. Acesso em ago. 2020.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda: inflação e deflação**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

KIRCHNER, Christian; KOCH, Stefan. **Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts**. Opladen: O Westdeutscher Verlag, 1989.

KITTERER, W., FRONIA, J. **Belastungswirkungen der umsatzsteuer**. Tübingen: [s.n.], 1981.

KLEIN, Naomi. **A doutrina em choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KLUTH, Winfried. Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana. **Revista española de Derecho financiero**, Civitas, n. 93, p. 47-62, 1997.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

KOMLOS, John; PERRI, Salvatore. Il Reaganismo, la Curva di Laffer e la Flat Tax: alcune considerazioni realistiche. *In*: ETICA PA. [S.l.], 2019. Disponible en: www.eticapa.it/eticapa/wp-content/uploads/2019/10/Breve-_Reaganomics-curva-di-Laffer-e-flat-tax_.pdf. Acesso en: 18 nov. 2020.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: repensando igualdade e diferença a partir do pensamento de Chantal Moufle. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald. **Economic Analysis of Tax Law: current and past research investigated from a german tax perspective**. Alemanha: Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2003.

KRAFT, Victor. **El Círculo de Viena**. Taurus: Madrid, 1996.

KUNDA, Stany N. **Artificial intelligence, robots and automation: a pareto-optimal taxation policy to address challenges to the future of employment.** Minas Gerais: [s.n.], 2017.

KZAN NETO, Calilo Jorge; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LABAND, Paul. **Das Straatsrecht des Deutschen Reich.** Tubingen: J.C.B. Mohr, 1911.

LAGEMANN, Eugênio. **Tributação ótima.** n. 2. Porto Alegre: Ensaio FEE, 2004. v. 25.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta. *In:* TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional aplicado.** São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 2.

LASK, Emil. **Rechtsphilosophie.** Tubingen: J.C.B. Mohr, 1923.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios.** Brasília: ENFAM, 2010.

LEIFERT, Rodrigo Mantaut. **Análise dos efeitos de um imposto sobre alimentos engordativos no mercado brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONETTI, Carlos Araújo. **A contribuição de melhoria na constituição de 1988.** São Paulo: Diploma Legal, 2000.

LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil.** São Paulo: Manole, 2003.

LEY General Tributaria: Ley 58/2003, de 17 de diciembre. 15. ed. [S.l.]: Thomson Reuters, [s.d.].

LIMA, Abili Lázaro Castro. Globalização econômica e crise dos estados nacionais. *In:* FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LIMA, Maria Ednalva de. **Interpretação e Direito Tributário: o processo de construção da regra-matriz de incidência e da decorrente norma individual e concreta.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIPORONI, Antônio Sérgio. **Instrumentos para gestão tributária de cidades**. São Paulo: Universitária de Direito, 2003.

LISBOA. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n. 1719/10.3TBALQ-D.L1-1**. 1ª Secção. Regulação do poder paternal. alteração da regulação do poder paternal. Interesse da criança. [...] Alimentos. Relator: Dr. João Ramos De Sousa, 06 de dezembro de 2011.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. Acórdão, **Processo n. 160/04.1TBSSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 18 de setembro de 2012.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n.º 1721/11.8TVLSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos de Sousa. 26 de fevereiro de 2013.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n. 540/11.6TVLSB.L2-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 28 de abril de 2015.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n. 969/10.7TBALQ.L1-1**. Relator: Manuel Marques. 16 de junho de 2015.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n. 1300/12.2TVLSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 01 de dezembro de 2015.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n. 2904/06.8TVLSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 16 de fevereiro de 2016.

LISBOA. Tribunal Superior da Relação de Lisboa. **Acórdão, Processo n. 1447/12.5TVLSB.L1-1**. Relator: Dr. João Ramos De Sousa. 26 de abril de 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LÓPEZ GONZÁLEZ, María Paz. **Manual de compliance tributario**. [S.l.: s.n.], 2019. E-book.

LORENZO, Margarita Santana; NOVOA, César García. (dir.) **Practicum compliance tributário**. Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2020.

LOUREIRO, Carlos; CÂMARA, Francisco de Sousa da. TELLO, Jesus López; PALMA, Clotilde Celorico; ARANTES, Tito. A Arbitragem Internacional. *In*: CAMPOS, Diogo Leite; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.). **A Arbitragem em Direito Tributário**. n. 2. Coimbra: Almedina, 2010.

