

LA CURVA DE LAFFER COMO PARÁMETRO DE CONFISCATORIEDAD TRIBUTARIA

THE LAFFER CURVE AS A PARAMETER OF CONFISCATORY TAXATION

Juan Ignacio Ibañez

Universidad Nacional de Córdoba - Universität Hamburg-Aix-Marseille Université

juan.ibanez@emle.eu

Recibido: 29.12.17

Aprobado: 3.5.18

Resumen: Establecer criterios concretos de confiscatoriedad tributaria es una exigencia de la doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad, la cual regula el accionar estatal. No hacerlo (i.e. limitarse a considerar la confiscatoriedad como un *concepto jurídico indeterminado*) equivale a otorgar al Estado un margen de discrecionalidad excesivo. Partiendo de la noción de que consiguientemente el jurista tiene el deber de explorar indicadores de confiscatoriedad para así limitar el comportamiento abusivo del Estado, el presente trabajo argumenta que es posible determinar la confiscatoriedad de un impuesto a través de la estimación empírica de la curva de Laffer. Concretamente, argumentamos que un impuesto cuyo impacto recaudatorio se halle a la derecha del *punto de saturación* de dicha curva debe presumirse como confiscatorio. El fundamento de esta afirmación se encuentra en que el principio de no confiscatoriedad se deriva lógicamente de la racionalidad misma de la tributación y de la función social del derecho de propiedad privada. Empero, hallarse a la izquierda de este punto no implica una demostración de no confiscatoriedad.

Palabras claves: curva de Laffer - confiscatoriedad tributaria - derecho de propiedad.

Abstract: *While individual action is subject to the rule “everything which is not forbidden is allowed”, public authorities are subject to the converse principle. Therefore, this precept demands the establishment of concrete criteria of confiscatory taxation. Otherwise (i.e. considering confiscation an “indeterminate legal concept”), excessively discretionary powers are conceded to the State. It then follows that the legal scholar has a duty to explore indicators of confiscatory taxation in order to limit the abusive behavior of the State. Drawing from this notion, this paper argues that it is possible to determine whether a tax is confiscatory through the empirical estimation of the Laffer curve. Concretely, we argue that there is a presumption of confiscatory taxation whenever a tax’s effect is situated to the right of the revenue-maximizing point of the curve. This is a consequence of the rationality of taxation and the social function of the right to private property. However, if the effect is located to the left of such point, this constitutes no demonstration of non-confiscatory taxation.*

Keywords: *Laffer curve - confiscatory taxation - property rights.*

Introducción

El principio de no confiscatoriedad es uno de los preceptos normativos fundamentales del derecho tributario. Ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia³¹ y se encuentra implícito en la Constitución Nacional, a través de los artículos 17 (derecho de propiedad privada, prohibición de la pena de confiscación) y 28 (garantía innominada de razonabilidad). Asimismo, se halla explícito en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 51), la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (artículo 92), la Constitución de la Provincia de Río Negro (artículo 94) e instrumentos extranjeros tales como la constitución española (artículo 31.1).

Sin embargo, el contenido concreto del concepto de *confiscatoriedad* resulta nebuloso. Naturalmente, la excesiva tarea de zanjar la extensa discusión al respecto no será la empresa de este trabajo. No obstante, el propósito del mismo es elaborar reflexiones que otorguen a jueces y abogados herramientas analíticas para tratar el tópico con mayor profundidad.

En este sentido, se explorará la función conocida como *curva de Laffer* como indicador de confiscatoriedad. Adelantando la conclusión arribada al respecto, argumentamos que todo impuesto cuyo efecto recaudatorio se ubique a la derecha del vértice superior de dicha curva constituye un impuesto confiscatorio o, al menos, afectado por una fuerte presunción de confiscatoriedad. A lo largo del presente artículo se desarrollarán los argumentos que sostienen esta afirmación.

Con este propósito, este trabajo sigue una metodología de argumentación y exposición jurídica (fundamentada en una tarea de revisión bibliográfica y jurisprudencial), informada por teoría económica. Si bien la curva de Laffer es tradicionalmente asociada con la Economía de la Oferta, hemos preferido acudir a categorías propias de la Escuela Austríaca de Economía, pues la importancia que su método praxeológico asigna al análisis lógico-deductivo y a la acción humana individual resulta particularmente compatible con la técnica jurídica. Asimismo, es relevante para la exégesis constitucional, dado que la Constitución argentina nutre su pensamiento crematístico a partir de su ascendiente, la Escuela Clásica de Economía.

La estructura de este escrito comienza por realizar una exposición del contenido del principio de no confiscatoriedad, su importancia e implicancias. A continuación, se desarrollan algunos de los fundamentos sociales del derecho de propiedad privada en la ideología liberal de la Constitución, y se extraen consecuencias jurídico-tributarias de ello. Luego, se ofrece un argumento para sostener el potencial rol indiciario que la curva de Laffer puede jugar respecto de la confiscatoriedad. Subsiguientemente, se presentan estrategias de investigación empírica de la curva, y se anticipan objeciones. Finalmente, los puntos principales del trabajo son condensados y resumidos a modo de conclusión.

³¹ Fallos CSJN, “Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo”, julio 3-009, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 332, entrega segunda, 1571-1593; CSJN, “Giménez Fauvety y otros s/ demanda de inconstitucionalidad”, octubre 30-957, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 239, entrega primera, 157-163; CSJN, “Gómez Alzaga, Martín Bosco c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ inconstitucionalidad”, diciembre 21-999, Revista Impuestos, 200-A, 703; CSJN, “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)”, mayo 4-995, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 318, entrega primera, 676-821; CSJN, “Montarcé, Marcelo c/. Dirección Nacional de Aduanas”, septiembre 17-974, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 289, entrega primera, 443-445; CSJN, “Ocampo, Carlos Vicente”, marzo 2-956, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 234, entrega segunda, 129-139; CSJN, “Synge, Kathleen Frances Anne”, septiembre 21-956, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 235, entrega primera, 883.

1. El principio de no confiscatoriedad

Siendo el tributo la imposición por el Estado de una prestación pecuniaria obligatoria destinada al sostén de las cargas públicas, la mera existencia de tributos parece colocarse en las antípodas del derecho de propiedad privada, de rango constitucional. Efectivamente, existen autores que siguen esta línea argumental³². Sin embargo, este razonamiento no es jurídicamente posible.

Esto se debe a que una interpretación sistemática de la Constitución Nacional exige armonizar la hermenéutica de las normas de modo tal que las mismas conserven su validez. Por lo tanto, si la Constitución distribuye potestades tributarias a diferentes niveles y poderes del Estado, debe concluirse que el sistema legal argentino presupone la existencia de un *principio de necesidad de los tributos* y su compatibilidad con el derecho de la propiedad³³.

Empero, el sistema jurídico exige otras cuestiones para que esta compatibilidad se perfeccione. En concreto, interesa el cumplimiento del principio de no confiscatoriedad (que se suma a los principios de capacidad contributiva, igualdad horizontal y vertical, generalidad, etc.).

No obstante, la Constitución y los otros instrumentos jurídicos que hemos mencionado no poseen directrices que permitan concretizar el asunto fundamental para hacer operativo este principio: qué significa que un tributo sea *confiscatorio*. La Real Academia Española define la confiscación como una apropiación por el Estado (de parte) del patrimonio de otra persona. En este sentido, todo impuesto sería confiscatorio, pues consiste precisamente en ello.

Pero una vez más, debemos remitirnos a la interpretación sistemática: la Constitución Nacional argentina requiere rechazar esta definición, pues ella presume la existencia (jurídica) de tributos no confiscatorios. La inexacta asimilación de *confiscación* con *decomiso* o *incautación* no es de utilidad en este contexto. Establecer la equivalencia de la confiscación con una expropiación sin compensación suficiente (Araguàs Galcerà, 2011, p.14), si bien más correcto, tampoco sirve prácticamente (y lleva a concluir que si bien no todo tributo es confiscatorio, todo impuesto lo es, lo cual también es hermenéuticamente inaceptable).

Así pues, la doctrina ha generado numerosas elaboraciones que intentaron servir de guías para el establecimiento de qué es lo confiscatorio. Entre ellas³⁴:

Que existe una identidad (o relación estrecha) entre confiscatoriedad y violación de la capacidad económica, capacidad contributiva o justicia tributaria (Valladares, 2014).

³² Véase una discusión extensa del tema en Mack (2006).

³³ Existen quienes alegan que la razón de esta compatibilidad yace en que el tributo es un prerrequisito del Estado de Derecho, el cual a su vez es un prerrequisito del derecho de propiedad (Alvear, 2011). Sin embargo, el asunto no es tan sencillo, pues de ser así debería tildarse de inconstitucional a todo tributo cuyo producido no sea destinado estrictamente al mantenimiento de los derechos de propiedad. Una vez más, para una fundamentación iusnaturalista del tributo, recomendamos la lectura de Mack (2006).

