
SPECIAL SECTION

Derecho y tributación en América Latina: entre problemas persistentes y nuevos desafíos

Entrevista con Francisco Saffie Gatica
Universidad Adolfo Ibañez

Entrevista realizada por Jorge Atria
Santiago de Chile, Mayo 2017

Aunque los análisis sobre tributación contemporánea reconocen la importancia de factores económicos, políticos, sociales e institucionales, es innegable que la legislación ocupa un lugar central. Los procesos de discusión y creación de una ley, las tensiones de poder que ella refleja, y el respeto o incumplimiento de la misma en la vida cotidiana permiten explicar en gran medida el desempeño de nuestros sistemas tributarios, su incidencia en el estado y su impacto en la vida de los ciudadanos. En esta entrevista, Francisco Saffie, abogado, doctor en derecho de la Universidad de Edimburgo y profesor de la Universidad Adolfo Ibañez discute algunos temas actuales sobre tributación en América Latina desde una perspectiva sociojurídica y de derecho tributario.

Jorge Atria (J.A.): Si uno revisa el diagnóstico de los sistemas tributarios en América Latina hay cierto consenso de que son injustos, de que comparten características que los hacen insuficientes, o que no tienen capacidad para hacer tributar adecuadamente a sus ciudadanos.

La economía ha generado abundante evidencia sobre eso, y ha desarrollado instrumentos y conceptos para explicarlo: progresividad, regresividad, inequidades verticales, horizontales, etc. Sin embargo es más difícil interpretar todo esto desde el derecho ¿Cómo observa el derecho el desarrollo y evolución de la tributación latinoamericana?

Francisco Saffie (F.S.): Es una buena pregunta y me parece desafiante en el sentido de que obliga al jurista a mirar el derecho desde fuera del derecho, porque para hacer esa evaluación uno debería tener una perspectiva más sociojurídica. Esa perspectiva revela un derecho que ha estado en función de intereses económicos. Eso implica que uno podría mirar quiénes han tenido la influencia para determinar los beneficios tributarios que existen en Latinoamérica, que son muchos al capital, para ver cómo la fiscalización tributaria ha estado centrada más en cuestiones de cumplimiento formal que de cumplimiento sustantivo, y

ahí se escapa generalmente la renta, y eso pasa en todo Latinoamérica.

Desde el punto de vista dogmático jurídico, desde dentro del derecho, ha faltado reflexión y teoría. Hay poca sistematización, poca racionalidad, poco dotar de sentido a las instituciones, principalmente porque los asesores tributarios y la educación legal tributaria, en Chile y yo diría que en Latinoamérica también, ha estado más enfocada en la prestación de servicios legales y la asesoría tributaria al capital. Y eso ha implicado que en las universidades se enseña poca dogmática y poca teoría jurídica sobre los impuestos, hay poca comprensión de cómo se generan las obligaciones tributarias más allá de la satisfacción formal de la ley. Antiguamente, hasta comienzos de los sesenta, existía en Latinoamérica un interés mayor en desarrollar el derecho tributario. Por ejemplo, se hacían congresos de tributaristas latinoamericanos, que no eran asesores tributarios si no que eran teóricos, estaban preocupados de un trabajo filosófico y jurídico dogmático sobre las instituciones tributarias. Ahí está por ejemplo el trabajo que hicieron Dino Jarach o Valdés Costa. Y todo eso quedó en el olvido.

A mi juicio, el derecho tributario lamentablemente fue pospuesto por el análisis de política tributaria desde el punto de vista de las finanzas públicas a partir de los setenta. Las ciencias jurídicas fueron dejadas de lado por las ciencias económicas y los impuestos se entendían, yo diría hasta la crisis del 2008, más

vinculados con cuestiones económicas que con cuestiones de justicia. Ahí apareció la importancia del derecho para el derecho tributario porque cuestiones sobre cómo hacer cumplir las obligaciones tributarias o qué significa tener una obligación tributaria son problemas jurídicos. Así también, el problema de la elusión es un problema jurídico, a pesar que habitualmente se dice que es moral. Es un problema de cómo se generan las obligaciones tributarias y cómo se hace legalmente responsables a los contribuyentes de sus obligaciones.

J.A.: ¿En qué falla la conversación socio jurídica o qué elementos se ponderan mal, de modo que se centra en ese tipo de análisis y no en otros que podrían ser de mayor importancia?

F.S.: Los estudio sociojurídicos en Latinoamérica no se han preocupado de levantar información distinta a la que proveen oficialmente las autoridades, o no han buscado creativamente dónde podrían haber problemas que no están viendo. Han faltado estudios sociojurídicos que vayan en contra de la ortodoxia -aunque esto ha ocurrido por el propio desarrollo de la academia, lo que se ve condicionado también por la manera en que se enseña, en que se entregan financiamientos para la investigación. Y ha faltado también la comprensión de que este es un problema de estructuras sociales y no simplemente moral. Lo mismo que estábamos hablando antes respecto del derecho, de que se cree que es un problema ético, cuántos impuestos debo pagar, como si no fuera un problema de obligaciones.

