



André Castro Carvalho^(*)

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el **Derecho Tributario**.

Esquemas de un enfoque conductual en Brasil^(**)

1. Un análisis del Derecho y la Economía Conductual

Hay una nueva tendencia en el estudio de las normas jurídicas y sus efectos en los individuos dentro del Derecho y Economía. Este análisis se enfoca en el comportamiento individual y su relación con el impacto de las normas jurídicas y sociales en la vida de cada uno. Los académicos lo llaman una aproximación conductual, usada sobre la base del análisis económico del derecho. Jolls lo resume bastante bien: “el derecho y la economía conductual involucran tanto el desarrollo como la incorporación en el análisis económico del derecho de puntos de vista del comportamiento analizados desde varios campos de la psicología”⁽¹⁾. En otras palabras, es el resultado de cómo las acciones reales y los comportamientos son enfrentados por la ley, distinguiendo la “verdadera” realidad del llamado *homo economicus*, caracterizado por un estándar del hombre racional que actuará solo de acuerdo con los aspectos económicos y sin ninguna consideración de otros valores involucrados en la realidad⁽²⁾. Un concepto que también fue estudiado por la ciencia jurídica a la altura del positivismo jurídico (por ejemplo, Kelsen).

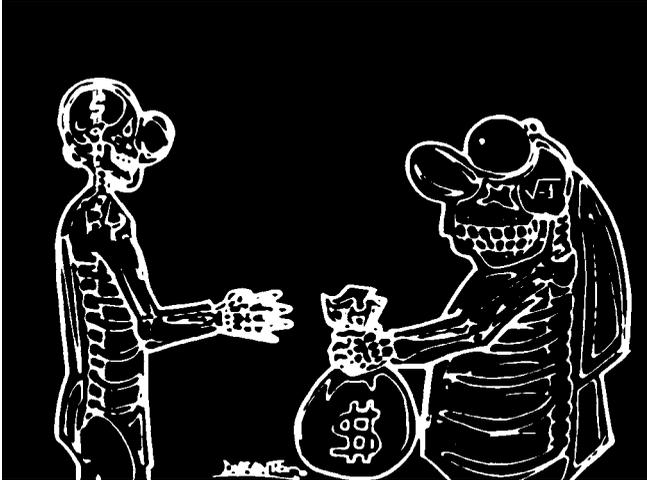
(*) Artículo inédito en inglés. Traducción de Ximena Raquel Calderón Rojas, miembro de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS; bajo la supervisión y revisión de Mario Drago Alfaro, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociado de Bullard Falla Ezcurra Abogados.

(**) LL. B. y LL.M. de la Universidad de São Paulo, Brasil. Postgrado en derecho público. Estudios de PhD en Economía, Finanzas y Derecho Tributario en la Universidad de São Paulo. Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo. Asesor Legal en Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) y en Sindicato Nacional das Concessionárias de Rodovias, Vias Urbanas, Pontes e Túneis (SINCROD).

(1) JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics*. En: Yale Law School, Public Law Working Paper 130; Yale Law & Economics Research Paper 342, 2006, p. 3. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=959177> (4 de Enero 2011). Traducción libre del siguiente texto: “[b]ehavioral law and economics involves both the development and the incorporation within law and economics of behavioral insights drawn from various fields of psychology.”

(2) JOLLS, Christine; Cass R.SUNSTEIN y Richard, THALER. *A behavioral approach to Law and Economics*. En: Stanford Law Review. No. 50, Mayo, 1998, pp. 1471-1550, p. 1476. Véase también: MCCAFFERY, Edward J. y Joel SLEMROD. *Toward an Agenda for Behavioral Public Finance*. En: University of Southern California Law School. Law and Economics Working Paper Series, 2004, pp. 1-28, p. 2.

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquema de un enfoque conductual en Brasil



En su ensayo, Scott ilustra que las normas pueden influenciar los comportamientos de las personas, lo cual puede resultar en algunos efectos o incentivos directos o indirectos⁽³⁾; por ejemplo, cuando una ley prohíbe fumar u obliga a los dueños recoger las excretas de sus perros en lugares públicos so pena de multa.

Alo largo de su trabajo, ofrece una serie de casos hipotéticos en los que, las normas jurídicas no tienen un mecanismo de sanción, pero, por otro lado, influyen la conducta. Esto ocurre en *The Case of the Devoted Dog Lovers*: existe una supuesta ley promulgada para algunos objetivos ambientales que prohíbe el paseo de los perros en una región específica. No obstante, no se ha determinado una sanción en la señal que no permite la presencia de perros. No pasa mucho antes de que una pareja que tiene un par de perros piense que existe un derecho a caminar con los animales cuando su posición es superior al valor de la norma prohibitiva. Un día, debido a la vulneración de la norma, recibe una amonestación de uno de los vecinos que observó la transgresión (un tipo de sanción moral o coerción). Este hecho obligó a la pareja, incluso en

contra de su voluntad, a obedecer la norma independientemente de la sanción⁽⁴⁾.