LOAYZA, Claudia Elena Guzmán. Algunas consideraciones sobre moral tributaria en el Perú. *In*: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuteurs, 2018. E-book.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Marcia N ; DEFRIES, Ruth S.; MORTON, Douglas C.; STICKLER, Claudia M.; GALFORD, Gillian L.; SHIMABUKURO, Yosio E. Decoupling of deforestation and soy production in the southern Amazon during the late 2000s. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Arizona, v. 109, n. 4, p. 1341-1346, jan. 2012. Disponível em: www.pnas.org/content/pnas/109/4/1341.full.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. A imunidade tributária do art. 155, § 3º, da Constituição Federal e os conceitos de operação e de faturamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, p. 59-62, abr./jun. 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MACKAAY, Ejan. **L'efficience comme valeur du droit civil**: invitation À l'analyse économique du droit. Les grandes valeurs. Montréal: Éd. Thémis, 2019.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2020.

MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 161/2015**, nº Recurso: 41/2015. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 06 de marzo de 2015. (ROJ: SAP M 3751/2015).

MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Apelación, nº Recurso: 648/2015**. Juzgado de lo Mercantil, Sección 5ª. Ponente: Don Florencio Molina Lopez. 06 de julio de 2016. (ROJ: AJM B 92/2016).

MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 182/2015**, nº Recurso: 476/2014. Audiencia Provincial, Sección 2ª. Ponente: Antonio Marin Fernandez. 31 de julio de 2015. (ROJ: SAP C 779/2015).

MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 165/2016**, nº Recurso: 1169/2015. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 05 de abril de 2016. (ROJ: SAP M 15414/2016).

MADRID. Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 411/2016**, nº de Recurso: 194/2016. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 27 de julio de 2016. (ROJ: SAP M 11017/2016).

MADRID. Superior Tribunal de Justicia, Audiencia Provincial y Unipersonales. **Sentencia, nº de Resolución: 614/2016**, nº de Recurso: 3/2014. Audiencia Provincial, Sección 17ª. Ponente: Don Jesus Fernandez Entralgo. 23 de diciembre de 2016. (ROJ: SAP M 17083/2016).

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida . Alguns conceitos de direito tributário. **Boletim Conteúdo Jurídico** , v. 17, p. 2.22640, 2009. Disponible en: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16353/alguns-conceitos-de-direito-tributario>. Acceso en: 14 jul 2020.

MAÍLLO, María de los Ángeles Guervós. **El impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

MANKIW, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew; YAGAN, Danny. Optimal taxation in theory and practice. **Journal of Economic Perspectives**, [s.l.], v. 23, n. 4, p. 147-174, 2009.

MAQUIAVEL. **O príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

MARCHANT, Diego Alejandro Costa; MARTINELLI, Luis Fernando dos Santos. A internet a serviço do fisco. In: SCHOUERI, Luis Fernando (org.). **Internet: o Direito na era virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARCIANO, Alain. Ronald Coase, “The Problem of Social Cost” and The Coase Theorem: an anniversary celebration. **European Journal of Law and Economics**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 1-9, nov. 2010.

MARCO, Manuel Sanchis I. **La justicia en economía: racionalidade económica y critérios de demarcação del estado social**. 2018. Tese de doutorado, Universitat de València , València, 2018.

MARESO, José Juan. Jeremy Bentham: luces y sombras. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez. **Revista de la Universidad de Granada**, Granada, v. 47, p. 221-248, 2013.

MARINHO, Josaphat. **Rui Barbosa: valores da personalidade e da obra**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.

MARINOFF, Lou. **Mais Platão, menos Prozac**. Tradução de Ana Luiza Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo judicial**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.

MARSHAL, Alfred. **Princípios de Economia**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Colección Os Economistas). v. 1.

MARTÍNEZ, Francisco Adame. (coord.). **Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro**. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da Imposição Tributária**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Tributário e reforma do sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives de Gandra da Silva. **Uma teoria do tributo**. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTUS, T; EMMRICH, J; POLZIN, J. Soll Fleisch teurer werden? Darum geht es in der Debatte. **Berliner Morgenpost**, [s.l.], 2019. Disponível em: www.morgenpost.de/politik/article226705443/Fleischsteuer-Warum-Politiker-Fleisch-teurer-machen-wollen.html. Acesso em: 20 out. 2020.

MARX E ENGELS. **Manifesto do partido comunista**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

MASINI, Stefano. **Corso Di Diritto Alimentare**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

MATAJA, Victor. **Das Recht des Schadenersatzes vom standpunkte der nationslokomie**. [S.l.]: Duncker & Humblot, 1888.

MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal **Administrativo, história y Derecho Comparado**. Tradução de José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

- MEDINA, Fábio Osório. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELO, José Eduardo Soares de. Sistema tributário: Bitributação, Bis in Idem e cumulatividade. Reformas. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **Direito Tributário e Reforma do Sistema**. São Paulo: RT, 2003.
- MELO, José Eduardo Soares de. Imunidades das contribuições sociais à seguridade social. *In*: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARVALHO, Cristiano (coords.) **Imunidade Tributária**. São Paulo: MP, 2005.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Alf Ross e o processo de racionalização. **Revista de Estudos Jurídicos e Políticos Sequência**, Florianópolis, n. 6, 1982.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.
- MÉMENTO PRATIQUE. **Mémento Fiscal**. Levallois: Ed. Francis Lefebvre, 1997.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2. ed. 2008.
- MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. A Teoria do Direito: uma análise da influência do Law and Economics na construção do Pós-Positivismo. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 191, p. 19-38, jul. 2018.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946, com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONTANER, Ramón José Torregrosa. **Tres ensayos sobre Tributación Óptima, economías de escala y competencia imperfecta**. Tese (Doutorado em Economia) – Universitat d'Alacant, Alicante, 1994.

MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 216-364.

MONTERO, Carlos E. Peralta. **Tributación y derechos fundamentales**: los principios constitucionales como límite al poder tributário – reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Costa Rica. 2014. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. Livro 1. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MONTORO FILHO, André Franco. Teoria elementar do funcionamento do mercado. *In* PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de (org.). **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, p. 19-40, jul. 1998.

MORUS, Thomas. **A utopia**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Colección A obra-prima de cada autor).

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito Constitucional**: teoria e 800 questões. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MOULINES, Carlos Ulises. La génesis del positivismo en su contexto científico. **Dianoia**, [s.l.], v. 21, n. 21, p. 31-49, 1975.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MOZETIC, Vinicius Almada. **Hermenêutica Jurídica (crítica) da tecnologia pós-moderna como resposta para o problema da compreensão, interpretação e aplicação**

do Direito. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6009. Acesso em: 19 nov. 2020.

MUNÔZ-GARCIA, Miguel Ángel. Del espíritu (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. **Vniversitas**, Colombia, n. 137, 2018. No paginado.

MUSGRAVE, Richard A., **Theories of Fiscal Federalism: public finance = finances publiques**, [s.l.], v. 24, n. 4, p. 521-536, 1969.

MYDDELTON, David Roderic. **The power to destroy: a study of the british tax system**. [S.l.]: Johnson London, 1969.

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

NASCIMENTO NETTO, Agostinho do. **Análise Econômica do Direito à elisão fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Finanças públicas: União, Estados e Municípios**. 2. ed. Brasília: Vestcon, 2003.

NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, [s.l.], v. 3, n. 01, p. 233-260, 2011.

NETO, Celso de Barros Correia. **Tributação das bebidas açucaradas no Brasil: caminhos para sua efetivação**. [S.l.]: Consultoria Legislativa, 2020.

NIERTO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário: estudos de casos e problemas**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1980.
NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

NUSSBAUM, Martha C.. FLawed Foundations. The philosophical critique of (a particular type of) economics. **The University of Chicago Law Review**, v. 64, p. 1197-1214, 1997.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão, e instrumento de ação. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de; PEREIRA, Carlos Alberto; GALLO, Mauro Fernando. Tributação ótima: isso existe?. **FiscoSoft**, [s.l.], 2012. No paginado.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **A monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

OLIVEIRA DE BAIRRO. Tribunal Judicial de Oliveira do Bairro. **Acórdão, Processo n. 53/2001.C1**. Relator: Teles Pereira. 23 de Janeiro de 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutoso de. **A Análise Econômica do Direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do Direito Fundamental à vedação do Confisco Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: Cristianisme i Justícia, 2002.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acceso en: 08 dez. 2020.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Experiencia de México en el Establecimiento de Impuestos a las Bebidas Azucaradas como Estrategia de Salud Pública**. México: OPS, 2015. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18390/978-92-75-31871-3_esp.pdf?sequence=5&isAllowed=y . Acceso en: 10 nov. 2020.

OVIEDO, José Maria Martin. Reflexiones sobre Etica Fiscal. **Revista de Economía Política, Espanha**, n. 61, p. 127-154, 1972.