Esto crea un vínculo muy estrecho entre formalidad y cumplimiento, que da espacio para elusión, pero es todo lo contrario: es cumplimiento formal y no cumplimiento sustantivo. En términos jurídicos y sociológicos pienso que se ha exacerbado el componente moral de los impuestos. Tal como si el derecho penal, por ejemplo, matizara las condiciones bajo las cuales ciertas cuestiones son criminalizadas, o por qué ciertas personas son castigadas. En ninguno de los dos casos se analizan las condiciones éticas del sujeto que cometió algo ilícito. Si alguien mata a otra persona, se siguen ciertas consecuencias, porque matar es un delito. En consecuencia, establezco una pena y dirijo la política criminal, sociológicamente hablando, a evitar la comisión del homicidio. ¿Cuáles son las razones psicológicas o morales que una persona tuvo para matar a otro? No es relevante para definir la política y el análisis sociológico. Para la psicología podría ser, pero eso es otra cosa.

J.A.: Quizás lo moral está muy presente porque la política tributaria representa una dimensión estratégica de los estados contemporáneos. Parafraseando a Murphy & Nagel (2002), no bastaría con decir únicamente que son necesarios bajos impuestos para el crecimiento o la productividad, sino que uno tiene que argumentar por qué. En la práctica, se escucha cotidianamente que altos impuestos van a desincentivar el crecimiento, que se requieren bajos impuestos para que el país tenga estímulos para crecer o para que aumente la productividad, y todo tipo de asociaciones

que tienen finalmente un asiento moral, con valores y preferencias.

F.S.: Efectivamente en términos de la discusión pública son necesarios los argumentos morales respecto de la justificación de una determinada institución, sobre qué es lo justo. Pero eso no quiere decir que la aplicación de la ley esté abierta a la consideración individual o a la consideración moral; lo que el derecho discute en un caso es la satisfacción o no de las condiciones legales. A eso me refiero con que hemos creado una especie de transitividad desde los argumentos morales, a favor o en contra de la institución de los impuestos, como argumento al momento de revisar la satisfacción de las condiciones bajo las cuales se aplica el derecho tributario a un caso particular. Entonces el elusor reclama que no está haciendo nada ilegal porque él tiene la posibilidad de evitar el pago de los impuestos ya que son un robo, por ejemplo. O decimos a las personas que tienen que pagar sus obligaciones porque es importante en términos morales que todos contribuyamos. Eso está muy bien, pero a nivel de justificación de la práctica. Después hay que determinar cómo eso se va concretizando en términos legales de obligación, a eso me refería con obligación en términos dogmáticos jurídicos.

Esto tiene que empezar a pasar en materia tributaria. Es una suerte de atraso que existe en materia legal. Y en materia sociológica, yo creo que hay que lidiar con las dos cosas. Un buen análisis sociológico debería considerar la justificación moral para

hacer una evaluación de la institución, en qué estamos o cómo vamos a entenderla, y después ver qué consecuencias tiene eso a nivel del cumplimiento tributario. La sociología sí puede estudiar cómo la autocomprensión de la institución por parte de ciertos sujetos está vinculada o no con ciertas comprensiones morales. Pero en términos sociolegales ha faltado no aceptar el discurso ortodoxo respecto de los impuestos y sus fines instrumentales.

J.A.: En la reflexión tributaria se plantea como una necesidad, pero aparece como un imposible todavía, la idea de articular o coordinar los estados nacionales para controlar los problemas de erosión de la base y movimientos de capital a la luz de los problemas de paraísos fiscales. Primero, ¿cómo ves esto, en términos de factibilidad institucional?. Segundo: hoy en día lo más parecido a esto es lo que la OCDE ha desarrollado con el proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting). ¿Cómo evalúas eso?

F.S.: En términos prácticos de coordinación de legislación internacional, hay muchos problemas dada la movilidad del capital. Eso es lo que hoy día explica los problemas de elusión y evasión a nivel global. Lo primero que se le ocurre a quienes hablan de justicia global es hablar de impuestos, dado que se entiende bajo la comprensión liberal económica, y de la teoría de la justicia también, que los impuestos son simplemente instrumentos para fines de recaudación. Yo creo que eso es parte del problema; o sea, si logramos hablar en términos de justicia global con una comprensión no tan instrumental

de los impuestos, vamos a tener un análisis distinto de la legislación que se va a seguir. Sin ese necesario ideal, han empezado a surgir demandas teóricas por redistribución global a través de impuestos y también propuestas más bien prácticas, si uno entiende por práctico, medidas legislativas inmediatas.