Existe otro enfoque de gran relevancia encontrado en Jolls para estudios sobre la ley de presupuesto, conocido como la *aversión al despojo*⁽⁵⁾ (la tendencia de las personas hacia la resistencia extrema contra la supresión de derechos luego de su consolidación) y su relación con el Teorema de Coase. Este teorema toma como premisa fundamental los costos de transacción: si son lo suficientemente bajos, el resultado práctico no se deberá a los derechos concebidos por las partes por el sistema jurídico. En este punto, resulta pertinente resaltar otro caso en las finanzas públicas: los costos de transacción en la recaudación del tributo serán tan pequeños como la resistencia a su pago (compliance)⁽⁶⁾. Por lo tanto, la resistencia individual induce el comportamiento de las autoridades públicas.

Es evidente que el uso de la economía conductual no es unánime. Y este tipo de análisis todavía no ha sido ampliamente difundido en la comunidad del Derecho: como se señala en McCaffery y Slemrod, los académicos usualmente se resisten a la aplicación de estas proposiciones⁽⁶⁾. De esta manera, las "herramientas", que serán sujetas a mayor discusión más adelante (las heurísticas y los sesgos), son usualmente criticados: algunos autores sostienen que una mejor educación e incentivos podrían eliminarlos; otros, que los individuos no pueden ignorarlos en tanto que los mecanismos de

(3) SCOTT, Robert E. *The limits of behavioral theories of law and social norms*. En: Virginia Law Review. No. 86, 2000, pp.1603-1647, pp. 1608-1613, pp. 1603-1607.

(4) *Idem.*; pp. 1608-1613.

(5) JOLLS. *Óp. cit.*; p. 4.

(6) Véase: MCCAFFERY y SLEMROD, pp. 15-16; y CASEY, Jeff, y SCHOLZ, John. *Beyond deterrence: behavioral decision theory and tax compliance*. En: Law & Society Review. No. 25 (4), 1991, pp. 821-843; sobre la conformidad en el sistema tributario.

(6) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 21.



André Castro Carvalho

supresión de sesgos son desde ya limitados. Pero las críticas tienden a realizarse sobre la base del mercado. Verifico en este artículo cómo esto puede suceder en el sector público, principalmente con el uso de las normas jurídicas, pero sin ninguna mención o conclusión de si es correcto o incorrecto un método más tradicional u otro método de investigación.

2. Las heurísticas y los sesgos en los juicios

Dos conceptos son normalmente usados en la toma de decisiones (la esencia de una decisión sobre el presupuesto), esquematizados en el conocido artículo de Tversky y Kahneman son las heurísticas y los sesgos en los juicios sobre la incertidumbre cuya influencia algunas veces reduce la apreciación de los valores y las probabilidades en los procesos⁽⁷⁾. Ellos reconocen que las heurísticas pueden ser útiles en algunos casos, pero que pueden llevarnos a algunos errores. Con estas conclusiones, años después desarrollaron la *teoría de la perspectiva*, esto es, una aproximación empírica conductual sobre el riesgo y la aversión común de los individuos en dos situaciones bastante diferentes: las ganancias y pérdidas⁽⁸⁾.

Al manejar varios conceptos como, por ejemplo, la racionalidad acotada, Jolls, Sunstein y Thaler muestran que los juicios se hacen usualmente sobre reglas prácticas que derivan en algunos sesgos en estos juicios, aunque tales sesgos algunas veces son predecibles⁽⁹⁾. Esto se debe a la limitada capacidad cerebral y la falibilidad de la memoria humana. Desde este punto de partida, es posible iniciar la formación de algunas heurísticas.

Las heurísticas pueden ser definidas como un “atajo mental”, que significa una manera de hacer uso de ciertos patrones que resultan en una especie de regla a ser usada en cada caso específico⁽¹⁰⁾. Tversky y Kahneman lo ejemplifican con el sentido común en la física: generalmente hablando, los objetos se ven más nítidos de cerca, mientras que se ven más borrosos de lejos⁽¹¹⁾. Sin embargo, esto puede derivarse en algunos errores en la evaluación, e. g. sobreestimar la distancia de un objeto borroso o subestimar la distancia de un objeto nítido debido a su buena visibilidad. Así, el uso de la claridad para construir las heurísticas derivará en el conocido sesgo, el cual es un error en el juicio producto de estas repentinas evaluaciones estandarizadas.

Reconocer las heurísticas y los sesgos es un camino importante para analizar las políticas, mientras puedan ofrecer diferentes opciones en caso que estos sesgos no hubiesen sido revelados, de acuerdo con Fang y Silverman⁽¹²⁾. Para Jolls, este tipo de estudio puede ayudar a “reducir o eliminar tales tendencias humanas, a través de la estructura legal (el enfoque de la “supresión de los sesgos a través de la ley”)⁽¹³⁾. Las normas jurídicas actúan para suprimir los sesgos de estas tendencias i.e, reducir el nivel o intensidad de una conducta sesgada en los juicios⁽¹⁴⁾. Como sigue, el uso de estos mecanismos de supresión de sesgos con

(7) KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Em: Science. New Series 185 (4157), 1974, pp. 1124-1131, p. 1124.