³⁴ Los mencionados no son los únicos razonamientos al respecto. Entre otros también se cuentan las nociones de: que existe confiscación a partir de cierta restricción del derecho al trabajo y la libertad de empresa; que la constante modificación de las normas tributarias lleva a un nivel de inestabilidad jurídica tal que puede tildarse de arbitrariedad, y una arbitraria restricción de la propiedad privada es sinónimo de confiscación; que el logro de recaudaciones marcadamente por encima de las previstas originalmente constituye una presunción de confiscatoriedad; que la multiplicación de contribuciones parafiscales constituye un indicio de confiscatoriedad (Valladares, 2014); que la confiscatoriedad se vincula a la *proporcionalidad* entre la magnitud del tributo y la de su hecho generador (Alvear, 2011); que se trata de una afectación *grave* del derecho de propiedad (Alvear, 2011), siendo la *razonabilidad* el parámetro de gravedad; que algún valor numérico específico es demostrativo de confiscatoriedad. Por ejemplo, una exacción cuyo valor exceda el 33% del valor de un inmueble heredado. Para un breve recorrido por referencias jurisprudenciales argentinas, véase Alvear (2011, p. 96).

Que la confiscatoriedad puede ser el producto de la acumulación de dos o más tributos, no confiscatorios individualmente, pero sí en conjunto (Alvear, 2011).

Que *confiscatoriedad* es un concepto jurídico indeterminado solamente precisable en el caso concreto (Castañeda, 2008, p. 308).

Que se produce confiscatoriedad cuando una *parte importante* (Alvear, 2011, p. 87) o sustancial de la renta o capital gravado (o su fuente) resulta absorbida. A este criterio ha recurrido numerosas veces la jurisprudencia argentina (Alvear, 2011, p. 98).

De entre estos criterios nos atañen particularmente los últimos dos. En cuanto a la consideración de confiscatoriedad como *concepto jurídico indeterminado*, tal vez sea cierto que es deseable etiquetarla de esta manera. No obstante, esta calificación conlleva riesgos; concretamente, el de un exceso de tolerancia con la potestad tributaria estatal.

El accionar individual se rige por la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad: como regla general, lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, el accionar estatal no está gobernado por esta lógica libertaria. Por el contrario, el Estado sólo puede actuar en la medida expresa en que le haya sido concedida la facultad de hacerlo, y únicamente en la extensión y con las modalidades previstas en el sistema jurídico (doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad).

Tomar la posición contraria (suponer que el accionar del Estado es legítimo a menos que se encuentre prohibido) constituye un potencial avasallamiento de las libertades individuales y contradice el espíritu liberal de la Constitución Nacional Argentina. Mas la pasividad del jurista en el ámbito tributario frecuentemente resulta en algo que bien puede asimilarse a este resultado totalitario: una permisividad excesiva con la potestad tributaria del Estado.

Abundan ejemplos de inacción de jueces, juristas y abogados ante impuestos flagrantemente inconstitucionales. Basta recordar los tributos *de emergencia* que llegaron para quedarse. La excesiva indeterminación del concepto de confiscatoriedad agrava esta situación.

Por consiguiente, se sigue la deseabilidad de explorar maneras de concretizar la noción de tributo confiscatorio. En este sentido, los criterios previamente expuestos cumplen un importante rol. No obstante, su abstracción persiste, pues incluso haciendo uso de dichos parámetros, no solamente la confiscatoriedad tributaria debe determinarse en el caso concreto, sino que dicha determinación queda librada en buena medida al arbitrio del juez.

Por lo tanto, consideramos que establecer un criterio más preciso de confiscatoriedad constituiría un avance. Nuestro objetivo es proveer una nueva herramienta para esta meta, consistente en que, si bien la confiscatoriedad deba determinarse aún en el caso concreto, ello sea con un margen inferior de autonomía judicial. En esta dirección, es deseable una pretensión de científicidad, y que el *caso concreto* esté determinado no solamente por la situación patrimonial del sujeto tributario pasivo, sino también por características propias del tributo.

2. El derecho de propiedad y su función social en la perspectiva del constitucionalismo liberal; sus implicancias tributarias

Aunque sencilla, parece muy meritoria la conclusión de Azpitarte (2017). Frecuentemente cuando se dice *confiscatorio* no quiere significarse otra cosa que *abusivo*. Esta consideración merece

atención, pues en no en pocas ocasiones se da este uso al término. Ello podría explicar parcialmente la notoria falta de desarrollo del concepto por los tribunales (Azpitarte, 2017; Alvear, 2011; Castañeda, 2008), cuando no complicidad con la clase política.

Empero, remitirnos a la noción de abuso no resuelve la cuestión. No sólo la excesiva generalidad permanece, sino que esta equivalencia no es técnicamente correcta. En la operación de igualar *confiscación* con *abuso* se pierden las diferencias que existen entre los dos conceptos. De particular interés en este caso es la conexión de la idea de *confiscatoriedad* con la de *propiedad privada*, conexión que no puede trazarse desde el concepto de abuso.

A propósito de este vínculo, entra en juego el otro criterio sobredicho (último en nuestra lista): la relación de la confiscatoriedad con privaciones *sustanciales* de la propiedad. Luego, debemos definir qué significa *sustancial*. Es esto lo que hasta ahora tiene un contenido más o menos indeterminado (y acaba resolviéndose por referencia a otros indicadores). Nosotros, sin embargo, pretendemos proponer un criterio nuevo, complementario y más preciso.

En nuestra visión, es posible concretizar el contenido de una *privación sustancial de la propiedad* a partir de la noción de *función social de la propiedad*. Ello, porque si la propiedad privada lleva ínsita una función social que la fundamenta, entonces la confiscatoriedad también puede predicarse de afectaciones sustanciales de dicha función³⁵.

Por lo tanto, es menester preguntarse ¿reconoce la Constitución Nacional argentina una función social a la propiedad? Nuestra respuesta es un enfático sí.

Una línea de pensamiento muy popular (Levenzon, 2012) distingue una concepción *absoluta, napoleónica, liberal* o *lockeana* de la propiedad privada (como derecho sagrado y absoluto) de una concepción *consecuencialista*: la propiedad como algo a defender en tanto sea utilitariamente deseable y a limitar cuando no sea así. Hay además una tercera idea de propiedad como *derecho humano* vinculado a la dignidad, pero sólo predicable de bienes necesarios para la subsistencia. En este esquema, la *función social* de la propiedad es algo presente solamente en las últimas dos concepciones, pero no en la primera, pues su carácter *absoluto* excluye dicha función (ACIJ, 2014).

De acuerdo a este discurso dominante, la perspectiva *individualista* de 1853 excluía la posibilidad de una función social de la propiedad (con pocas excepciones), pero la reforma constitucional de 1949 la introdujo. Y, si bien la proclama de 1956 purgó la Constitución de 1949, esta función habría llegado a nuestros días a través de la reforma de 1994.

Ciertamente, la reforma constitucional de 1949 establecía la función social de la propiedad (artículo 38), entendiendo como tal una subordinación al bien común definido en términos de *justicia social* (conceptualizada a su vez de acuerdo a determinada ideología). Y también es verídico que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75 inciso 22) posibilita (no exige) la sumisión de la propiedad al *interés social*.

Empero, encontramos algunos problemas con esta clasificación. Para empezar, la noción que transmite la terminología del artículo 21 de la Convención Americana no es una idea de *función social* en el sentido *justicialista* antedicho, sino más bien una justificación de la facultad estatal de expropiar

³⁵ Esto exige una leve reconceptualización del término *confiscatoriedad*, entendido hasta ahora en términos puramente individuales. El ser humano vive en sociedad, hecho reconocido por autores de los más variados marcos teóricos (hecha la excepción de algunas variantes del anarquismo egoísta), y por lo tanto es posible concebir la violación de derechos individuales a través de una confiscatoriedad entendida en términos sociales.

y del deber de soportar cargas públicas como restricciones de la propiedad³⁶. En ese sentido, se trata de una noción de *función social de la propiedad* muy pobre: el interés social es entendido solamente como un límite al derecho de propiedad.

Nosotros presentamos un relato opuesto. Cuanto menos como regla general, *la quintaesencia de la función social de la propiedad no es limitar el derecho de propiedad*³⁷, sino *fundamentarlo*. En este sentido, la propiedad privada viene cimentada por una función social intrínseca a ella desde 1853. La reforma de 1949 planteó una reconceptualización explícita de dicha función, pero no *introdujo* el rol social de la propiedad. Este ya existía y subsiste hoy, en perspectiva liberal, a pesar de que la propiedad sea considerada un derecho absoluto.

Tal función social de la propiedad en la doctrina liberal que fundamenta nuestra Constitución se ve ilustrada de manera insoslayable por la obra de Jean-Baptiste Say, de quien Juan Bautista Alberdi (1854, p. 4) sostuvo que constituye el “apóstol más lúcido” y el “expositor más brillante” de la escuela de la libertad a la que “pertenece la doctrina económica de la Constitución Nacional Argentina”. Say “enfaticaba que la condición primaria de la sociedad es la propiedad privada (...) necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad” (Gabriel, 2007). En tanto, en su Sistema Económico y Rentístico, Alberdi (1854) plantea a su vez que la propiedad privada es la piedra fundamental para el desarrollo de la riqueza nacional, objetivo previsto en el Preámbulo de la Constitución.