OVIEDO, Carolina Unzueta. Para una Teoría de la Historia del Derecho. **Revista Atenea**, Santiago, Chile, n. 513, jul. 2016. ISSN 0718-0462. No paginado. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622016000100012. Acceso en: 04 jan. 2021.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho, una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- PARDO, José J. Sanmartín. El bien común como idea política: John Stuart Mill, los liberales y sus críticos. **Foro interno: anuário de teoría política**, Madrid, n. 6, p. 125-153, 2006.
- PARDO, Maurício Rúbio; TRUJILLO, Ana María Arjona. El Análisis Economico del Derecho. **Anuário Jurídico**, Colômbia, p. 117-150, 2002.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. *In* POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (coord). **Estudo sobre negócios e contratos**: uma perspectiva internacional a partir da Análise Econômica do Direito. [S.l.]: Almedina, 2017.
- PARIS. Tribunal de Commerce de Paris – França. **Processo C-39/94**. ECJ-1996-2-010. 11 de julho de 1996.
- PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005.
- PASETTI, Marcelo. **Inteligência artificial aplicada ao Direito Tributário**: um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho Tributario y ética**. Argentina: Ed. Heliasta, 2010.
- PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: OAB/SC, 1999.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- PAYÃO, Jordana Viana; ROSSIGNOLI, Marisa. Desafios da regulação tributária em tempos de tecnologias disruptivas, **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 530, mai./ago. 2019.
- PAZ, José Carlos Laguna de. **Derecho Administrativo Económico**. Pamplona: Civitas, 2016.
- PEINADO, Federico Lara. **Código de Hammurabi**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1992.
- PEINADO, Federico Lara; GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los primeros Códigos de la humanidad**. Madrid: Tecnos, 1994.
- PEREIRA JARDIM, Lourdes. Teoria Social y concepcion del trabajo: una mirada a los teoricos del siglo XIX. **Revista Gaeceta Laboral**, Maracaibo, Venezuela, n. 1, v. 14, p. 81-101, 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33614104.pdf>. Acceso en 14 out 2020.
- PEREIRA, César A. Guimarães. **Elisão tributária e função administrativa**. São Paulo: Dialética, 2001.
- PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica**. 2. Ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

PEREZ, Juan J. Zornoza. **El sistema de infracciones y sanciones tributarias**. Madrid: Civitas, 1992.

PÉREZ, Nicolás López. Pragmatismo y Derecho: notas para um enfoque científico en la teoría jurídica del siglo XXI. **Revisita de Ciencias Sociales**, Chile, n. 65, p. 121-146, 2014.

PESTANA, Márcio. **O princípio da imunidade tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEZZI, Alessandra Cristina Giacomet, **Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIFFANO, Horacio L. P. **Análisis Económico del Derecho Tributario**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2012.

PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. 4. ed. Londres: Macmillan, 1932.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTADO, Emilio Sánchez. La Ley, el Derecho y la Economía. **Revista Empresa y Humanismo**, Espanha, v. 5, n. 1-2, p. 119-137, 2002.

PIOMBO, Horacio J. J. El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes Jr. y la Teoría Predictiva del Derecho. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Argentina, v. 43, p. 189-218, 2020.

PISCITELLI, Tathiane (coord. e Org.); BOSSA, Gisele Barra (Coord). **Tributação da nuvem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da economia digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PITSICA, Diogo Nicolau; PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Introdução à ciência jurídica de Hans Kelsen**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PITSICA, Diogo Nicolau. **Imunidade tributária recíproca: aspectos legais e estratégicos a uma gestão orçamentária**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Evolução do pensamento jurídico ocidental: alicerces construtores do direito brasileiro**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PITSICA, Diogo Nicolau; PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Realismo Jurídico Antimetafísico de Alf Ross**: uma introdução à política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PÍTSICA, Diogo Nicolau. Poder, fuerza, legitimidade y procedimientos y los limites éticos de la actuación estatal frente a los códigos de defensa del contribuyente como factores (des)constitutivos de la ciudadanía y de la justicia fiscal. *In*: MARQUES, Mateus; SANTA TERRA JUNIOR, João (org.). **Temas de Direito Público e Privado**: estudos em homenagem ao VIII centenário da Universidade de Salamanca. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. v. 2.

PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artifícios do conhecimento jurídico**. Florianópolis: Editora Conceito, 2017.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**: banquete. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. **Estudos sobre negócios e contratos**: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito. São Paulo: Almedina, 2017.

PONCE, Manuel Ocampo. Ética moral y tributaria: una recuperación del pensamiento clásico y cristiano desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino. *In*: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). **Ética y moral tributaria**. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Editora Tempo Brasileiro, 2004.