(8) KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. *Prospect theory: an analysis of decision under risk*. En: Econometrica. No. 47 (2), 1979, pp. 263-292.

(9) JOLLS, SUNSTEIN y THALER. *Óp. cit.*; p. 1477.

(10) JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics*. En: Yale Law School, Public Law Working Paper 130; Yale Law & Economics Research Paper 342. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=959177> (4 de Enero de 2011), 2006, p. 13.

(11) KAHNEMAN y TVERSKY. *Óp. cit.*; p. 1124.

(12) FANG, Hanming y Dan SILVERMAN. *Distinguishing between cognitive biases*. En: MCCAFFERY, Edward y Joel SLEMMOD. *Behavioral public finance*, p. 47-81. New York: Russell Sage Foundation, 2006, pp. 1-11.

(13) JOLLS, 2006. *Óp. cit.*; p. 19. Traducción libre del siguiente texto: “(...) reduce or eliminate such human tendencies through the legal structure – the approach of “debiasing through law”

(14) *Idem.*; p. 34.

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquema de un enfoque conductual en Brasil

la finalidad de reducir o eliminar estos efectos también es considerado en las finanzas públicas.

3. Un análisis conductual de las finanzas públicas

Como se ha considerado en este documento, el análisis conductual de las finanzas públicas es una nueva rama de la investigación que permite una nueva perspectiva en las finanzas públicas y el estudio de la ley de presupuesto. Mccaffery y Slemrod defienden esta proposición y explican que las finanzas públicas tienen algunos importantes principios⁽¹⁵⁾: los individuos siempre son racionales para maximizar sus resultados (*asunción de racionalidad*) para el bienestar de la comunidad (*soberanía del consumidor*). Por este motivo, la economía conductual permite traer nuevas luces a este asunto, mediante algunas evidencias empíricas, aunque con cierto desacuerdo en sus conclusiones. En consecuencia, los resultados pueden ser usados en la creación de normas jurídicas y la creación de modelos para una futura reforma fiscal y tributaria.

3.1. Las heurísticas y los sesgos en el derecho tributario

En relación con los tributos, hay algunas reglas que pueden, como no pueden, guiarnos a estos sesgos. Una de ellas es la llamada *aversión a la penalidad*, esto es, las personas no reaccionan bien ante las penalidades pero aprecian enormemente los beneficios. Esta afirmación puede parecer obvia en un principio, no obstante, es muy frecuente que la misma pregunta, vista de otro modo, pueda ser capaz de obtener impactos distintos si se plantea como un beneficio o una penalidad. Esto lleva, en el mismo sentido, a una amplia gama de decisiones, con una exacerbación de acuerdo al grado de progresividad. En palabras simples, los aspectos de un beneficio son una penalidad en el sentido contrario (un beneficio que para una pareja con hijos es a su vez una penalidad para quienes no tienen niños y viceversa): esto es conocido como *el efecto de Schelling*⁽¹⁶⁾.

Mccaffery y Baron listan varios otros sesgos, como la *aversión a los impuestos*⁽¹⁷⁾: las personas usualmente muestran más antipatía a la palabra *impuesto* que a la palabra *tasa* o *contribución* lo cual significa que la misma carga puede tener mayor aceptación dependiendo de su denominación. Además, para algunos servicios, las personas podrían encontrarse más a favor de un impuesto en detrimento de otros impuestos de igual relevancia (comportamiento anti impuesto o pro impuesto). Esta puede ser una buena causa de la preferencia histórica y notable del gobierno federal brasileño por las famosas *contribuições* (contribuciones), en lugar de otros impuestos: por ejemplo, en lugar de incrementar un ingreso legal como soporte de una entidad tributaria, un nuevo impuesto es promulgado como contribución sobre su beneficio neto.

También puede apreciarse el *fracaso para transparentar los impuestos ocultos*, que es bastante común en la ICMS de Brasil (una especie de IGV): en tales impuestos, el contribuyente no se tiene que preocupar (al menos directamente) del último paso de la recaudación (estrictamente hablando, de soportar la imposición del tributo y pagarlo a la Administración Tributaria). Esto no ocurre con un tributo directo, como un impuesto sobre los vehículos (IPVA brasileña), en tanto el contribuyente soporta la carga del tributo de manera directa. Además, no generará el efecto psicológico de la recaudación individual, lo que no ocurre con el tributo indirecto u oculto puesto que este efecto aparece como “disuelto” en la actividad de recaudación y los contribuyentes no saben exactamente

(15) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 1-11.

(16) BARON, Jonathan y MCCAFFERY, Edward J. *Thinking about Tax*. En: USC Law School, Olin Research Paper No. 04-13; and USC CLEO Research Paper No. C04-10 (Julio): 1-38. Disponible en at <http://ssrn.com/abstract=567767> or doi:10.2139/ssrn.567767. (5 de Enero de 2011), 2004, pp. 8-9.