Incluso los autores que llevaron esta doctrina liberal hasta sus últimas consecuencias fundamentan explícitamente el reconocimiento de la propiedad privada en una función social conducente a la prosperidad general (Mises, 1940, p. 322, 773-782; 1958, p. 17). El propio Hans-Hermann Hoppe (2004), con su teoría presuposicionalista de la propiedad³⁸, la plantea como una solución al problema del orden social y la escasez³⁹.

En conclusión, si bien el liberalismo concibe a la propiedad privada como un derecho absoluto sin el cual no existe libertad (Gómez y Korine, 2008, p. 25), este derecho al mismo tiempo se explica por una función social⁴⁰. Simplificando, puede aseverarse que el rol social de la propiedad privada tiene que ver con promover el uso productivo de los recursos. Esto no es solamente un ejercicio intelectual, sino que tiene cierto respaldo jurisprudencial en la CSJN.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso Masón de Gil (CSJN, “Masón de Gil, Malvina v. Municipalidad de Santa Rosa”, abril 12-943, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 195, 270-318), donde se vincula la confiscatoriedad con

³⁶ Este parece ser el espíritu que guía la jurisprudencia internacional existente en la materia. El tribunal constitucional español (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1983:111”, diciembre 2-983, Boletín Oficial Español 298, <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/239>) estableció que el derecho de propiedad es un “derecho subjetivo debilitado, toda vez que se encuentra supeditado al interés público (...) el interés social legitima a la expropiación” (Llorente, 2006, p. 536 en Alvear, 2011, p. 83). Entretanto, el tribunal constitucional peruano mantuvo que la función social sólo se predica de los bienes de producción o de servicio público, no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada (Expediente No. 009-2003-AI/TC en Alvear, 2011: 84), con lo cual insinúa una visión no liberal de la noción de función social.

³⁷ Ello contradeciría el propio espíritu de la Constitución en su visión alberdiana (Brown, 1993, p. 72).

³⁸ En la visión de Hoppe, la propiedad es una “presuposición originaria”. Pronunciarse a favor o en contra de ella requiere una justificación argumental. Sin embargo, dicha justificación argumental demanda la apropiación exclusiva de medios escasos (el propio cuerpo, el espacio donde uno se ubica) como prerrequisito. Luego, por aplicación de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*, el interlocutor siempre reconoce el derecho de propiedad. Esta doctrina constituye una profundización de la “refutación del comunismo universal” de dichos medios escasos realizada por Rothbard (Hoppe, 2004, p. 8).

³⁹ Al respecto véanse también Dun (2015) y Kinsella (2016).

⁴⁰ El mismo criterio sigue el tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL 37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>), parágrafo 52.

la improductividad. Similarmente, en el caso Don Miguel Lacoste (CSJN, “Don Miguel Lacoste contra la provincia de Buenos Aires, sobre repetición de pago e inconstitucionalidad de ley”, mayo 4-933, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 170, entrega primera, 185-185) se argumenta que un propietario forzado a vender o dejar ejecutar su propiedad por razones tributarias padece una hipótesis de confiscatoriedad (Alvear, 2011). Verse forzado a vender una propiedad es el caso de confiscatoriedad por antonomasia. Constituye el *summum* del abandono de la actividad productiva para la satisfacción de la voracidad fiscal.

Así, se va configurando una intuición inicial: si el sistema tributario es confiscatorio, atenta contra la productividad social; y en tanto más atente contra ella, más posible es que se trate de un esquema confiscatorio. Existen otras razones para fundamentar esta postura:

La tributación presupone la propiedad (la hipótesis que hemos cuestionado en la tercera nota al pie es la inversa: que la propiedad presuponga la tributación). Sostener la existencia de un *deber de contribuir* del individuo con su patrimonio exige reconocer previamente un derecho de propiedad sobre el mismo. Es decir, exigir el pago de tributos presupone reconocer el derecho a la propiedad privada. Con ello, se admite además la función social-productiva de la propiedad intrínseca a ella. Por lo tanto, afirmar la potestad tributaria del Estado implica afirmar simultáneamente la confiscatoriedad de tributos que resulten en situaciones de sustancial improductividad social, y con ello su inconstitucionalidad.

Los tributos se establecen, como establece el Preámbulo de la Constitución, para *promover el bienestar general*. Bienestar que, por cierto, el legislador vinculaba claramente con una sociedad productiva y con crecimiento económico (artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional). Los conceptos de *utilidad nacional, seguridad común, bien general, desarrollo y calidad de vida* reaparecen también como fundamento de tributos en los artículos 4 y 75 inciso 2 de la Constitución. Si la potestad tributaria es ejercida de manera sustancialmente contraria a sus fundamentos, puede ser considerada inconstitucional.

Los tributos se fundamentan en un deber de contribución. Ello implica que la contribución es un valor a maximizar por el tributo. Por tanto, un impuesto tan alto que reduzca las recaudaciones totales en lugar de aumentarlas contradice su propio fundamento, en virtud del cual se otorga la potestad tributaria (argumento expandido en la siguiente sección).

El impacto de los tributos en la productividad social hace a la racionalidad de los mismos, y se puede argumentar que un tributo sustancialmente irracional es inconstitucional. Por caso, Sainz de Bujanda (1987, p. 6 en Araguàs Galcerà, 2011, p. 11) sostiene que la contribución del tributo al desarrollo nacional no es su única *ratio legis*, sino que existen otras guías valorativas, como la justicia. “Un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo”. Coincidimos en ello, pero desmenuzando el propio razonamiento de Bujanda mediante una inducción hacia atrás, debemos admitir que, si afirmamos la justicia del sistema tributario, debemos exigir también su racionalidad.

Y ¿cómo definir la racionalidad? Conviene citar aquí a Araguàs Galcerà (2011, p. 15):

“El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria se identifica con el deber del legislador tributario de no establecer tributos que provoquen una situación irracional, anulando las posibilidades de actuación económica del sujeto, cuya situación económica debe estar lo más próxima posible al resultado de su iniciativa y nunca por debajo de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos”.

Las posibilidades de actuación económica del sujeto están dadas por el impacto social de un

tributo. Si el efecto económico de este es netamente destructivo, no cabe duda que se incurre en la situación irracional antedicha.

Vale la pena destacar que un similar criterio fue seguido por el tribunal constitucional peruano, el cual, en ocasión de destacar la razón por la cual se protegen los derechos de propiedad mediante inscripciones en registros públicos, afirma que a través de ello “el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (Expediente No. 0016-2002-AI/TC en Alvear, 2011, p. 85).

Lo propio hizo el tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL 37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>), planteando que perteneciendo la Constitución a un “orden liberal”, el financiamiento del Estado precisa el previo éxito del negocio privado (parágrafo 42), para luego afirmar que la constitucionalidad de un impuesto está determinada por su capacidad de servir al bien común (parágrafos 61 y 79) teniendo en cuenta circunstancias económicas (*a contrario sensu* de la disidencia, parágrafo 99). Nuestra interpretación, como la de Araguàs Galcerà (2011, p. 15), es que se trata, precisamente, de un fundamento del principio de no confiscatoriedad en la función social de la propiedad, reconocida en el artículo 14.2 de la Constitución Alemana⁴¹.

Al decir del tribunal constitucional español (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1990:150”, octubre 4-990, Boletín Oficial Español 266, <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/1575> en Araguàs Galcerà, 2011, p. 16), “la prohibición de confiscatoriedad supone incorporar otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible sustrato, base o exigencia de toda imposición”.

En este sentido, si un tributo socava tan gravemente la capacidad de generar riqueza de la población, de manera que es irracional de acuerdo a su propia razón de ser, se configura un “efecto estrangulador” (Herrera Molina, 1996, p. 1045-1046) que origina una hipótesis de inconstitucionalidad por desproporción con respecto a la finalidad.

Hasta ahora hemos desarrollado y respaldado nuestra intuición de que la confiscatoriedad se puede dar por un tributo tal de dimensión que su efecto sea privar a la propiedad privada de cumplir con su propia función social. Esta *confiscatoriedad social* interesa porque otorga un nuevo parámetro para evaluar el tributo: su impacto en la actividad económica en general y en la recaudación en particular. Si encontramos una herramienta analítica que permita estimar empíricamente casos claros de confiscatoriedad así entendida, este elemento indiciario mejorará las posibilidades de impugnar la constitucionalidad de un tributo del contribuyente que desee hacerlo. Creemos que esa herramienta se encuentra en la curva de Laffer.

