



## De la exégesis a la interpretación racional (A propósito de una disposición del Código Civil)

Por

**Estela B. Sacristán, Cecilia Gilardi Madariaga,  
Jorge A. Cerdio Herrán y Martín D. Farrell (h.)**

### I. Planteo: <sup>1</sup>

Así como una obra de teatro puede ser objeto de interpretaciones diversas según quién la dirija o quiénes sean los actores, los enunciados normativos pueden, a la vez, ser objeto de diferentes lecturas interpretativas, que pueden conducir a distintos sentidos. A fin de evitar este último resultado, es menester tener en cuenta, en primer lugar, lo que la norma literalmente<sup>2</sup> dice, y la intención del legislador. Dicha tarea es de crucial importancia, pues puede darse el caso de que ambos análisis no sean convergentes.

Este parecería ser el caso del art. 531, inc. 2; del Código Civil. El mencionado enunciado normativo, más allá de su apariencia, puede generar interpretaciones diversas, según se pretenda

estarse a la literalidad del mismo o a la intención del Codificador, principalmente con base en las fuentes por él citadas, o bien según se intente una suerte de interpretación económicamente "racional" del enunciado. En este trabajo nos proponemos emplear esos criterios interpretativos, tratando de complementarlos, para arribar a una interpretación en la que converjan, cada uno por sus razones.

A tal fin, delimitado el objeto de interpretación (sección II), haremos una exégesis del texto. Avizorada la insuficiencia de dicho método (sección III), nos abocaremos al repaso de aspectos transformacionales (sección IV), sintáctico-funcionales (sección V) y semánticos (sección VI) de la letra del enunciado. Luego revisaremos las fuentes citadas por el Codificador (sección VII), y

<sup>1</sup> El presente se basa en el trabajo final elaborado en el curso sobre "Interpretación y Decisiones Judiciales", dictado por el Dr. Roberto J. Vernengo, Posgrado en Doctorado, Facultad de Derecho, UBA, 2000.

<sup>2</sup> Vernengo, Roberto J., *La Interpretación Literal de la Ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 8.

señalaremos los inconvenientes interpretativos derivados del apego a ellas en pos de la búsqueda de la intención del Codificador.

Todo ello propiciará un *test* más: una interpretación económicamente racional del texto (sección VIII), lo que nos permitirá construir una interpretación basada en la eficiencia (sección IX), formulando las conclusiones del caso (sección X) de cara a las fuentes citadas por el Codificador.

## II. El texto legal a interpretar

Interpretaremos el artículo 531, inc. 2 del Código Civil, contenido en el Título V, "De las Obligaciones Condicionales", capítulo 1º relativo a las Obligaciones Condicionales en General. Dicho texto, además de prescribir una prohibición, nos informa<sup>3</sup> acerca de que:

*"Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes: ...2. Mudar o no mudar de religión".*

## III. Aspectos exegeticos

La concreción de una exégesis implica la traducción de un enunciado normativo, en una suerte de "enunciado equivalente" que, conforme a los cánones de la Escuela exegetica, refleje la voluntad del legislador<sup>4</sup>. Esta tarea no es sencilla por, entre otras, dos razones.

Por un lado, la expresión "voluntad legislativa" es de por sí elusiva; parecería referirse a un estado mental colectivo, propio del cuerpo colegiado dotado de facultades para sancionar leyes, con lo cual la tarea a desarrollar implica indagar en ese estado colectivo o descubrir esa entidad<sup>5</sup>, tarea que se torna casi implausible cuando transcurre un lapso lo suficientemente prolongado<sup>6</sup>.

Por otro lado, la expresión *legislative intent*, que suele emplearse como equivalente a voluntad del legislador, posee, al menos, dos significados<sup>7</sup> según se refiera a intencionalidad en el senti-

<sup>3</sup> Seguimos a Vernengo, *La Interpretación...* cit., p. 8 y Olivecrona, Karl, *Lenguaje Jurídico y Realidad*, (trad. de Garzón Valdés, Ernesto de la ed. de 1962) Fontamara, México, 1998, p. 52 y ss.

<sup>4</sup> Para una fuerte crítica a este método interpretativo, véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, ps. 312/337.

<sup>5</sup> Bix, Brian, "Questions in Legal Interpretation", en Marmor, Andrei (Ed.), *Law and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 137 y ss., esp. p. 142.