(17) *Idem.*; pp. 10-20.



André Castro Carvalho

quién está “pagando la cuenta”. En este caso, Loewenstein, Small y Jeff Strnad hacen hincapié en que la economía no se preocupa por esteproblema, a diferencia de otras ciencias, especialmente las relacionadas con la política fiscal:

“Sin embargo, la psicología y por lo tanto la política fiscal puede tornarse hacia quien aparece como el que paga el impuesto en lugar de quien realmente soporta la carga. El público tiende a atribuir la carga a los impuestos que paga simbólicamente y a ignorar aquellos que no pagan explícitamente”⁽¹⁸⁾.

Aún así, el rastro fundamental de un impuesto oculto es la creencia del contribuyente que alguien (que no es él mismo) soportará los costos del impuesto. Este fenómeno ocurre de la misma manera que la retención de impuestos (como la retención del impuesto a la renta en Brasil). Como ha sido informado por los autores, debido al hecho que no hay pago directo al gobierno, muestra una (falsa) impresión de que este monto retenido no pertenece al contribuyente.

Otro sesgo es el *efecto métrico (metric effect)* y las *ilusiones de progresividad (progressivity illusions)*: las personas tienden a tener diferentes impresiones si se les pregunta sobre los números en porcentajes o en términos monetarios (soporte de impuestos en porcentaje o en euros, por ejemplo). Prefieren el método progresivo sobre la base porcentual, mientras que en un impuesto “igualitario” (no progresivo) la preferencia es la base en términos monetarios⁽¹⁹⁾.

Todos los casos enumerados en los párrafos anteriores son ejemplos del *efecto marco (framing effect)*, el cual enfrentará el problema basado en los hechos y la información disponible. Es importante en la medida que los políticos más exitosos

serán aquellos capaces de identificar alguno de estos sesgos⁽²⁰⁾. La gran mayoría de los juicios sesgados en las finanzas públicas se origina principalmente por el marco que se le da a un instituto.

El *sesgo de la neutralidad (neutrality bias)* es un caso especial en la política fiscal: hay una preferencia en políticas fiscales que enfatizan el carácter neutral del impuesto (equidad horizontal) en lugar de una parcial (no favorable a algunos grupos). En este contexto, también es posible considerar el *sesgo de disociación (disaggregation bias)*: la manera cómo los impuestos son concebidos en el sistema es muy relevante, en tanto puede existir una interacción entre estos con la finalidad de que cada uno tenga una característica definida. Esto puede permitir una amplia política fiscal sobre el común análisis del impuesto por impuesto (tax-by-tax analysis). Sin embargo, hay una dificultad de comprensión por parte de los individuos cuando los impuestos son analizados de forma general, como ocurre con una disminución en un impuesto para incrementar otro⁽²¹⁾. Mccaffery y Slemrod explican que “el efecto de disociación sugiere que muchos impuestos menores pueden sumarse dando un total mayor de carga tributaria, con el mismo malestar psíquico que respecto a una menor cantidad de impuestos mayores”⁽²²⁾.

Como resultado del sesgo de disociación podemos apreciar, el *efecto del*

(18) LOEWENSTEIN, George; Deborah A. SMALL y Jeff STRNAD. *Statistical, identifiable, and iconic victims*. En: MCCAFFERY, Edward J. y SLEMROD, Joel. (editores) *Behavioral public finance*, pp. 32-46, pp. 38-39. New York: Russell Sage Foundation, 2006, pp. 40-43. Traducción libre del siguiente texto: “However, the psychology and thus the politics of taxation may turn who appears to pay the tax rather than who actually bears the burden. The public tends to ascribe the burden to the nominal payor and to ignore taxes that they do not explicitly pay.”

(19) Sobre la progresividad y la reforma fiscal, véase MCCAFFERY, Edward J. *Three views of tax*. En: Canadian Journal of Law and Jurisprudence. XVIII (1), 2005, pp. 153-164. Este tema también es analizado en MCCAFFERY, Edward J. y HINES, James R. *The last best hope for progressivity in tax*. En: Southern California Law Review No. 83, 2009-2010, pp. 1031-1098.

(20) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 7.

(21) BARON y MCCAFFERY. *Óp. cit.*; pp. 20-26.

(22) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 80. Traducción libre de: “(t)he disaggregation effect suggests that many smaller taxes can add up to a greater total tax burden, with the same psychic discomfort, as fewer larger taxes.”

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquema de un enfoque conductual en Brasil

enmascaramiento de la redistribución (masking redistribution effect). La tarea del gobierno constituida por la redistribución de bienes y servicios públicos junto con la distribución de ingresos trae consigo un problema natural: la reducción o privatización de los servicios públicos, la política de redistribución por impuestos y gasto público deben continuar como antes; de lo contrario, los más pobres tendrán que soportar mayores costos. Pero los académicos resaltan que, como consecuencia del sesgo de disociación, las personas usualmente no apoyan un nivel razonable de redistribución, aunque exista o no una provisión gubernamental de bienes y servicios.