PORTO, Antônio Maristrello; NUNO, Garoupa. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 1182/96**. Processo nº 606/95. 2ª Secção. Relator: Cons. Sousa Brito 20 de novembro de 1996.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 354/04**. Processo nº 647/03. 2ª Secção. Relatora: Cons. Fernanda Palma. 19 de maio de 2004.

POSNER, Richard A. **The economics of justice**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A. La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962-1987. *In*: ROEMER, Andrés. **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de cultura económica, 2000.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, [s.l.], v. 2, n. 7, p. 7-16, 2008.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. São Paulo: Editora Forense, 2010.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010.

PRIETO, Luis María Cazorla. **Derecho financiero y tributario: parte general**. 17. ed. Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: além do rendimento, além das médias, além do presente – as desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI**. New York: PNUD, 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_pt.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

QUERALT, Juan Martín; CARMELO, Lozano Serrano; LÓPEZ, José M. Tejerizo; OLLERO, Gabriel Casado. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 28. ed. Madrid: Tecnos, 2017.

QUERALT, Juan Martín; LÓPEZ, José M. Tejerizo; GALIARDO, Antonio Cayón. **Manual de Derecho Tributario: parte especial**. 14. ed. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2017.

QUIRÓS, Roberto Canãs. El humanismo del cristianismo primitivo, la Patrística y la Edad Media. **Revista Espiga**, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 61-74, 2001.

RADBRUCKER, Gustav. **Introducción a la filosofía del Derecho**. Tradução de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura, 1993.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Erasmo Marcos. **Direito Ambiental comparado** (Brasil – Alemanha – EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do direito comparado. Maringá: Midiograf II, 2009.

RAMSEY, Frank P. A contribution to the theory of taxation. **The Economic Journal**, [s.l.], v. 37, n. 145, p. 47-61, mar. 1927.

RAND, Ayn. **Introducción a la epistemología objetivista**. Buenos Aires: Grito Sagrado Editorial de Fundación de Diseño Estratégico, 2011.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RASCÓN, César García. **Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RAWLS, Jhon. **Teoría de la Justicia**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALI, Darcí. **Os municípios e a tributação ambiental**. Caxias do Sul: Educs, 2006.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Vintage, 2002.

REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. *In*: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. 4. ed. Boston: Elsevier, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. *In*: **Direito Tributário e Segurança Jurídica**. São Paulo: MP, 2008.

RIBEIRO, Pedro Barbosa; FERREIRA, Paula M. C. Ribeiro. **Curso de Direito Processual: Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1996.

RIBEIRO, Silva. Gestando la próxima pandemia. *In: LA jornada*, [s.l.], abr. 2020. Disponible en: www.jornada.com.mx/2020/04/25/opinion/023a1eco. Acceso en: 15 out. 2020.

RIBEIRO, Silvia. Crise do Coronavírus alerta para necessidade de repensar produção alimentar. *In: BRASIL de fato*. São Paulo, abr. 2020. Disponible en: www.brasilefato.com.br/2020/04/01/artigo-os-latifundiarios-da-pandemia-por-silvia-ribeiro. Acceso en: 20 out. 2020.

RIO DE JANEIRO. Prefeitura Municipal. **NudgeRio**. Rio de Janeiro: Prefeitura Municipal, [s.d.]. Disponible en: www.rio.rj.gov.br/web/fjg/exibeconteudo?id=8060290. Acceso en: 03 nov. 2020.

RIVERA-SOTELO, Aída-Sofía. **El utilitarismo de Jeremy Bentham: ¿fundamento de la teoría de Leon Walras?** Colombia: Cuadernos de Economía, 2011.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature & significance of economic science**. Londres: MacMillan & Co., Limited, 1932.

ROCHA, Isabel; ROCHA, Joaquim Freitas (coord). **Códigos tributários e legislação conexa**. 37. ed. [S.l.]: Porto Editora, 2017.

ROCHA, Roberval. **Direito tributário**. 5. ed. [S.l.]: Editora Juspodivm, 2018.

RODRIGUES, Nuno Simões. Dos “conflitos de ordens” ao Estado Patrício-plebeu. *In: OLIVEIRA, José Luís Bandão Francisco (coord.). História de Roma Antiga: das origens à morte de César*. v. 1. [S.l.]: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

RODRIGUEZ, Manuel de Vicente-Tutor. **La fiscalidad medioambiental en la UE y España: situación actual y propuestas**. 2016. 52 slides. Disponible en: <https://economistas.es/Contenido/Consejo/Estudios%20y%20trabajos/Informe%20LA%20FISCALIDAD%20AMBIENTAL%20EN%20ESPA%C3%91A.pdf>. Acceso en: 15 dez. 2020.

ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROEMER, Andrés. **Derecho y Economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de cultura económica, 2000.

ROMERO-MUCI, Humberto. Desinstitucionalización tributaria en Venezuela: entre la distopia y la anomia social. *In: COTERO, José de Jesús Gómez (coord.). Ética y moral tributaria*. México: Thomson Reuters, 2018. E-book.

ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del Derecho: crítica del dualismo em el derecho**. Buenos Aires: ED. Abeledo-Perrot, 1997.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Revisão de Alysson Leandro Mascaro. São Paulo: [s.n.], 2007.

ROSS, Alf. **Teoria de las fuentes del Derecho**: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Tradução de José Luis Muñoz de Baeva Simón, Aurélio de Prada García e Pablo Lopez Pietsch. Madrid: Ed Centro de Estudios Políticos, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Colección A obra-prima de cada autor).

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do Direito Político**. Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ROYO, Fernando Pérez; BERRO, Florián García; ROYO, Ignacio Pérez; ESCRIBANO, Francisco; GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco. **Curso de Derecho Tributario**: parte especial. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2017.

RUSSOMANO, Rosah. **O princípio do federalismo na Constituição brasileira**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1965.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**: a lide e sua resolução. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SABBAG, Eduardo. **Sistema Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAGÜÉS, María Sofía. El Análisis Económico del Derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Pensamiento Constitucional**, ano XIV, n. 14, p. 225-255, 2009.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Sistema de Derecho Financiero**. Madrid: Facultad de Derecho da la Universidad Complutense, 1985. v. 2.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. [S.l.]: SelectedWorkd, 2012. p. 10-11. E-book. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 16 nov. 2020.

SALES, Nacir. **Blindagem de bens**: o empresário e o novo Código Civil. São Paulo: Manole, 2004.

SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. In: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e política sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SAMPSON, Anthony. **O homem da companhia**: uma história dos executivos. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matia e Maria Alice Máximo. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTA CATARINA. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (ALESC). **MPV/00226/2019**. Reduz a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações com insumos agropecuários, de acordo com sua classificação toxicológica, e estabelece outras providências. Autoria: Carlos Moisés da Silva. Santa Catarina: Assembleia Legislativa, 2019. Disponível em: <http://www.visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?token=777026180502de9d8cea29653c3604c47ed051eede459dcf6e6d99c145bb59cc47a406914274ca646ab49a41ce4cf6ff>. Acesso em: 25 out. 2020.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Decadência e prescrição no Direito Tributário do Brasil**: análise das principais teorias existentes e proposta para alteração da respectiva legislação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

SANTOS, Fernando Muniz. Globalização econômica, Estado e Mercado. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Rogério Dultra dos. Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano atual**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SCHMIDT, Kurt. **Die steuerprogression**. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1960.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Teoria da tributação**: teoria da tributação ótima. 2017. 14 slides. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4021689/mod_resource/content/0/Aula%202%20.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

SEFER, Tiago Nasser. Segurança jurídica tributária: sob a ótica da Análise Econômica do Direito. *In*: NETO, Calilo Jorge Kzan Neto; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação, finanças públicas e política fiscal**: uma análise sob a óptica do Direito e Economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução de Ricardo D. Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Ed. Schwarcz, 2009.

SÊNECA, Lucio Anneo. **Sobre la Clemencia**. Madrid: Editorial Tecno S.A., 1986.

SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. **Michigan Law Review**, Michigan, n. 110, p. 1483-1520, 2012. Disponível em: <https://repository.Law.umich.edu/mlr/vol110/iss8/2>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SHAVELL, Steven. **Foundation of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHINGAKI, Mário. **Gestão de impostos para pessoas físicas e jurídicas**. São Paulo: Saint Paul, 2002.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILA, Benetazzo. **Teoria della Tassazione Ottima del Reddito**: uno studio recente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia Internacional) – Dipartimento Di Scienze Economiche e Aziendali “Marco Fanno”, Università Degli Studi Di Padova, Pádua, 2015-2016.

SILVA, Enio Waldir. **Estado, sociedade civil e cidadania no Brasil**: bases para uma cultura de direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014.

SILVA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Arbitragem**: estudos sobre a Lei 13.129 de 2015. Saraiva: São Paulo, 2016.