3. La curva de Laffer

Araguàs Galcerà (2011, p. 21) afirma que hay “en el marco de un sistema jurídico de base económica capitalista, una relación necesaria entre el derecho de propiedad individual reconocido a los sujetos de derecho y el deber de los mismos a contribuir al sostenimiento del Estado mediante el sistema tributario”. Ciertamente, es jurídicamente correcto que el fundamento del impuesto se

⁴¹ Asimismo, de acuerdo a Araguàs Galcerà (2011, p. 16) es una conceptualización mucho más útil que aquellas como la de la jurisprudencia española, que no aporta “prácticamente nada a la definición de la prohibición constitucional de confiscatoriedad en la materia tributaria”.

encuentra en un *deber de contribuir*. Ahora bien, siendo esto así, lógicamente se sigue que la contribución a las cargas públicas se considera un valor a maximizar. Esto no implica que los tributos deban diseñarse para extraer la máxima renta posible a los ciudadanos⁴², sino que todo aumento de la carga tributaria que acaba *reduciendo* la contribución a las cargas públicas contradice la justificación misma de la potestad tributaria.

Es decir, el tributo tiene un límite lógico, dado por el punto a partir del cual una mayor presión tributaria no aumenta la recaudación, pero sí destruye capital. Exceder este límite implica incurrir en una hipótesis de inconstitucionalidad por confiscatoriedad (entendida a partir de la función social de la propiedad) así como por irracionalidad (contradicción con la propia finalidad implícita en el tributo y explícita en el Preámbulo de la Constitución).

En la ciencia económica se ha realizado una reflexión análoga, pero a partir de consideraciones de pura eficiencia, en lugar de confiscatoriedad, constitucionalidad o justicia⁴³. El concepto con el que este análisis cobra forma es la llamada *curva de Laffer*. No es la primera vez que se hace referencia a esta curva en el contexto de la discusión por la confiscatoriedad tributaria, pero la mención es siempre tangencial y la relación entre una y otra nunca se trata. Nuestro objetivo es desarrollar el razonamiento del cual se deriva dicha conexión.

Existe una intuición básica a la hora de discutir la confiscatoriedad. Como regla general, una presión impositiva de 100% es confiscatoria (Araguàs Galcerà, 2011, p. 17) y una del 0% no lo es. Una intuición muy similar guía la idea de la curva de Laffer: una presión impositiva del 0% lleva a una recaudación nula, pero una del 100% en el largo plazo también. La razón radica en que como von Mises (1940, p. 13) afirma, la acción humana sólo puede tener lugar con el propósito de sustituir un estado de cosas menos satisfactorio por otro más satisfactorio. Si a un individuo se le priva por completo de aquel estado más satisfactorio (i.e. la presión impositiva, en términos económico-praxeológicos, es del 100%) la acción no puede tener lugar.

En otras palabras, una presión impositiva del 100% remueve todo incentivo para la actividad económica (hecho imponible), por lo cual la recaudación será de 0. Ahora bien, la realidad muestra que ante niveles de presión tributaria que oscilan entre 0% y 100%, la recaudación es mayor que 0. Por lo tanto, a medida que el tributo aumenta, la recaudación también lo hará. Sin embargo, la pendiente de la curva será decreciente. Es decir, cada nuevo aumento marginal de la presión impositiva resultará en un aumento marginal de la recaudación cada vez menor, hasta que eventualmente un aumento de la presión tributaria no resulte en ningún nuevo ingreso. El punto en que esto se vuelva realidad será de pendiente igual a cero, es decir, el punto máximo de la curva de Laffer, en el cual la presión impositiva que maximiza la recaudación (t^*) resulta en la máxima recaudación posible (R^*). En esto consiste la curva de Laffer (**Error! Reference source not found.**):

⁴² Volveremos a esto más adelante, en nuestra argumentación de la imposibilidad de utilizar a la curva de Laffer para construir una presunción positiva de constitucionalidad.

⁴³ Excepción hecha de Lévy-Garboua et al (2008), que tras estudios empíricos desde una perspectiva de psicología económica conductista plantean el vínculo entre la curva de Laffer y las nociones sociales de justicia.

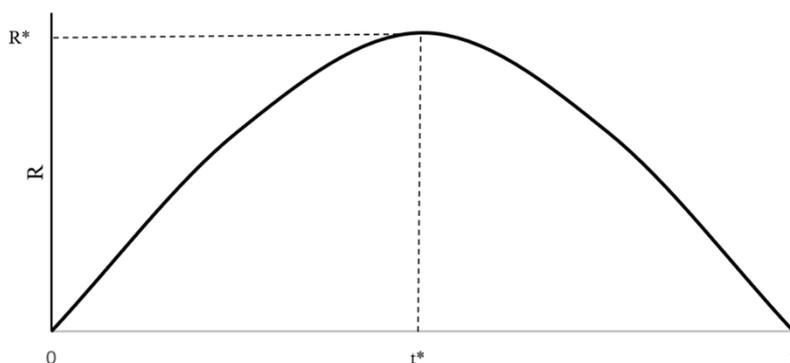


Figura 1: Curva de Laffer

En otras palabras, a lo largo de la curva de Laffer hay dos efectos en juego: un efecto aritmético (un aumento de la presión impositiva implica más recaudación) y un efecto económico (el incremento de un impuesto asociado a determinada actividad económica produce un encarecimiento relativo de la misma y un abaratamiento relativo del ocio⁴⁴). El vértice superior de la curva de Laffer es el punto a partir del cual el efecto económico domina al aritmético (Ezquero, 2007, p. 175). A este punto a partir del cual un aumento adicional del tributo la recaudación no aumenta, dado por t^* , se le denomina *punto de saturación de Laffer*⁴⁵ (Rallo, 2013). Todas las alícuotas ubicadas a su derecha producirán una caída en la recaudación.

En base a lo planteado anteriormente, la conclusión asoma con claridad: inexorablemente, todo tipo impositivo a la derecha del punto de saturación de Laffer debe considerarse inconstitucional. Una presión a la derecha de t^* es confiscatoria, por cuanto es tan excesiva que la propiedad deja de cumplir su función social y no es utilizada para generar riqueza.

Ahora bien ¿por qué elegir el punto t^* ? El efecto económico o destructor de riqueza es común a todos los tributos, incluso si la alícuota se encuentra a la izquierda de t^* , porque, por definición, un tributo implica asignar recursos a un sector social menos productivo (el gobierno); pues, si fuera más productivo, adquiriría los mismos como actor privado vía transacciones voluntarias (las cuales siempre, también por definición, constituyen mejoras de Pareto) en el mercado (Rothbard, 1985; Coase, 1960). Pues bien, esto no necesariamente es inconstitucional porque desde algunos marcos ideológicos, estas pérdidas de productividad pueden considerarse justificadas (*trade-off entre eficiencia y equidad* en jerga económica).

Desde ciertas perspectivas (de las cuales tal vez se podría argumentar que también corresponden a la ideología constitucional) la destrucción de riqueza generada por un tributo se ve justificada porque el tributo provee al Estado de fondos que le permiten emprender determinadas políticas beneficiosas para la sociedad en su conjunto. Pero, a partir del punto t^* la recaudación del Estado no hace más que desplomarse y este argumento también se cae, pues la capacidad de emprender esas políticas se reduce en lugar de aumentar. El único efecto del tributo pasa a ser la destrucción de riqueza, no habiendo

⁴⁴ En rigor, no sólo hay un abaratamiento del ocio sino un incremento de los beneficios de la evasión tributaria. Siendo la evasión un delito, difícilmente lo ilegal pueda fundamentar un razonamiento jurídico. Por ello, idealmente, el método de estimación empírica de la curva a utilizar debería poder estimar y sustraer el efecto de la evasión en la curva. Esta es una de las fortalezas de la técnica de Piketty (2012), mencionada más adelante, y la literatura por él citada, que además distinguen la evitación legítima del pago de impuestos (la mayoría de los supuestos de *tax avoidance*) de la evasión.

⁴⁵ El punto t^* no necesariamente refiere a una alícuota de 0,5 (50%). La distribución de la curva de Laffer no necesariamente es normal ni de mediana 0,5. Puede estar corrida a la derecha o a la izquierda. Pero, por lo general, se acepta que es relativamente cóncava (forma de U invertida). Este punto será puesto en cuestión más adelante.

justificación ideológica posible⁴⁶.

Una alícuota tributaria a la derecha de t^* tiene un efecto destructor de riqueza tan importante que la propiedad deja de cumplir su función social: tanto la de ser una herramienta para proveer al bienestar general mediante la actividad económica de los individuos (perspectiva más liberal) en cuya cabeza se encuentra, como la de beneficiar al Estado que indirectamente participará a la sociedad de dicho beneficio mediante políticas públicas (visión menos liberal).

En los términos antes planteados, todo punto a la derecha de t^* es irracional y por consiguiente contrario a la Constitución. No se trata simplemente de una decisión *política* o de conveniencia, no sujeta a revisión judicial. Se trata de una confiscación que además es violatoria del principio de legalidad. El Estado sólo está autorizado a establecer tributos cuando esto pueda proveer al bienestar general y esto es *imposible* que ocurra en esta situación.