En relación con la reducción en el gasto gubernamental, el *efecto de la bestia hambrienta (starve the beast effect)* es considerado por Mc Caffery y Baron como un claro ejemplo de las heurísticas en las finanzas públicas: la reducción de la carga fiscal como un factor determinante para la reducción del gasto público⁽²³⁾. Por lo tanto, la discusión se enfoca en el grado de burocracia en el gobierno y cómo restringir su expansión. Empíricamente, ellos demuestran que algunas hipótesis – afirmaciones como (i) a las personas normalmente no les importa el déficit del gobierno y (ii) se comportan de una manera optimista respecto a la extinción de la deuda en un futuro cercano (*sesgo del optimista*), no pueden ser confirmados, no obstante, se distingue otro interesante factor: los individuos aceptan la reducción en el gasto de una manera general, pero no de manera específica (como ocurre con los derechos). Esta verificación (esto es lo que el estudio evidencia) puede ser crucial en caso de una estrategia de “la bestia hambrienta” siempre que las decisiones sobre la reducción en el gasto sean genéricas. Y la reducción en los impuestos, por el contrario, debe ser específica.

Un ejemplo final de heurísticas en la política fiscal es el *efecto de la víctima identificable (identifiable victim effect)*. Este enfoque puede ser encontrado en Loewenstein, Small y Strnad⁽²⁴⁾. Basados en experimentos empíricos, exponen que cuando un caso individual se aprecia separado del resto, las personas se encuentran más motivadas e influenciadas que en aquellos casos en que solo se aprecian consideraciones estadísticas. Esto puede ser usado para modificar el comportamiento a favor de las víctimas (mayor sensibilidad) o en contra de los

delincuentes (sentimiento exacerbado de castigar). No obstante esta conclusión, llaman la atención al hecho de que la aplicación de este efecto en todas las situaciones no puede ser precisa: algunas veces incluso la provisión de información sobre una persona no puede llevar en sí reacciones positivas que no vendrán precisamente de la identificación.

Esto será objeto de mayor discusión más adelante, pero puede verificarse en algunos fenómenos tributarios: más allá de la aplicación de los impuestos ocultos, hay otros en los cuales la identificación del contribuyente es relevante para definir su comportamiento previamente al impuesto.

Impuestos estatales (como el ITCMD brasileño) son capaces de ilustrar esta consideración. Las personas son propensas (otro sesgo) a creer que se volverán más ricas con la muerte de un pariente, lo cual puede crear una percepción negativa sobre los impuestos estatales para este momento específico. A pesar de la naturaleza especulativa de esta conclusión, la impopularidad de los impuestos estatales en los Estados Unidos (especialmente entre los pequeños agricultores y dueños de empresas) sugiere un mayor contexto de victimización en la imposición de dichos impuestos estatales. Pero en el análisis del Impuesto Alternativo Mínimo *Alternative Minimum Tax (AMT)* en los Estados Unidos (algo como la simplicación de declaración del impuesto a la renta en Brasil pero exclusivamente para los contribuyentes de altos ingresos) los atores están convencidos de que hay verdaderamente una victimización del proceso debido al efecto de identificación. Esto ocurre porque el AM puede reducir iniciativas como los incentivos a la actividad social, deducibles en el sistema regular y no deducibles en el sistema alternativo. *Per*

(23) BARON, Jonathan y Edward J. MCCAFFERY. *The political psychology of redistribution*. En: The UCLA Law Review 52, 2005, pp. 1745-1792, pp. 1173-1180.

(24) LOEWENSTEIN, SMALL y STRNAD. *Óp. cit.*; pp. 33-35.



André Castro Carvalho

contra, esto evita abusos de los contribuyentes con altos ingresos que deducen en exceso⁽²⁵⁾.

Mccaffery y Baron, luego de construir todas estas heurísticas y sesgos, entienden que la principal utilidad de este enfoque es descubrir algunas de estas situaciones en las finanzas públicas y la política fiscal⁽²⁶⁾. Una de ella es la de que los impuestos encubiertos tendrán un mayor desarrollo en los sistemas fiscales porque los políticos tratarán de usar aquellos impuestos que imponen menor malestar físico a los individuos y los gastos que maximicen el placer físico, con menor o ninguna consideración sobre los verdaderos costos o el impacto social real.

3.2. Las heurísticas y los sesgos en las finanzas públicas y la ley de presupuesto

El mismo tipo de acercamiento puede hacerse en las finanzas públicas y de qué manera el gasto público se ocupa de estos aspectos. Esto es muy importante para un análisis del sistema presupuestal en un país⁽²⁷⁾.

La observancia del factor político en el presupuesto será relevante para alcanzar un punto relevante: no es sentido común que las políticas públicas representen el mejor aprovechamiento (en el sentido económico) de los recursos públicos. Este carácter político en todas las naciones democráticas nos permiten resaltar la heurística usada como premisa para crear el presupuesto anual.