El tipo de medidas que se sugieren son intercambios de información, medidas globales para asegurar la misma, asegurarse declaraciones contables globales iguales, transparencia en la información internacional, etc. Yo creo que esas medidas pueden ayudar. Muchas de ellas son perfeccionamiento o crítica a las medidas que propone la OCDE. Pero creo que surgen dos problemas: primero, si bien esas medidas son bien intencionadas, están equivocadas desde el punto de vista teórico de la comprensión que tienen respecto de la función que ellas satisfacen. Si la pretensión es cumplimiento tributario, podrían servir. Si la pretensión es distribución a nivel global, no podrían servir, porque el criterio que utilizan es de justicia correctiva y no distributiva. Por ejemplo: las grandes transnacionales que se aprovechan de sus recursos en todas partes del mundo. Con estas medidas tú los haces tributar en un país o en dos países si se les distribuye, pero no en el resto del mundo. Entonces también hay una cuestión de justicia en la distribución del producto que generan estas grandes transnacionales.

Segundo, pienso que cualquier medida que se proponga en términos globales es más bien inviable. Las bilaterales pueden servir,

pero las globales son más bien inviables porque no tenemos una autoridad global, no tenemos institucionalidades globales y no tenemos autoridad en el sentido político. O sea, no tenemos una comprensión común respecto de los intereses que todos los sujetos del planeta tienen respecto del uso de estos recursos. Los impuestos, cuando tú los complejizas y los miras no solo desde un punto de vista instrumental, son identificación de una polis, es la identificación de un pueblo y sus necesidades comunes. Entonces habría que pensar cómo logramos tener un pueblo global, una necesidad global para entender que los impuestos tienen esta significación política y no simplemente instrumental como medios coactivos para la redistribución de recursos.

J.A.: A la luz de las manifestaciones ciudadanas en los últimos cinco años, hay una idea creciente de que los ciudadanos pueden incidir o provocar cambio político o institucional, revitalizando la importancia de la ciudadanía para el funcionamiento democrático. ¿Qué puede pensarse en términos de acción ciudadana para el mejoramiento de la tributación en el mundo, y en particular en América Latina?. Estoy pensando por ejemplo en casos que ya han sucedido en el Reino Unido de manifestaciones ciudadanas que han presionado para que grandes empresas tributen en países donde realmente se han originado esos ingresos y no en aquellos donde hay un régimen tributario más liviano. ¿En qué medida puede hacerse algo desde la ciudadanía y en qué medida puede ayudar para esto que haya

más información, más digitalización de información tributaria?

Bastante. Todo lo que pasó en el Reino Unido fue a partir no de la crisis económica, sino de la solución a la crisis económica que acordó el capital con los gobiernos. Eso llevó a una reacción: ¡por qué se les está pagando con nuestras platas a estas empresas! Ahí fue cuando se dio la necesidad de manifestarse en contra del no pago de impuestos porque se está exigiendo que con los impuestos pagados por las personas no se financiaran empresas globales. Y entonces ahí empieza a aparecer de nuevo la conexión entre política e impuestos. Desde ahí, la cantidad de información que surgió a nivel global con distintos movimientos y especialmente a través del mundo digital, los Wikileaks, los Panamá Papers, donde hay información de buena calidad, gente proponiendo ideas y discutiendo sobre esto. A mi juicio es súper interesante. Y no quiero que se confunda con lo que decía antes respecto de la dogmática jurídica, es aquí donde hay espacio para la presión moral y la presión política. Para mí política y moral es lo mismo, pero en principio lo distingo de lo jurídico porque en esa dimensión jurídica ya tomamos decisiones políticas o morales respecto de qué es lo bueno. Ahí es donde está ese escenario moral y político de hacer presión, de criticar el incumplimiento, de mostrar la importancia que tiene cumplir, de por qué los sistemas tributarios deberían ser progresivos, todos esos argumentos que nosotros estamos acostumbrados a ver

en el mundo jurídico, deberían salir de ahí e irse al mundo político.

En Latinoamérica también hay un pueblo y un periodismo más involucrado en las decisiones, hay mucha gente que se está involucrando en la discusión política. La pregunta es cuánto eso va a durar. Sabemos que los regímenes políticos democráticos en Latinoamérica son bien inestables, y yo creo que uno de los puntos que podría generar reacciones anti democráticas es este; porque mientras más se reclama respecto de la distribución del capital, más se asemeja la discusión a la de los sesenta. Entonces hay que estar atento a ver cuáles son las consecuencias que se siguen de un movimiento social que reclama por el pago de impuestos como una medida de redistribución.