Dado que la promoción del bienestar general es un imperativo constitucional, si una misma recaudación puede obtenerse de dos diferentes niveles de presión fiscal, debe optarse por aquel que permita a los sujetos pasivos mantener el máximo nivel de vida posible. Veamos nuevamente el gráfico que ilustra la Curva de Laffer (

Figura 2). Se observa que para dos distintas alícuotas impositivas (t_1 y t_2) la recaudación es la misma. Sin embargo, el nivel de actividad económica (y luego, bienestar social) que resulta de ambos, difiere. Para la alícuota impositiva más alta, la sociedad se empobrece, sin que con ello aumente la capacidad de acción del Estado. Más aún, tanto sociedad como Estado se enriquecerían de reducir la alícuota.

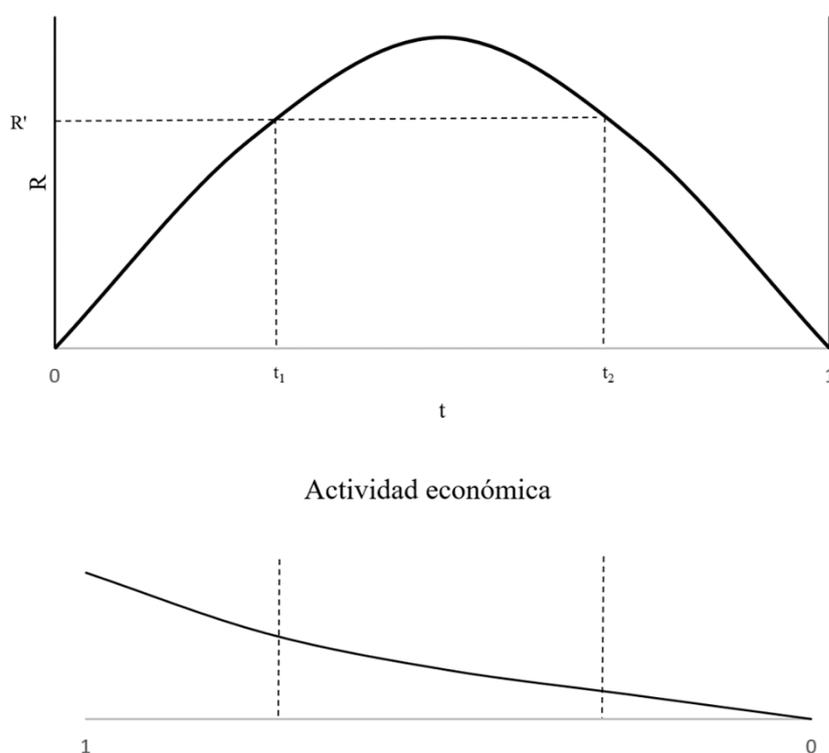


Figura 2: Curva de Laffer II

⁴⁶ Excepto en el caso de los tributos con finalidades extrafiscales, tratados más adelante.

De todas las lecturas de la Constitución Nacional que hemos realizado (función social de la propiedad en perspectiva liberal, exigencia de la tributación como orientada al bienestar general, doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad, exigencia de racionalidad, presuposición del desvalor de las contribuciones inferiores al óptimo en el deber de contribuir) surge en nuestra opinión de forma prístina una prohibición implícita de establecer alícuotas tan altas que se encuentren a la derecha de t^* . En este contexto, una alícuota tributaria equivalente a t_2 debe considerarse inconstitucional.

Y, pues, dado que la curva de Laffer se puede estimar empíricamente, el efecto de un tributo puede medirse. Luego, por todas las razones elaboradas, entendemos que de comprobarse que una alícuota (o la alícuota cumulativa de un grupo de tributos, actuando en conjunto) se halla a la derecha de t^* , una correcta interpretación de la Constitución demanda considerar establecida al menos una presunción de inconstitucionalidad.

4. Estimación empírica de la confiscatoriedad

Nuestra idea de que la curva de Laffer constituye un indicio sobre la base del cual se puede fundar una presunción de constitucionalidad exige que este indicador pueda ser construido de alguna forma medianamente útil (que el punto t^* pueda ser estimado o aproximado). Un recorrido por la literatura existente indica que, con claridad, sí lo es. La evidencia es robusta.

Una de las formas de hacerlo es mediante estudios *retrospectivos*. Es decir, observando la relación entre alícuotas impositivas y recaudación a lo largo del tiempo mediante series históricas. Fernandes Espanhol (2014) combina esta técnica con la utilización del método de regresiones aparentemente no relacionadas para estimar las curvas de Laffer de la Eurozona⁴⁷. Esta es una buena aproximación, aunque podría perder valor convictivo ante un cambio en las condiciones de la economía en general. Pero existen otras alternativas.

Lordemann y Farrel (2015) plantean una forma de estimar la curva de Laffer mediante un diseño experimental con un estudio de campo. Se selecciona un grupo lo bastante grande para obtener resultados estadísticamente significativos (120 personas) y representativo del mercado laboral, dividido en 6 grupos (2 de ingreso alto, 2 de ingreso medio y 2 de ingreso bajo, siendo el propósito comparar cómo varían los comportamientos tributarios entre grupos) y se plantea un *torneo* en el cual sólo puede ganar un jugador por grupo. El ingreso por grupo es tomado como fijo, los jugadores tienen la posibilidad de elegir su pago efectivo y se van modificando las probabilidades de fiscalización y las alícuotas impositivas. El resultado, aunque tiene algunas limitaciones⁴⁸, permite la construcción de una curva de Laffer empírica para cada grupo económico (en consonancia con el principio de progresividad, el punto de saturación de Laffer resulta estar más a la izquierda para los grupos más desfavorecidos económicamente).

⁴⁷ Similares técnicas aplican Arroyo Ponce (2017), Bejarano Navarro (2008), Brill y Hassett (2007), Espiritu Ventocilla (2011), Feige y McGee (1983), Hansson y Stuart (2003), Hsing (1996), Matthews (2003), Oliveira (2013), Ravestein y Vijlbrief (1988) y Trabandt y Uhlig (2011).

⁴⁸ Tomar el ingreso como exógeno constituye una limitación, pues equivale a subestimar el efecto económico de un aumento x de la alícuota impositiva. Es decir, el punto de saturación de Laffer podría estar más a la izquierda de lo que revela el experimento. Sin embargo, podría no ser así, por lo que no deberíamos suponer que t^* se encuentra a la izquierda de lo que marca el ensayo. Ello, porque podríamos incurrir en una *falacia del celofán*: ignorar que el ingreso de cada grupo muestral en la actualidad ya se encuentra reducido por la alícuota impositiva que ya existe. Corregir por este efecto implicaría desplazar t^* hacia la derecha, tal vez incluso compensando el efecto hacia la izquierda de no tomar el ingreso como exógeno.

Otras metodologías son aplicadas por Piketty (2012) mediante el estudio de elasticidades e ingreso disponible, y Boscá, Doménech y Ferri (2017) vía aplicación del modelo de expectativas racionales adaptado al caso español, también utilizado por Analistas Económicos de Andalucía (2008). Por su parte, Pascual Cruz Mora (2016) contrasta resultados en diferentes jurisdicciones (en el espacio en lugar del tiempo) para construir simulaciones de ingresos potenciales para diferentes alícuotas impositivas.

En conclusión, sí es posible determinar si una alícuota se halla en el lado derecho de la curva de Laffer, reforzándose la causa por su inclusión en la discusión constitucional tributaria.

5. Imposibilidad de un argumento a contrario: los puntos a la izquierda del punto de saturación de Laffer también pueden ser confiscatorios

Ahora bien, el lector tal vez pueda reflexionar que, si un tributo que encuentra su alícuota a la derecha de t^* es inconstitucional, entonces uno que la encuentre a su izquierda está en línea con la Constitución (o al menos existe una presunción en favor de ello). Esto no es así.

Se trata de un *non sequitur*. La tributación estatal destruye riqueza siempre (efecto económico), y (casi) siempre va en desmedro de la función social de la propiedad en perspectiva liberal. El punto t^* simplemente otorga una pauta objetiva a partir de la cual se tiene la *seguridad* de que el efecto destructivo de riqueza no viene justificado por ninguna otra bondad: un parámetro a partir del cual se sabe con certeza que, a causa del tributo, la propiedad no solamente no cumple con su función social en perspectiva liberal sino también en perspectiva iliberal.

Asimismo, la pretensión de este trabajo ha sido mucho más modesta de lo que este argumento exige asumir. En nuestra propuesta, la curva de Laffer y su punto de saturación son meras herramientas *complementarias* de criterios ya existentes para el establecimiento de la inconstitucionalidad por confiscatoriedad. Dichos criterios (posiblemente presentes toda vez que una alícuota se halle a la derecha de t^*) no se ven desvirtuados por el argumento a contrario.

Además, es posible pensar impuestos claramente confiscatorios que se encuentran indefectiblemente a la izquierda de t^* . Un ejemplo a este respecto está dado por algunos tributos con finalidades extrafiscales, como proteger la salud de la población. Este es el caso, v.g. de los impuestos al tabaco. Siendo la función de demanda de cigarrillos muy *inelástica*, los consumidores estarán dispuestos a seguir consumiéndolos (casi) en la misma cantidad aún si su precio se duplica o triplica (alícuotas superiores a 100%).