La seguridad social es usada por los académicos para justificar el incentivo que los políticos tienen para usar los recursos con el propósito de incrementar los beneficios para la población, pero por otro lado creando derechos cuya rigidez bloquea cualquier tentación de reducir o removerlos (aversión a la pérdida o *loss aversión*). Esto significa que los políticos que dan prioridad a medidas de corto plazo (con el objetivo de hacer que el electorado se encuentre satisfecho con las políticas que se realizan) tendrán un beneficio político y tratarán de usar al

mínimo los impuestos “dolorosos” y al máximo los más “agradables”. Sin embargo, esto no significa una maximización de los gastos asignados a las reales demandas sociales⁽²⁸⁾.

Esto es resultado del efecto certidumbre (*endowment effect*) mencionado anteriormente, en el que se pueden obtener diferentes conclusiones dependiendo del *status quo* usado como referencia; aunque, obviamente, este *status quo* puede ser manipulado para llegar a los resultados esperados. Mccaffery y Slemrod dilucidaron que, por ejemplo, un individuo preferirá usar efectivo para evitar penalidades por el uso de tarjetas de crédito, pero usará la misma tarjeta de crédito para ganar un bono en una situación similar. Entonces, ellos resumen: “(e)n finanzas públicas, el efecto certidumbre puede llevar a una “rigidez” de los bienes públicos, como los beneficios del seguro social: una vez en el lugar, los ciudadanos reaccionarán a su pérdida con mayor dureza que al fracaso de obtener un bien equivalente”⁽²⁹⁾.

El *efecto de aislamiento* (*isolation effect*, a saber, el efecto de *Von Restorff*) viene adjunto a este fenómeno: muestra como un factor en particular apreciado de una manera diferente con relación a la totalidad de la situación. El mejor ejemplo son los ingresos provenientes de los impuestos de la lotería, porque en general estos ingresos son considerados distintos de los otros (comúnmente etiquetados como “extraordinarios”) y son utilizados de manera diferente y específica. Los autores lo relacionan con otros dos fenómenos: el efecto matamoscas y la dependencia del camino

(25) *Ídem.*; pp. 40-43.

(26) BARON y MCCAFFERY. *Óp. cit.*; pp. 30-31.

(27) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 9.

(28) BARON y MCCAFFERY. *Óp. cit.*; p. 32.

(29) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 7-8. Traducción libre de: “[i]n public finance, the endowment effect may lead to a ‘stickiness’ of public goods, such as social security benefits: once in place, citizens will react to their loss more harshly than the failure to obtain an equivalent good.”

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquema de un enfoque conductual en Brasil

(*flypaper effect* y *path dependence*)⁽³⁰⁾. Una vez creado un vínculo entre los ingresos y los gastos en el pasado, será más difícil la utilización de estos recursos para otro fin más relevante o noble en el futuro⁽³¹⁾.

Otra heurística en finanzas públicas, más que nada en Brasil, puede encontrarse en la regla legal constitucional que establece un derecho fundamental o humano y que además, en el mismo documento, crea alguna “obligación mínima del gasto” (*despesas mínimas obrigatórias*). Algunos casos famosos se dan en la salud (artículo 198, § 2º y el artículo 66 de la norma de Provisiones Constitucionales Transitorias 66) y la educación (artículo 212). Estas son reglas que establecen una mínima obligación del gasto dentro de un año en la Ley de Presupuesto en los términos de una base porcentual.

En este caso una heurística muy notable puede ser interferida: ¿por qué una obligación de gastos es establecida? Se supone según el sentido común que, en el proceso presupuestal, estos derechos humanos no se encuentren “desprotegidos” por esta Ley de Presupuesto. Teniendo en consideración el rasgo político del presupuesto y los constantes debates entre las funciones ejecutivas y legislativas en su competencia por recursos públicos, una regla constitucional que determina el gasto público “garantiza” que estos derechos no sufriran ninguna interferencia debido a las actividades políticas.

Hay un consenso respecto a que la actividad política siempre es guiada por el interés de la mayoría, lo que nos puede llevar a la idea que se elegirá, necesariamente, el mejor destino para los recursos públicos por el parlamento. Este ideal, como regla general, no se verifica comúnmente en la vida “real”: como consecuencia, este hecho provoca un tipo de desconfianza en la actividad política. Esto puede crear un sesgo sobre que la actividad política *siempre* estará parcializada y que una regla que elimine el sesgo (*debiasing rule*) (como la obligación mínima del gasto) podría ser un remedio para este concepto erróneo que podría llevar el ideal constitucional a la realidad.

La regla legal podría tener, como resultado, una alegada función de eliminación de los sesgos en este caso específico: mientras que los procesos democráticos presuponen una discusión política sobre el destino de los ingresos a los gastos públicos, es bastante común la ocurrencia de un juicio erróneo (un sesgo): las necesidades públicas son constantes en el tiempo y el espacio.