SILVA, Jamily de Jesus; GASSEN, Valcir. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. *In*: GASSEN, Valcir (org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: diálogos sobre estado, constituição e tributação. 2. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **O município na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA; David Roberto R. Soares da; ESTEVAM, Priscila Lucenti. **Tributação da economia digital no Brasil**: uma abordagem prática. São Paulo: Editora B18, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica Jurídica**: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro. [S.l.]: Editora Leia Livros, 1985.

SIMON, Herbert A. Introductory comment. *In*: SIMON, Herbert; EGIDI, Massimo; VIALE, Riccardo; MARRIS, Robin Laphorn. **Economics, bounded rationality and the cognitive revolution**. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 1992.

SIMULA, Laurent. Fiscalité optimale: de la théorie à la pratique. *In*: AUJEAN, Michel; LORENZI, Jean-Hervé. Fiscalité et croissance. França: Presses Universitaires de France, 2011. (Collection Cahiers du Cercle des économistes).

SIQUEIRA, Édison Freitas de. **Débito fiscal**: análise crítica e sanções políticas. Porto Alegre: Sulina, 2002.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1983. (Colección Os Economistas).

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução de Luiz Cristóvão de Aguiar. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. v. 2.

SOLER, Sebastian. **Las palabras de la Ley**. México: Fondo de Cultura, 1969.

SOTO, Jesus Huerta. **A Escola Austríaca**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SOUZA, Artur César. Análise Econômica das decisões judiciais: STF: ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF. **Revista de Processo**, ano 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Karla Karolina Harada; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A lógica indutora e a utilização das avaliações custo benefício e custo efetividade na aplicação dos princípios do poluidor-pagador, usuário-pagador e protetor-recebedor: desafios e perspectivas. *In*: NETO, Calilo Jorge Kzan Neto; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (org.). **Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. 2. ed. RJ: Edições Financeiras, 1954.

STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofia del Derecho**. Tradução de W. Roces. México: [s.n.], 1974.

STONER, James A. F.; FREEMAN, R. Edward. **Administração**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Listen, Economists! **The New York Review of Books**. v. 58, 10 nov. 2016.

SWISS to vote on banning factory farming. **Swissinfo**, [s.l.], 17. set. 2019. Disponível em: www.swissinfo.ch/eng/animal-rights_swiss-to-vote-on-banning-factory-farming/45233958. Acesso em: 20 out. 2020.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *In*: ZYLBERSTAJN, Decio. STAJAN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Raquel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, [s.l.], v. 52, n. 205, p. 321-345, jan/mar. 2015.

TAKADA, Thalles. **O discurso econômico do Direito**. Londrina: Thoth, 2018.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. Tradução de Beatriz Sidou. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de Direito Tributário**. Florianópolis: Momento Atual, 2002.

TAVARES, Daniela Pessoa; DOMINGUES, Rodrigo Rabeca. **Fatca e crs: enquadramento, regimes jurídicos e legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 2017.

TAVARES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades de Isonomias**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.

TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

TAYLOR, Timothy. In defense of outsourcing. **Cato Journal**, v. 25, p. 367-377, 2005.

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Compliance e informação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional. **Revista BNDES** 42, [s.l.], p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acesso em: 16 nov. 2020.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TERRA, Ramón. **La história en sus textos**: el cristianismo primitivo en la soceidad romana. Madrid: Editora Istmo, 1990.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happines. Michigan: Caravan. 2008.

THOMASIIUS, Christian. **Grundlekren des natur**. Halle: [s.n.], 1709.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**: estudos sobre a Análise Econômica do Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Foco, 2019.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Espanha: Marcial Pons Ediciones, 2002.

TOFFLER, Alvin. **Powershift**: as mudanças do poder. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

TOMAZETE, Marlon. A viabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 75, p. 177-198, jul-ago. 2007.

TORRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. (org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Marta Bisbal. La libertad de expresión en la Filosofía de John Stuart Mill. **Anuário de filosofia del Derecho**, [s.l.], n. 23, p. 13-36, 2006.

TORRES, Rafael Lima. **Compliance e a Lei nº 12.846/2013 a luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e cidadania) – Programa de Pós-Graduação, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Unicuritiba, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 3.

TORRES, Salvador Mas. El tema de la vitud: A. Macintrye, lector de Aristóteles. **Revista de Filosofia**, Espanha, 3. ed., v. 8, n. 15, p. 159-181, 1996.

TRASE INSIGHTS. **Deforestation risk highly concentrated in Matopiba region.** [S.l.]: Trase Insights, 2020. Disponible en: <https://insights.trase.earth/yearbook/contexts/brazil-soy>. Acceso en: 14 ago. 2020.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Responsabilidade do Estado por dano tributário.** São Paulo: Dialética, 2004.