<sup>6</sup> Waldron, Jeremy, "Legislators' Intentions and Unintentional Legislation", en Marmor, *Law and Interpretation...* cit., p. 329 y ss., esp. ps. 332/333, refiriéndose, específicamente, a los *Framers* o Padres Fundadores de la Constitución norteamericana.

<sup>7</sup> Searle, John R., *Mind, Language and Society – Philosophy in the Real World*, Perseus, New York, 1998, p. 85. Allí explica que en otras lenguas, por ejemplo en alemán, tal especificación no resulta necesaria por existir dos diversos términos: *Intentionalität* y *Absicht*.

do de las "diversas formas por las cuales la mente puede ser direccionada, o relacionarse con o acerca de objetos y estados de cosas en el mundo"<sup>8</sup> o a intencionalidad en el sentido de desear hacer algo, por ejemplo, desear ir a algún lugar<sup>9</sup>. El transcurso de suficiente cantidad de tiempo podría tornar arduo el descubrimiento de la intención del legislador en el supuesto de la primera acepción, pero ostentaría un menor grado de dificultad en el supuesto de la segunda acepción a la luz de lo que se conoce como "causación intencional"<sup>10</sup>, esto es, la interrelación entre la representación mental y el mundo; al emprenderse la labor interpretativa, podría indagarse en el mundo que rodea al legislador para desentrañar la representación mental del resultado que pudo haber querido obtener.

Con las reservas formuladas preceden-

temente, y siguiendo el método de la llamada segunda etapa de la Escuela de la Exégesis<sup>11</sup>, relacionaremos dos elementos que surgen prístinamente al iniciar la tarea interpretativa: el análisis de la citada disposición, apreciada literalmente, en su relación con otras disposiciones del Título V del Código Civil, que trata sobre las obligaciones condicionales, actitud de escrutinio metodológico que puede posibilitar unas primeras conclusiones. Veamos.

Este artículo está situado dentro de un apartado específico. Tradicionalmente, la Escuela de la Exégesis respetó el orden que el legislador había establecido para sus formulaciones normativas; de tal suerte, un artículo prescribía una determinada conducta siempre en el contexto en el que el legislador lo introducía y desentrañar el sentido de una disposición era una tarea de sistematización<sup>12</sup>. Se pensaba que la vo-

<sup>8</sup> Searle, *Mind, Language and Society...* cit., p. 85.

<sup>9</sup> Searle, *Mind, Language and Society...* cit., p. 86.

<sup>10</sup> Searle, *Mind, Language and Society...* cit., p. 105.

<sup>11</sup> Seguiremos la concepción de Aubry y Rau respecto de la glosa del Código de Napoleón. Estos autores concebían el conjunto de prescripciones del Código como un sistema ordenado por principios, los cuales podían ser inferidos a partir de las formulaciones del legislador. Estos principios reconstruían la voluntad del legislador, quien ha producido un sistema de soluciones normativas completo coherente y no redundante. Ampliar en Bonnecase, J, *La Escuela de la Exégesis en el derecho civil*, (trad. de José M. Cajica Jr.), Editorial José M. Cajica Jr., Biblioteca Jurídico-Sociológica, Puebla, México, 1944, Vol. XII (en lo sucesivo, Bonnecase) y Aubry, C. F. et Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, 4<sup>o</sup>. ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal Billard et Cie, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1869 (en lo sucesivo A&R).

<sup>12</sup> Esto es particularmente cierto en los autores de la primera etapa de la Escuela de la Exégesis que seguían, como método de enseñanza del Derecho Civil, la estructura literal del Código de Napoleón. Bonnecase, p.142.

luntad del legislador como pauta interpretativa era una actividad que implicaba tomar el conjunto de disposiciones de la ley<sup>13</sup>. Sin embargo, es poco claro cuál es el criterio para tomar a un conjunto de enunciados normativos como relevantes para sistematizar.

Para lograr esa sistematización, un criterio sería el del "lugar" que el legislador dispuso para cada artículo dentro del Código. Pero esta idea entra en conflicto cuando se pretende conocer si determinado caso es una instancia o una consecuencia lógica de alguna disposición del Código. Si se toma en cuenta la idea de que los enunciados de ese cuerpo normativo implican una serie de consecuencias lógicas, distintos artículos, ubicados en distintos Títulos del cuerpo legal pueden implicarse mutuamente al nivel de un caso individual, lo cual puede servir como criterio para tomarlo dentro del conjunto relevante de enunciados a sistematizar.