Cuando una regla constitucional vincula un gasto mínimo con cierta actividad, estableciendo una base porcentual o de valor, se asume que, como resultado de ser un derecho humano, siempre habrá una necesidad de recursos a esta actividad. Puesto de una manera diferente, desde la promulgación de una Constitución, se prevé que las necesidades para gastos públicos en una actividad u otra nunca cambiarán, tampoco en el tiempo (durante este período) el espacio (en un sistema federalista como el brasilero, por ejemplo, esto puede ser aplicado en cada uno de sus estados y otras entidades federalistas). El resultado es la creación de una regla constitucional (muy difícil de cambiar y a veces considerada una cláusula de afianzamiento) para asegurar su continuidad.

Pero una verdadera regla de “desesgamiento” debe ir más allá respecto a este sesgo “perenne”. Así, he sugerido en un trabajo previo la factibilidad de usar reglas temporales⁽³²⁾, que podrían facilitar la re evaluación periódica del gasto público. Esto puede mitigar (aunque no eliminar) el efecto certidumbre antes mencionado. Los gastos podrían periódicamente ser objeto de discusión y mejor

(30) Sobre la dependencia del camino, véase CARVALHO, André C. y Silva IZAIAS. *Path-dependent process on regulation of infrastructure public services*. En: Ariño Ortiz, G., Bullard, A. et al. (editores) *Regulación económica de los servicios públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica: balance y perspectivas*, pp. 853-877. Lima: ARA Editores, ESAN, ASIER, 2010.

(31) MCCAFFERY y SLEMROD. *Óp. cit.*; p. 8.

(32) CARVALHO, André C. *Mechanisms for optimization of Brazilian Fiscal Federalism*. En: Conti; J. M., Scaff, F. F.; Braga, C. E. F. (editores). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*, 2010a, pp. 165-95. Florianópolis: Conceito. (Original en portugués).



André Castro Carvalho

valoración; también, podría asumir una función de contrapunto teniendo en consideración esta aversión.

Otro detalle merece una mayor consideración en las finanzas públicas: el mencionado efecto de la víctima identificable. Hay una enorme tendencia en Brasil a usar al poder judicial para obtener decretos interlocutorios en caso de políticas públicas insatisfactorias, más que nada en programas de salud (e. g., medicamentos gratis suministrados a pacientes). Un análisis previo⁽³³⁾ ya ha demostrado que los jueces con un cierto grado de activismo y sensibilidad a estos asuntos tienen una tendencia a conceder tales “protecciones”, en muchos de los casos sin un criterio rígido.

Este “caso de los decretos interlocutorios para medicamentos” es una representación a gran escala del episodio de *Baby Jessica* usado por Thomas Schelling. En 1987, Jessica McClure, una bebé de dieciocho meses, cayó en un pozo ubicado en el Estado de Tejas. Este hecho movilizó personas en los Estados Unidos por todos los medios, incluyendo donaciones para el rescate, alcanzando el monto de US\$ 700 000. Luego del bien logrado rescate, el dinero se depositó en una cuenta con acceso solo a su vigésimo primer cumpleaños. ¿Qué podría explicar semejante movilización? Para Loewenstein, Small y Strnad⁽³⁴⁾, la identificación de la víctima puede proveer alguna información sobre ella (*in casu*, esta movilización podría haberse dado porque ella era una linda y carismática bebé).

Usando el mismo ejemplo a la luz de las finanzas públicas, probablemente sería un mal destino de los ingresos si un hipotético monto de US\$ 700,000 fuera donado por cualquier gobierno a rescatar a una bebé, considerando, v. g., el alto porcentaje de niños norteamericanos que viven en la pobreza. Sin perjuicio de esta valoración, los autores nos advierten de que cualquier conclusión no puede ser alcanzada basándonos solo en estas premisas. La idea sostenida (reforzada por autores con las ideas de Cass Sunstein) es que los mecanismos mentales tradicionales humanos son más propensos a ser más sensibles a la interacción cara a cara.

Esto puede parcialmente explicar las técnicas de las bombas atómicas en la Segunda Guerra Mundial: a pesar de que los militares sabían que probablemente habrían civiles inocentes y niños en las áreas bombardeadas, ese efecto “conmover” era más débil debido a la ausencia de tales interacciones en este caso.

Por lo tanto, el efecto de la víctima identificable puede tener tanto efectos positivos como negativos dependiendo del contexto específico. De conformidad, con Loewenstein, Small y Strnad⁽³⁵⁾:

“En suma, las implicancias normativas de identificar otros efectos son sutiles dependiendo del contexto. A pesar del caso de Baby Jessica estos efectos no son necesariamente perniciosos. En algunas situaciones, ausentes de indicaciones que surgen de la identificación, los resultados se desviarán claramente de los profundos y nobles deseos humanos”⁽³⁶⁾.