Por lo tanto, en todo lo que podemos denominar como el *rango relevante* de la curva de Laffer, la función de recaudación no será cóncava sino creciente. Por lo tanto, no se podrá determinar jamás un máximo⁴⁹ y todas las alícuotas se hallarán a la izquierda de t^* , como muestra el gráfico a

⁴⁹ El máximo de una función se encuentra realizando la primera derivada de la misma e igualándola a 0, provisto que el resultado de la segunda derivada sea menor que 0. En una función cóncava esto no resulta un problema:

$$f(t) = 20t - 2t^2$$

$$f'(t) = 20 - 4t$$

$$0 = 20 - 4t$$

$$t = 5$$

$$f''(t) = -2$$

Dado que la segunda derivada de esta función es menor que 0, podemos afirmar que el punto de saturación de Laffer se encuentra en una alícuota impositiva de 5 (el número es arbitrario).

continuación (Figura 3). Ello incluye a alícuotas del 100% y más, las cuales son consideradas como confiscatorias tanto en las Ciencias Económicas como en el Derecho (Herrera Molina, 1996, p. 1044; Courchene, 2004; Courchene, 2005; Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1990:150”, octubre 4-990, Boletín Oficial Español 266, <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/1575>).

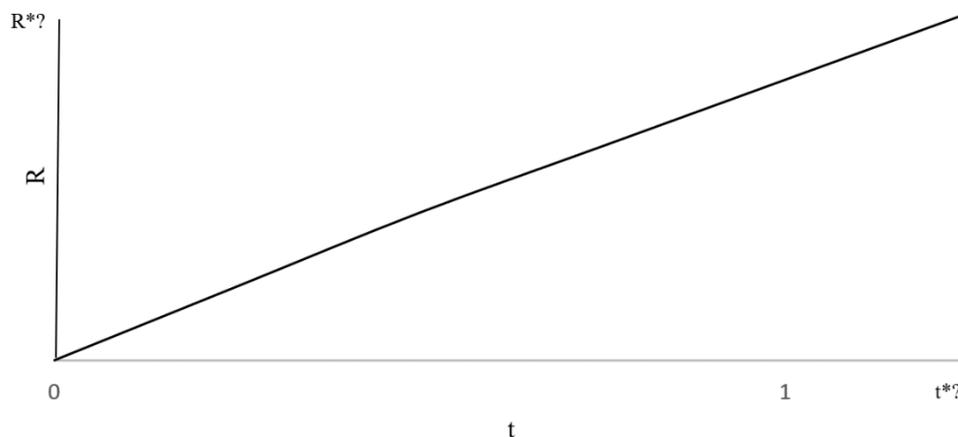


Figura 3: Curva de Laffer III

Ciertamente, el consenso sobre la confiscatoriedad de alícuotas del 100% refiere a alícuotas sobre la renta o el patrimonio, y no sobre el precio de un bien de consumo particular (como el cigarrillo). Sin embargo, ello no quita que las alícuotas puedan ser confiscatorias, si son lo bastante altas como para impactar de manera significativa en la renta de los individuos⁵⁰ o las empresas, o si son desproporcionadas, con lo cual nuestro punto se mantiene. Por consecuencia, es posible encontrar tributos confiscatorios cuya alícuota se ubique a la izquierda de t^* .

No obstante, los tributos con finalidades extrafiscales despiertan una nueva reflexión: que nuestro argumento sobre la función social de la propiedad en perspectiva liberal *no aplica* a los mismos. Se encuentra aquí un límite a la utilidad de la curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad. En la ideología original de la Constitución, los impuestos sirven al bien público de manera *indirecta*, siendo la fuente de las arcas públicas⁵¹. Por lo tanto, es posible derivar la irracionalidad de los mismos cuando un impuesto *reduce* dichas arcas. Sin embargo, varios de los tributos más modernos se hallan exentos del ámbito de validez de este argumento, pues pretenden servir al bien público de manera *directa*. Por lo tanto, su efecto sobre la recaudación es irrelevante. Como también se desprende de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL

Sin embargo, si nos encontramos frente a una función creciente, lo que ocurre es lo siguiente:

$$f(t) = 2t^2$$

$$f'(t) = 4t$$

$$0 = 4t$$

A partir de aquí ya no podemos resolver la función y obtener un resultado que nos sea útil. Es decir, *no se puede hallar un máximo de una función creciente*. Y si no se puede hallar un máximo, todos los puntos del rango en cuestión están a la izquierda de t^* , el punto de saturación de Laffer.

Nótese que la función creciente que elegimos en esta nota al pie crece de manera geométrica, mientras que la que muestra el gráfico lo hace de manera aritmética. Los motivos radican únicamente en la simplicidad.

⁵⁰ Si 80% del precio de un cigarrillo es impuestos (Bidegaray, 2017) y un fumador gasta el 25% de su ingreso en cigarrillos (McKay et al, 2012), más del 20% de la renta de un individuo es absorbida por estos tributos. Es posible concebir exacciones hipotéticas del 33%, 50% o cualquier porcentaje que el lector considere sustancial.

Yglesias (2014) argumenta que la confiscatoriedad de los impuestos al tabaco no sólo existe, sino que es deseable.

⁵¹ Esto se ve reflejado en la definición utilizada en la apertura de la segunda sección este trabajo.

37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>, parágrafos 75 y ss.), los tributos con finalidad extrafiscal se hallan sujetos a una lógica diferente. Ello no quita que dichos tributos puedan ser confiscatorios, pero el establecimiento de dicha confiscatoriedad debe darse por aplicación de otros criterios⁵² (asimismo, no nada claro que la finalidad supuestamente no recaudatoria de muchos tributos lo sea, o lo sea en exclusividad).

Empero, admitir este límite a la funcionalidad de la curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad importa conceder su utilidad en lo demás. Así como para un tributo con finalidades extrafiscales una reducción de la recaudación como consecuencia de su imposición no genera inconsistencia alguna, sí la ocasiona para uno con propósitos fiscales. Todavía más: si un tributo con finalidades extrafiscales desincentiva una actividad (*indeseable*), uno con finalidades fiscales también lo hace, sólo que la actividad gravada es beneficiosa.

Por último, es menester destacar otros límites de la guía axiológica que puede prestar la curva de Laffer. La curva muestra una función de recaudación. Es decir, permite determinar el punto que maximiza los ingresos *para el Estado*. Sin embargo, esta maximización no es necesariamente deseable, pues se realiza a expensas de la riqueza individual del consumidor y la asignación *eficiente* de recursos propia del mercado. Por el contrario, contradice el espíritu liberal de la Constitución Nacional. Al decir de Jean Baptiste Colbert, ministro de finanzas de Luis XIV, el punto de saturación de Laffer es el punto en que se puede “desplumar al ganso para obtener la mayor cantidad de plumas con el menor número posible de graznidos”. Por consiguiente, para que un impuesto no sea confiscatorio en el espíritu de la Constitución argentina, seguramente deberá encontrarse marcadamente a la izquierda de t^* .⁵³

6. Anticipando objeciones: la estructura de capital y las declaraciones de inconstitucionalidad; la validez empírica de la curva de Laffer

Quisiéramos además puntualizar dos asuntos, buenos de prever para evitar confusiones. En primer lugar, alguien podría razonar que si un tributo puede ser declarado inconstitucional con base en nuestro argumento (i.e. que su alícuota o la alícuota cumulativa se halla a la derecha del punto de saturación de Laffer y por ende es confiscatorio), entonces de su declaración de inconstitucionalidad debería resultar un inmediato aumento de la recaudación estatal. De no ocurrir, se demuestra la falta de fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad.

Razonar de esta manera sería plausible, pero constituiría un engaño. Esto se debe a que, para empezar, los efectos de la curva de Laffer no necesariamente son inmediatos (Rothbard, 1984). Además, dicho argumento soslayaría la complejidad de la estructura de capital de una sociedad y su evolución en el tiempo (Murphy, 2008). Una vez entrado en efecto el tributo en cuestión, el efecto de incentivos puede resultar en una destrucción de capital, o en *consumo* de capital (por ejemplo, mediante una reducción en su mantenimiento) o en la reasignación de recursos a otras áreas más productivas de la sociedad (*fugándose* el capital hacia ellas y no regresando con el cambio del esquema tributario en el corto plazo debido a que el capital no es tan fluido como suponen los modelos matemáticos).

⁵² Por caso, el tribunal constitucional español afirma que aunque los tributos pueden perseguir finalidades extrafiscales, la confiscatoriedad sigue siendo un límite a los mismos (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:2017:26”, marzo 25-017, Boletín Oficial Español 72, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25265>). En similar posición se encuentra Ventola (2008).