Por ello, no podemos soslayar el hecho de que la Escuela de la Exégesis no dudó tampoco en tomar otros criterios

"adicionales" al *sedes materiae* para relacionar diversos artículos del Código entre sí, independientemente de su ubicación textual. Esto es particularmente cierto en la obra de Aubry y Rau<sup>14</sup>. Ello hallaría una justificación en el hecho de que –dado que indagar en la voluntad del legislador implica desprenderse del texto mismo<sup>15</sup> para ir más allá de él– esos criterios adicionales serán en extremo útiles como herramientas adicionales de trabajo.

A modo de criterios "adicionales", entonces, abordaremos, para interpretar el artículo 531, inc. 2º, un análisis de aspectos de transformación, sintácticos, funcionales y semánticos. Estos aspectos contribuirán a construir el sentido literal de la formulación normativa bajo examen y, eventualmente, contribuir a una aproximación al sentido autorizado, esto es, la intención del legislador<sup>16</sup>.

#### IV. Aspectos transformacionales

A fin de efectuar este análisis, debemos tener presente que el mismo –de cuño chomskyano<sup>17</sup>– toma en conside-

<sup>13</sup> Bonnecase, p. 147, Nota 9.

<sup>14</sup> Comparar la reconstrucción que se efectúa sobre los privilegios reales y la hipoteca en A&R, T. III, pp. 428-29.

<sup>15</sup> Recordemos que la primera fuente de interpretación es la letra misma de la norma, conf. Vernengo, *La Interpretación...* cit., p. 8

<sup>16</sup> Ampliar en Capitant, Henri, "*Los Trabajos Preparatorios y la Interpretación de las Leyes*", en *La Ley*, t. 4, p. 65, reproducido en *La Ley - Páginas de Ayer*, Año 1, Nro. 7, p. 19.

<sup>17</sup> Para una didáctica explicación de la teoría de Noam Chomsky, véase Lyons, John, *Introduction to Theoretical Linguistics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969.

ración dos tipos de estructura a partir del texto analizado: la estructura superficial (*surface structure*) y la estructura profunda (*deep structure*); a ésta última se arriba a través de transformaciones o desgloses; por ejemplo, la oración "la casa que está en la colina es blanca" puede ser desglosada en dos oraciones: {la casa está en la colina} + {la casa es blanca}; en este caso, la estructura profunda es igual a la estructura superficial puesto que el significado no cambia. Veremos, entonces, si el análisis de la estructura profunda brinda el mismo significado que el que la estructura superficial indica.

Liminalmente, tengamos en cuenta que el enunciado normativo que analizamos dice en su primera proposición: "Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes...". Mientras que el orden general sería el de sujeto + verbo (núcleo del predicado) + predicado, el orden empleado por el Codificador, previa inversión de los elementos, es el de verbo (núcleo del predicado) + predicado + sujeto. Esta clase de inversión en la estructura superficial suele emplearse por razones de énfasis. La segunda proposición dice: "mudar o no mudar de religión". En esta segunda proposición es posible inferir los términos que, por razones

de elipsis, se eliminaron; las dos proposiciones involucradas son:

- (1) {Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes;} = {"Las condiciones siguientes son especialmente prohibidas};
- (2) {Es especialmente prohibida la condición de mudar o no mudar de religión.}

Uniendo ambas proposiciones –lo cual es posible ya que la proposición (2) es un supuesto de la generalidad de condiciones especialmente prohibidas en (1)– tenemos que:

- (3) {La condición siguiente de mudar o no mudar de religión es especialmente prohibida}.

En el supuesto (3), el adjetivo "siguiente" puede obviarse por ser una categoría deíctica<sup>18</sup> o indicación o señal que sólo cumple la función de estimular<sup>19</sup> al lector para que siga leyendo, esto es, para que sepa que lo que sigue es una serie de condiciones prohibidas, canalizadas en incisos separados de la proposición (1) por un indicador de enumeración: el grafema [:]. Por ende, la redacción de la norma original es equivalente a:

<sup>18</sup> Se sigue la terminología de Halliday, M. A. K. y Hasan, Ruqaiya, *Cohesion in English*, Longman, Londres, 1980, p. 154.