No hay una conclusión final al caso de los decretos interlocutorios para medicamentos. Bajo un enfoque clásico de finanzas públicas, los jueces deberían estar en contra de conceder las pretensiones en todos los casos, con el propósito de maximizar el uso de los recursos públicos a todas las personas que también necesitan de programas de salud. Por otro lado, bajo un enfoque de derechos humanos, subvenciones sin ningún criterio en cualquier caso no serán considerados como una buena evaluación para un juez. Ambos enfoques, tomados muy rígidamente, consistirán en dos sesgos. Esta es la razón por la que el juez, al ser requerido de decidir un caso, debe tener en consideración el

(33) CARVALHO, André C. *Budgetary impact by judicial activism in Interlocutory Decrees for medicaments*. En: Amaral Júnior, J. L. M. (editores). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, 2010b, pp. 13-45, São Paulo: Quartier Latin. (Original en portugués).

(34) LOEWENSTEIN, SMALL y STRNAD. *Óp. cit.*; pp. 33-36.

(36) Traducción libre de: “In sum, the normative implications of identifiable other effects are subtle and depend on context. Despite the Baby Jessica case, these effects are not necessarily pernicious. In some situations, outcomes will deviate sharply from deep and noble human desires absent the prompts that arise from identification.”

Heurísticas y sesgos en las finanzas públicas y el derecho tributario. Esquema de un enfoque conductual en Brasil

efecto de la víctima identificable (que es, en el procedimiento legal brasileño, inferido del reclamo judicial en la medida que el demandante es identificado por el juez) y verificar bajo algún criterio⁽³⁷⁾ la verdadera necesidad de la interferencia en las políticas públicas y el sistema presupuestal.

Como conclusión, en las finanzas públicas siempre habrá una dificultad en la evaluación del “verdadero” gasto público. Por ejemplo, la normativa de gasto para la educación – concebida por la Constitución brasileña como una norma presupuestal que garantiza su respectivo derecho humano – puede tener diferentes valoraciones al ser contrastadas con la vida real: el valor en el gasto de la educación puede ser menos significativo que otra seguridad pública. Eso puede ocurrir cuando, e. g., no hay suficiente gasto capaz de eludir a los narcotraficantes, que pueden corromper a los estudiantes, en el interior de las escuelas públicas.

Este tipo de razonamiento permite a otro campo de investigación evaluar el valor del gasto público no financiero (que no será discutido en este trabajo). Pero con el sesgo enmarcado y el efecto de la víctima identificable considerado, promoverá mejores adaptaciones en el presupuesto con respecto a los recursos públicos.

4. Conclusión

Este artículo ha identificado un nuevo enfoque en los estudios tradicionales de las finanzas públicas conocido como el análisis conductual de las finanzas públicas. Mi objetivo no ha sido concluir o definir una regla basada en esta teoría, sino simplemente llamar la atención para su uso práctico en la normativa de las finanzas públicas en Brasil.

Como se describió anteriormente, el análisis conductual de las finanzas públicas y la ley

de presupuesto está casi ausente en los manuales o artículos sobre las finanzas públicas en Brasil. Esto contribuye a su vasta aplicación en una serie de casos con respecto a la ley de presupuesto. En esta ocasión, he recolectado solo unos pocos ejemplos de cómo las normas jurídicas son usadas para representar las heurísticas y los sesgos en las finanzas públicas.

El sistema legal brasileño es una fuente interesante de reglas de supresión de los sesgos así como otras que *presuntamente* mitigan sesgos, esto es, que tienen ellos mismos un sesgo o un error de juicio respecto de las finanzas públicas. En las normas jurídicas que garantizan un gasto mínimo de cierta actividad hay abundantes ejemplos: tienen un concepto erróneo (o sesgo en la concepción) respecto a los políticos siempre buscarán su propio interés, por ello una norma que busque mitigar sesgos protegería los gastos específicos de estos “malvados” en la actividad política.

En el derecho tributario es posible encontrar una serie de ejemplos: basados en las heurísticas, como la penalidad o aversión al tributo impuesto, otro sesgo puede llevar a las personas a un error en el juicio sobre una política fiscal más racional. Una creación de un impuesto podría ser o no positivo: sin embargo, para evaluarlo, algunos sesgos deben ser removidos para no ser perjudiciales para estas evaluaciones.

¿Y esto se debe lograr con normas presupuestales? La identificación de estas presuntas normas que suprimen los sesgos podría promover con mayor facilidad mejores cambios en las leyes. En el eventual caso que estas supuestas normas no sean identificadas, los cambios podrán volverse cada vez más difíciles considerando que podrán ser mal utilizados por aquellos que tienen interés en mantener tales normas, especialmente políticos que buscan retener el *status quo* de su base electoral.

El gran desafío en las finanzas públicas y la ley de presupuesto será la identificación de estas reglas. Probablemente esta tarea no es exclusiva de los abogados, debido al hecho que depende de las otras ciencias también (como el Derecho y Economía Conductual sugiere). Para alcanzar este logro, será necesario un nuevo enfoque en la ley de presupuesto: mientras mayor sea el volumen de las consideraciones de otras ciencias, más cerca estará la actividad de elaborar y estudiar las normas presupuestales de la realidad. 

(37) CARVALHO. *Óp. cit.*; pp. 39-42.