⁵³ En este sentido, Mueller (2003) plantea que principios como el de “igualdad horizontal” no se justifican únicamente por razones de justicia (como podría parecer intuitivamente) sino también para *evitar la maximización de recaudación* estatal, que podría obtenerse mediante discriminación en precios.

Simplificando, una vez entrado en vigencia el impuesto confiscatorio, el daño al bienestar social se encuentra hecho y no necesariamente una suba de la recaudación debe esperarse en el corto o mediano plazo, pues el capital no es perfectamente móvil ni constante. Asimismo, la curva de Laffer no necesariamente adopta una forma perfectamente cóncava, con lo cual la anomalía de la función de recaudación puede complejizar la cuestión⁵⁴.

En segundo lugar, existen quienes han criticado a la curva de Laffer por su falta de verificación empírica (Burke, 2012; Krugman, 2014). Obviamente, si la existencia de esta curva fuera controversial, no estaría tan claro que puede ser utilizada como herramienta jurídica. Sin embargo, yace aquí un equívoco. La controversia respecto de la curva de Laffer no está dada por su existencia o no, puesto que la existencia de recaudaciones mayores a 0 con alícuotas mayores a 0% es autoevidente (Blinder, 1981), y la nula recaudación de 0 con alícuotas del 0% y 100% es una verdad lógico-praxeológica o *truismo matemático* (Peacock, 1989). Lo que estos críticos verdaderamente “denuncian” es el argumento de que los impuestos deban reducirse porque ello aumentará la recaudación. Ello no necesariamente es cierto, pues sólo es cierto si las alícuotas en cuestión se hallan a la derecha de t^* , algo reconocido incluso por los economistas más en favor de las reducciones de impuestos (Moore, 2014; Rallo, 2013). Es decir, bien entendida, la crítica empírica no es a la curva de Laffer misma. Sólo se cuestiona la idea de que, en un caso concreto, un país se halle en el *lado malo* de la misma (Bender, 1984; Blinder, 1981; Henderson, 1981; IGM Forum, 2012). Por lo tanto, los achaques en cuestión atañen únicamente a lo probatorio, pero la validez del argumento teórico permanece intacta.

Conclusión

Existe cierta actitud en la comunidad jurídica que podría calificarse de *pusilanimidad* respecto de los abusos tributarios del Estado. La doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad exige revertir esta postura, estableciendo parámetros claros que limiten la potestad tributaria de éste. Esta potestad puede tomar la forma de tributos confiscatorios, situación ante la cual, de momento, la comunidad jurídica no reacciona por tratarse de *decisiones políticas* y ser la confiscatoriedad un *concepto jurídico indeterminado*.

Sin embargo, hemos presentado un argumento de acuerdo al cual esto no necesariamente debe ser así. De acuerdo al espíritu de nuestra Constitución Nacional, el derecho de propiedad, “poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien” (Alvear, 2011, p. 80), se ve *justificado* (y no necesariamente limitado) por una función social. Una afectación sustancial a la función social de la misma (en contradicción con el espíritu de progreso y libertad presente en nuestra Constitución) implica por lo tanto inconstitucionalidad por confiscatoriedad, irracionalidad, irrazonabilidad e imposibilidad de proveer al bienestar general. El *punto de saturación de Laffer* es una herramienta teórica que permite conocer con seguridad un punto a partir del cual se tiene certeza de la inconstitucionalidad del tributo, pues a la derecha del mismo la función social de la propiedad se

⁵⁴ La curva de Laffer ha recibido varios cuestionamientos, ciertamente meritorios, de parte de autores que consideran que no necesariamente tiene que ser una función perfectamente cóncava, como Oliveira Cruz Pinto de Abreu (2014), Spiegel & Templeman (2004); Spiegel et al (2008) y más matizadamente Henderson (1981). Bajo condiciones específicas la curva de Laffer puede tener dos o incluso más máximos locales, lo cual obviamente complejiza el análisis. Igualmente, esto debe ser relativizado, pues a) solamente hay *un* máximo absoluto; b) las condiciones en cuestión son verdaderamente muy específicas (situaciones en que la gente decide trabajar menos y disfrutar de su ocio ante una baja de impuestos, en lugar de trabajar más, por una particular combinación de efecto ingreso y efecto sustitución). Véase Yolis (2010) quien tomando a Henderson (1981) argumenta por qué a pesar de estas críticas el valor de la curva de Laffer para demandar reducciones de impuestos (en este caso, nuestro más modesto objetivo de evitar situaciones tributarias excesivamente confiscatorias) se mantiene.

ve fuertemente afectada, pero el Estado no recibe más recursos para emprender ninguna política socialmente beneficiosa. Asimismo, es estimable empíricamente.

Naturalmente, la herramienta no es una panacea. Existen tributos confiscatorios ubicados a la izquierda de dicho punto. A su vez, el punto en cuestión tal vez se encuentre mucho más a la derecha de lo que se cree (Rallo, 2013; Rothbard, 1994), por lo que la aplicación de este indicador podría no clarificar las cuestiones de inconstitucionalidad en la mayoría de los casos. Empero, es posible que lo haga en algunos de ellos, y siempre es positivo que jueces, juristas y abogados tengan más herramientas a disposición. Finalmente, no aplica para tributos con finalidades extrafiscales, aunque puedan ser confiscatorios por aplicación de otros criterios.

En conclusión, consideramos que la curva de Laffer debería ser incorporada como herramienta analítica, a la manera de indicador de inconstitucionalidad. Esto puede tener implicancias radicales⁵⁵ y, en definitiva, esta herramienta abre múltiples puertas que deberían ser exploradas si es que se pretende garantizar el derecho de propiedad privada y su función social.

Bibliografía

ACIJ (2014) Por la función social de la propiedad en el nuevo código civil y comercial. *Comunicado de Habitar Argentina. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://acij.org.ar/por-la-funcion-social-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

Alberdi, Juan Bautista (1854) *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Eumed.

Alvear, Carlos Salmon (2011) El principio de no confiscatoriedad en el ámbito tributario: su contenido a través de la jurisprudencia nacional e internacional. *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Guayaquil*, 29(1), 71-110.

Analistas Económicos de Andalucía (2008) La curva de Laffer: estimación para la economía española. *Documento de Análisis N° 2*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <http://www.economiaandaluza.es/sites/default/files/Laffer.pdf>

Araguàs Galcerà, Irene (2011) El principio de no confiscatoriedad en la constitución española. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 3, 9-31. Curitiba.

Arroyo Ponce, Antonio Luís (2017) ¿Es España una excepción en la curva de Laffer?. Universidad de Sevilla. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/66175/Es_Espana_una_excepcion_en_la_curva_de_Laffer.pdf

Azpitarte, J. (2017) La confiscatoriedad de los impuestos. Límites reales. Instituto Juan de

⁵⁵ Por caso, si reconocemos que la inflación constituye un *impuesto*, como lo plantea la literatura económica, debemos entonces admitir que los aumentos de base monetaria tan excesivos que excedan t^* también son inconstitucionales y admiten revisión judicial. Es posible que t^* se halle a la izquierda del punto de saturación de otros tributos, pues al efecto económico se adiciona el efecto Olivera-Tanzi, con lo cual ambos pasarían a dominar al efecto aritmético más prontamente. La primera intuición del jurista será seguramente rechazar esto, argumentando que el concepto jurídico de *impuesto* no es el mismo que el económico. Sin embargo, nótese que, por obra del señoreaje, la inflación constituye un ingreso para el Tesoro nacional. Si no admitimos su carácter como tributo, debemos concluir que todo aumento inflacionario de la base monetaria es inconstitucional, pues no se encuentra entre las fuentes de las arcas nacionales establecidas por el artículo 4 de la Constitución. Por lo tanto, admitir su carácter como tributo (y los límites que ello conlleva) es en realidad la visión más tolerante con la laxitud monetaria del Banco Central.

Mariana. Recuperado el 9 de diciembre de 2017 de <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/la-confiscatoriedad-de-los-impuestos-limites-reales>

Bejarano Navarro, Héctor David (2008) Empirical verification of Laffer's curve in the Colombian economy between 1980 and 2005. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 16(1), 151-164.

Bender, Bruce (1984) An analysis of the Laffer curve. *Economic Inquiry*, 22(3), 414-420.

Bidegaray, Martín (2017). Aumentan los impuestos a las gaseosas, los cigarrillos y las bebidas alcohólicas. *Clarín*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.clarin.com/economia/aumentan-impuestos-gaseosas-cigarrillos-bebidas-alcoholicas_0_B1IXqLWAb.html

Blinder, Alan Stuart (1981) Thoughts on the Laffer curve. The supply-side effects of economic policy, 81-92.

Boscá, José Emilio; Doménech, Rafael; Ferri, Javier (2017) Estructura fiscal, crecimiento económico y bienestar. *BBVA Research*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/2017/07/RDomenech_UIMP_10jul2017.pdf

Brill, Alex; Hasset, Kevin Allen (2007) Revenue-maximizing corporate income taxes: The Laffer Curve in OECD countries. *AEI Working Paper* 137. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <http://ssrn.com/abstract=2235697>

Brown, Jonathan C. (1993) Juan Bautista Alberdi y la doctrina del capitalismo liberal en la Argentina. *Ciclos*, 3(4), 61-74.