<sup>19</sup> Es este un caso de interanimación (*interanimation*) entre oraciones, conf. Quine, Willard V.A., *Word & Object*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1960, p. 9. El uso de los términos "siguientes" y del grafismo [:] son, en el esquema descrito por el citado autor, estímulos verbales y no verbales, respectivamente.

- (4) {La condición de mudar o no (mudar) de religión es especialmente prohibida}

donde la expresión entre paréntesis resulta superabundante por razones de elipsis.

El enunciado que analizamos, a su vez, puede ser interpretado en el sentido de que está redactado en la voz pasiva; la elaboración de la estructura profunda emergente del supuesto (4) devela la existencia de un sujeto tácito, identificable con el Legislador:

- (5) {El Legislador prohíbe especialmente la condición de mudar o no de religión}

#### V. Aspectos sintáctico-funcionales

Un examen sintáctico y funcional de la proposición "La condición de mudar o no de religión es especialmente prohibida" -supuesto (4) construido precedentemente- permite el siguiente análisis:

Se trata de una oración copulativa, en la que un verbo copulativo une el sujeto con el predicado.

El sujeto de la oración está formado por un artículo predeterminante premodificador ("La"), un sustantivo inmaterial núcleo del sujeto ("condición") y una frase preposicional ("de mudar o

no mudar de religión"). Esa frase preposicional está encabezada por una preposición ("de") y seguida de una frase preposicional compuesta, cuyos dos núcleos -dos verboides, infinitivos, cumpliendo funciones de sustantivos- se hallan en relación de disyunción ("mudar o no mudar"). Los dos núcleos en disyunción ("mudar o no mudar") están, a su vez, postmodificados por una frase preposicional ("de religión") en la que "de", que es naturalmente un referencial<sup>20</sup>, es una preposición inherente al verbo, por lo que el complemento subordinado "de religión" se convierte en el denominado complemento de régimen exigido. Esta última conclusión, a su vez, elimina toda posibilidad de que, a nivel de estructura profunda, pretenda considerarse a "mudar" como verbo transitivo, por lo que, reiteramos, se trata de un verbo intransitivo seguido de una preposición inherente, el objeto de cuya preposición referencial es "religión", que es núcleo del complemento postmodificador del verbo "mudar". Como ya sugerimos, analizando la estructura profunda de la frase preposicional "de mudar o no mudar de religión", puede obviarse el infinitivo "mudar" después de la partícula negativa adverbial "no" en la frase nominal "mudar o no mudar", por razones de superabundancia (mudar de religión + no mudar de religión = mudar o no de religión).

El predicado posee como núcleo el verbo "es". El predicado ostenta, luego

<sup>20</sup> Quine, op. cit., p. 105.

del verbo copulativo, un complemento, "especialmente prohibida", que es una frase adjetiva consistente en un adverbio, premodificador, seguido de un adjetivo, núcleo de la frase adjetiva.

#### VI. Aspectos semánticos

Sabemos que una importante lección enseñada por la filosofía es que la forma sintáctica puede ser engañosa en cuanto a aspectos de significado<sup>21</sup>. Por ello, debemos ahora efectuar el correspondiente análisis semántico, de significado.

En el plano semántico, cabe destacar que el empleo del adverbio "especialmente" implica una clasificación entre las prohibiciones. Existirían condiciones "especialmente prohibidas" y "prohibiciones" a secas, cuando sabemos que lo prohibido no admite graduaciones: una conducta está prohibida o no, pero no puede estar prohibida en un caso y especialmente prohibida en otro. De ello se colige que el adverbio es superabundante por no corresponderse con ninguna clasificación de prohibiciones preexistente; pero su inclusión puede haberse justificado en razones no clasificatorias sino de énfasis.

Asimismo, puede indagarse en la elec-

ción de dos términos por parte del Codificador: "son (especialmente prohibidas)" y "religión".

Respecto de la elección del término "son", que se mantuvo en las transformaciones reseñadas en las dos secciones precedentes, puede concluirse que el Codificador optó por el verbo "ser" que denota una condición de existencia, con rasgos de permanencia atemporal. Al decirse que una conducta es prohibida parece emplearse el significado todo -inclusivo de tiempos presente, pasado y futuro en una conjugación en apariencia presente del indicativo. Ello, en lugar del verbo "estar", que denota una condición de temporalidad o transitoriedad<sup>22</sup>.