TROTABAS, Louis. **Droit Fiscal.** [S.l.]: Ed. Gallag, 1975.

TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El análisis económico del Derecho.** Colombia: Precedente, 2012.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental:** a utilização dos instrumentos econômicos e fiscais na implementação do Direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário.** Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais/Educ, 1976.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

UN Environment Programme. **Tackling the world's most urgent problem:** meat. [S.l.]: UNEP, 2018. Disponible en: www.unenvironment.org/news-and-stories/story/tackling-worlds-most-urgent-problem-meat. Acceso en: 15 out. 2020.

UNITED STATES. *United States Fidelity & Guaranty Co. v. Ploidba*, 683 F.2d 1022, 1022. 7th Cir. 28 de maio de 1982. Disponible en: <https://www.ravellaw.com/opinions/f34203b1edfecf7de16875c66526e6cb>. Acceso en: 13 jun. 2020.

UNITES STATES. *Merritt v. Faulkner*, 697 F.2d 761. Seventh Circuit. 5 de janeiro de 1983. Disponible en: <https://www.anylaw.com/case/merritt-v-faulkner/seventh-circuit/01-06-1983/t4ZbP2YBTITomsSBRWEI>. Acceso en: 15 jun. 2020.

VALENTE, F. L. S. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada. **Revista de Nutrição da Puccamp**, Campinas, v. 10, n. 1, p. 20-36, 1997.

VANONI, Ezio. **Opere Giuridiche.** Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1962. v. 2.

VARGAS, Jorge del Busto. *Ética Tributaria*. **Thémis 12**, PUCP, San Miguel, Peru, p. 10-15, 1988.

VEDANA, Celso. **Federalismo:** autonomia tributária formal dos municípios. Florianópolis: Habitus, 2002.

VERGARA, Francisco. Bentham y Mill acerca de la “calidad” de los placeres. **Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas**, Espanha, v. 7, n. 2, p. 33-45, 2003.

- VIANA, Victor. **A Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro, 1933.
- VIEIRA, Mónica Brito; VILLA-LOBOS, Nuno de. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2013.
- VIEIRA CERVERA, C. La tributación ambiental y la etica como medios de control social. **Revista Análisis Tributario**, n. 290, p. 18-19, mar. 2020.
- VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in US Constitutional Law. 16. ed. USA: Rowman and Littlefield, 2014.
- VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). **Guia da Arbitragem Tributária**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- VILLARREAL, Alberto Muñoz. Fiscalidad y medioambiente: estado de la cuestión. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, [s.l.], v. 2, n. 47, p. 117-132, 2014.
- VITA, Jonathan Barros. **Arbitragem comercial e de investimentos e o Direito Tributário**. São Paulo: No prelo, 2015.
- VITALIS, Aline. Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1-22, 2019.
- VON HAYEK, Friederich August. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Editora Visão, 1983.
- WALD, Arnoldo. A Arbitragem e a Administração Pública: evolução: aspectos legislativos, jurisprudencial e práticos. **Revista Comercialista**, [s.l.], v. 7, n. 15, p. 16-25, 2017.
- WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de Direito. **Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência**, Porto Alegre, v. 57. n. 384, p. 53–62, out. 2009.
- WARAT, Luís Alberto. Sobre dogmática jurídica. **Revista Sequência**, ano 1, p. 33-55, 1980.
- WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito, interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.
- WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Abril Cultura, 1974.
- WEBER, Max. **História Geral da Economia**. São Paulo: Mestre Jou, 1999.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Göttingen: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WINKLER, Victor. Okonomische analyse des rechts: vor Hundert Jahren! **German Working Papers in Law and Economics**, paper 16, p. 1-20, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santos Tomás de Aquino. **Revista Crítica jurídica**, [s.l.], n. 19, p. 15-31, jul./dez. 2001.

WORD HEALTH ORGANIZATION. **Fiscal policies for diet and prevention of Noncommunicable Diseases**. Geneva, Switzerland: WHO Library Cataloguing-in-Publication, 2015. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250131/9789241511247eng.pdf;jsessionid=AF8E618DC77AB7C101F5EB0BD43E0733?sequence=1>. Acesso em: 13 out. 2020.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento**: Teoria Geral do ato, do procedimento e do Processo Tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: CASTELAR PINHEIRO, Armando; PORTO, Antônio José Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Pinheiro (coord.). **Direito e Economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, Brasília, v. 10, p. 25-53, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.