Burke, Michael (2012) So the Laffer curve says tax cuts for the rich? This isn't going to be funny. *The Guardian*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/27/laffer-curve-tax-cuts-rich-funny>

Castañeda, Eduardo Sotelo (2008) Notas sobre el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. *Derecho y sociedad*, 29, 307-322.

Coase, Ronald Harry (1960) The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, 3, 1-44.

Courchene, Thomas Joseph (2004). Confiscatory equalization. The intriguing case of Saskatchewan's vanishing energy revenues. *Choices*, 10(2), 1-42.

Courchene, Thomas Joseph (2005). Resource revenues and equalization. Five-province vs. National-average standards, alternatives to the representative tax system and revenue-sharing pools. *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*.

Dun, Frank van (2015). *Ética argumentativa y la filosofía de la libertad*. Instituto Ludwig von Mises. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://www.miseshispano.org/2015/03/etica-argumentativa-y-la-filosofia-de-la-libertad/>

Ezquero, Teodoro C. (2007). La imposición, la eficiencia y la equidad: una reflexión desde la perspectiva de la Unión Europea. *Nuevas tendencias en política fiscal*, 835, 173-196.

Feige, Edgar L.; McGee, Robert T. (1983). Sweden's Laffer curve: taxation and the unobserved economy. *Scandinavian Journal of Economics*, 85(4), 499-519.

Fernandes Espanhol, Ruben João (2014). The Laffer curve – an empirical estimation for Eurozone member countries. Instituto Universitario de Lisboa. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/9303/1/RESUMO%20%26%20ABSTRACT%20RUBEN%20ESPANHOL.pdf>

Gabriel, Amadeus (2007). Was Jean-Baptiste Say a market anarchist? The Ludwig von Mises Institute. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <https://mises.org/library/was-jean-baptiste-say-market-anarchist>

Gómez, Pierre-Yves; Korine, Harry (2008) *Entrepreneurs and democracy: a political theory of corporate governance. The role of the entrepreneur in the liberal logic*. Cambridge: CUP.

Hansson, Asa; Stuart, Charles (2003). Peaking of fiscal sizes of government. *European Journal of Political Economy*, 19, 669-684.

Henderson, David (1981). Limitations of the Laffer curve as a justification for tax cuts. *Cato Journal*, 1(1), 45-52.

Herrera Molina, Pedro Manuel (1996) Una decisión audaz del tribunal constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia de BVerfG del 22 de junio de 1995 y su relevancia para el ordenamiento jurídico español. *Impuestos*, 1039-1049.

Hoppe, Hans-Hermann (2004). La solución: propiedad privada y apropiación original. *La ética y la economía de la propiedad privada*, 5-12. Instituto Ludwig von Mises: Auburn.

Hsing, Yu (1996). Estimating the Laffer curve and policy implications. *Journal of Socio-Economics*, 25(3), 395-401.

IGM Forum (2012). Laffer curve. *Initiative on Global Markets Forum*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://www.igmchicago.org/surveys/laffer-curve>

Kinsella, Stephan (2016). Propiedad intelectual y derechos de propiedad. *Contra la Propiedad Intelectual*, 26-29. Instituto Ludwig von Mises: Auburn.

Krugman, Paul (2014). Charlatans, cranks and Kansas. *The New York Times*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.nytimes.com/2014/06/30/opinion/paul-krugman-charlatans-cranks-and-kansas.html>

Levenzon, Fernanda (2012). La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13. Universidad Torcuato di Tella. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/levenzon2.pdf>

Lévy-Garboua, Louis; Masclet, David; Montmarquette, Claude (2008). A behavioral Laffer curve: emergence of a social norm of fairness in a real effort experiment. *Journal of Economic Psychology*, 30(2), 147-161.

Llorente, Francisco Rubio (2006). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Ariel

Lordemann, Javier A.; Farrel, Ana O. (2015). Análisis experimental de la curva de Laffer y la evasión fiscal en Bolivia. *Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico*, 24, 121-153.

Mack, Eric (2006). Non-absolute rights and libertarian taxation. *Social Philosophy and Policy*, 23(2), 109-141.

Matthews, Kent (2003). VAT evasion and VAT avoidance: Is there a European Laffer curve for VAT? *International Review of Applied Economics*, 17(1), 105-114.

McKay, Colleen; Seward, Greg; Ziedonis, Doug (2012). Incorporating Tobacco Cessation with Health Promotion Activities in a Psychosocial Rehabilitation Clubhouse. *University of Massachusetts Medical School*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.umassmed.edu/globalassets/center-for-mental-health-services-research/documents/products-publications/posters/wellness/incorporating_tobacco_cessation.pdf

Mises, Ludwig von (1940). *La acción humana. Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial.

Mises, Ludwig von (1958). *Liberty and property*. Discurso de Ludwig von Mises en el 9º Encuentro de la Mont Pellerin Society en Princeton, New Jersey, el 9 de diciembre de 1958. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de https://mises.org/system/tdf/Liberty%20and%20Property_3.pdf?file=1&type=document

Moore, Stephen (2014). The Laffer curve turns 40: the legacy of a controversial idea. *The Washington Post*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.washingtonpost.com/opinions/the-laffer-curve-at-40-still-looks-good/2014/12/26/4cded164-853d-11e4-a702-fa31ff4ae98e_story.html

Mueller, Dennis Cary (2003). *Public Choice III*. Cambridge University Press.

Murphy, Robert (2008) The importance of capital theory. *The Ludwig von Mises Institute*. Recuperado el 12 de diciembre de 2017 de <https://mises.org/library/importance-capital-theory>

Oliveira, F. G.; Costa, L. (2013). The VAT Laffer curve and the business cycle. *Working Paper*, 2, Universidad Católica de Portugal. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://ideas.repec.org/a/eis/articl/215guedesdeoliveira.html>

Oliveira Cruz Pinto de Abreu, Hugo Miguel (2014). *Crossing mountains: the effect of competition on the Laffer curve*. Disertación de Maestría. Universidade do Porto.

Pascual Cruz Mora, Edgar (2016). La curva de Laffer como herramienta para la recaudación óptima en las entidades federativas de México. Aplicación empírica. *Centro de Estudios para las Finanzas Públicas*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de http://www.cefp.gob.mx/formulario/Trabajo_9a.pdf

Peacock, Alan (1989). The rise and fall of the Laffer curve. *The Political Economy of Progressive Taxation*, 25-40.

Piketty, Thomas; Saez, Emmanuel (2012). Optimal labor income taxation. *Handbook of Public Economics*, 5. National Bureau of Economic Research. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://eml.berkeley.edu/~saez/piketty-saezNBER12handbook.pdf>

Rallo, Juan Ramón (2013). Olvidense de Laffer. Juan Ramón Rallo. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://juanramonrallo.com/2013/05/olvidense-de-laffer/index.html>

Ravestein, A. v.; Vijlbrief, H. (1998). Welfare cost of higher tax rates: an empirical Laffer Curve for the Netherlands. *The Economist*, 136(2), 205-219.

Rothbard, Murray Newton (1984). Ten great economic myths. *The Free Market*, edición especial.

Rothbard, Murray Newton (1985) The myth of tax reform. *World Market Perspective*, 18(11). En Rothbard, M. N. (1997), *The Logic of Action II: Applications and Criticism from the Austrian School (Economists of the Twentieth Century)*. Elgar: Cheltenham.

Sainz de Bujanda, Fernando (1987). *La contribución territorial urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*. Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de la Comunidad Valenciana.

Spiegel, Uriel; Templeman, Joseph (2004). A non-singular peaked Laffer Curve: Debunking the traditional Laffer Curve. *The American Economist*, 48(2), 61-66.

Spiegel, Uriel; Kogan, Konstantin; Templeman, Joseph (2008). An aggregate Laffer curve – a multi-peak case. *Public finances – Taxation and the tax system*, 53(3), 513-524.

Trabandt, Mathias; Uhlig, Harald (2011). The Laffer curve revisited. *Journal of Monetary Economics*, 58, 305-327.

Valladares, Gilberto Atencio (2014). *El principio de no confiscación en materia tributaria*.

Evolución y situación actual en España y Venezuela. (Tesis de doctorado). Universidad de Salamanca.

Ventocilla, Joseph Espíritu (2011). En busca de la curva de Laffer para el caso peruano. *Horizonte económico*, 1, 19-26.

Ventola, Héctor Eduardo (2008). Fines extrafiscales de los tributos. *Las tesinas de Belgrano*, 244, 5-21. Universidad de Belgrano.

Yglesias, Matthew (2014). *Beyond the Laffer curve – the case for confiscatory taxation*. Vox. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.vox.com/2014/4/18/5620702/case-for-confiscatory-taxation>

Yolis, Lisandro (2010). La curva de Laffer. *A repository of selected papers in economics, mathematical economics, social sciences and philosophy*, 5(6), 7-16.