Por otro lado, el Codificador optó por el término "religión" en lugar de su sinónimo "culto", que ya existía en normas contemporáneas al Codificador<sup>23</sup>. La elección parece responder a que Vélez eligió el término que mejor comunicaba el significado que quería imponer. Si bien ambos términos -culto y religión- son de origen latino, el primero enraiza en *cultus*, que significa cultivar u honrar, en el caso, a una divinidad. En cambio el término religión proviene de *religio*, que en latín significa delicadeza, es-

<sup>21</sup> Coleman, Jules L. y Leiter, Brian, "Determinacy, Objectivity and Authority", en Marmor, *Law and Interpretation...* cit., p. 203 y ss., esp. p. 219.

<sup>22</sup> Entendemos que, curiosamente, esta distinción puede hacerse en español, por existir dos verbos diferentes, ser y estar, mas no en otras lenguas, tales como el inglés o el alemán.

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, el art. 2° de la Constitución Nacional.

crúpulo. Si tomamos en cuenta que el término "crisp", quebradizo en inglés, y el término decrepito en español, derivan también de la raíz *crispus*, que da idea de delicadeza también<sup>24</sup>, puede colegirse que el Codificador eligió el término que mejor daba la idea de religión o de delicada unión del hombre con su divinidad, a diferencia del otro término -culto-, que denota solamente honrar a una divinidad.

#### VII. Las fuentes citadas por el Codificador

Efectuado el análisis de las tres secciones que preceden, resulta menester una remisión a las fuentes que cita el Codificador. La fuente citada por el Codificador es reza: "Savigny, Origen y Fin de las Relaciones de Derecho, #123, n°4".

Si se consulta el texto invocado<sup>25</sup> leeremos:

*"Finalmente, sostienen muchos autores y con sólidas razones, que la condición de cambiar ó no de religión es inmoral [sigue cita]. En efecto, una determinación de este género es puramente un negocio de conciencia, y bajo el punto de vista del derecho no tiene nada de censurable. Pero no se podría sin graves inconvenientes mezclar*

*consideraciones interesadas en una materia que es exclusivamente del fuero interno, y conforme con los principios del derecho romano en casos análogos, declarar inmoral dicha condición y considerarla, por consecuencia, como causa de nulidad en un contrato y en un testamento como no escrita".*

**Diferencias:** Las diferencias entre la fuente y el texto legal bajo examen son dos. Por un lado, la condición aludida, según los autores citados por Savigny ("sostienen muchos autores.."), es inmoral. Según Savigny mismo, dicha condición no es antijurídica ya que afirma que "desde el punto de vista del derecho, no tiene nada de censurable". En esta escena, el Codificador nacional opta por establecer como prohibición legal la condición de mudar o no de religión, cuando, para la fuente citada, ello sería una condición moralmente reprochable, pero admisible desde el estricto punto de vista jurídico.

Por otro lado, las dos oraciones transcritas de la fuente pueden considerarse como dos proposiciones unidas por la conjunción disyuntiva "pero". En la segunda proposición, que comienza en "no se podría", se identifican dos verbos principales núcleo de dos proposiciones coordinadas por la

<sup>24</sup> De Saussure, Ferdinand, *Course in General Linguistics*, (trad. de la 1ª. ed. de Baskin, Wade), McGraw Hill Book Co., New York, 1959, p. 121.

<sup>25</sup> En Savigny, M. F. C. de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux, F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1879, t.II, libro CXXIII, sección IV, parágrafo 4º.

conjunción coordinativa “y conforme...”. La proposición que dice que “no se podría hacer algo sin graves inconvenientes” se refiere a que no se podría:

- a) “mezclar consideraciones interesadas en una materia que es exclusivamente del fuero interno”, lo cual es coherente con la interpretación del Codificador en punto a la prohibición de la condición de mudar o no de religión; y
- b) “declarar inmoral dicha condición y considerarla... como causa de nulidad de un contrato y en un testamento como no escrita”, lo cual no es coherente con la interpretación del Codificador, sino contradictoria.

La contradicción hace a que el Codificador prohíba la condición de mudar o no mudar de religión, y según Savigny, existe algo que no se puede hacer sin graves inconvenientes: declarar inmoral dicha condición. Por ende, para Savigny, esa condición acarrearía graves inconvenientes, pero no llega al extremo de prohibirla.

En otras palabras, para Savigny la cláusula es inmoral, pero no contraria al Derecho; y para Vélez, la

cláusula debe ser prohibida por antijurídica. Verificada, de acuerdo a lo dicho, la insuficiencia de la exégesis que se elabora, las consideraciones interpretativas hasta aquí efectuadas serán confrontadas con la interpretación económicamente racional que surge del enunciado bajo examen.

#### VIII. Interpretación económico-racional del texto

**Subplanteo:** En esta sección efectuaremos un análisis económico del enunciado que examinamos tomando por supuesto que el legislador haya sido un legislador racional, económicamente racional, que tome decisiones de tal carácter<sup>26</sup>. Este análisis nos permitirá descubrir si el enunciado es racional desde el punto de vista económico. Si no lo es, y dada la conclusión a la que se arriba la sección precedente (en el sentido de que para Savigny la cláusula es inmoral pero no contraria a Derecho y en el sentido de que para el Codificador debe ser prohibida por antijurídica) su aplicación, con base en la interpretación a la que se arriba, debería ser prohibida no por ser la norma antijurídica o inmoral, sino por no ser racional desde el punto de vista económico.

<sup>26</sup> Para una explicación de los principales aspectos de la denominada “teoría de la decisión” resulta inevitable la consulta de Höffe, Otfried, *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, 2ª ed., (vers. castellana de Jorge M. Seña rev. por Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Fontamara, México, 1997, p. 153 y ss., donde se expone sobre “las figuras conceptuales de la teoría de la decisión y la fundamentación del Derecho” abarcando: a) la teoría de la decisión en sentido estricto; b) la teoría de los juegos; c) la teoría de la decisión social.

**Eficiencia del enunciado normativo:** Específicamente, ahora trataremos de indagar en la cuestión de si la norma en cuestión es eficiente desde el punto de vista de los costos involucrados como para justificar la decisión del Codificador en punto a su inserción en el Código Civil. Esta modalidad interpretativa –entendemos– constituye un parámetro racional que es de aplicación plausible en tanto se considera la voluntad de un legislador ideal que pretende influir en la conducta de los individuos de la manera menos costosa o más eficiente.

Ello reviste trascendental importancia, puesto que si la aplicación de la norma en tanto interpretada supera los costos tenidos en cuenta por el individuo que la aplique, el resultado económicamente ineficiente puede conducir a su inaplicación. Dicha inaplicación podría avalar –como dijimos– la voluntad de legislador para disponer su prohibición.

A fin de comenzar el premencionado análisis, indagaremos en la voluntad del legislador frente a un mismo texto (art. 531, inc 2°, C.Civil) proponiendo dos enunciados que pretenden ser igualmente equivalentes al texto original, esto es, dos propuestas acerca de la voluntad del legislador:

- (1) Es inmoral pero no contrario a Derecho el establecer como condición el mudar o no de religión.
- (2) Está prohibido establecer como condición el mudar o no de religión.

La hipótesis de trabajo a la cual ahora nos abocaremos consiste en que mientras que para Savigny la cláusula es inmoral pero no antijurídica (supuesto 1) y mientras que para Vélez la cláusula debe ser *prohibida por antijurídica* (supuesto 2), veremos si la cláusula puede haber sido prohibida por el Legislador por ser aquella *ineficiente*.

- (3) Es económicamente ineficiente emplear la condición de mudar o no de religión, por lo que dicha condición debe ser prohibida.

**El legislador racional:** Como lo sostuvimos *supra*, averiguar la voluntad o intención del legislador es una tarea problemática, entre otras razones, porque no es claro el criterio bajo el cual se la puede conocer ni la relación que guarda con cada contexto de interpretación en el que se busque el sentido literal del texto, ni los criterios empleados para compaginar el sentido de las fuentes que cita el Codificador con el texto legal glosado.

Sin embargo, creemos que puede haber criterios racionales que reformulen la noción de intención del legislador, en particular, si tomamos esta intención como un concepto que deriva de un supuesto legislador racional. Este legislador racional no sería un ente ideal, sino un conjunto de pautas que se presuponen en todo texto legal y que pueden servir para atribuirle sentido.

La racionalidad que presupondremos, entonces, es la de que el texto legal a

interpretar forma parte de un sistema de incentivos económicos. Consideraremos que el legislador racional es aquél que diseña sistemas de incentivos para motivar ciertas conductas en los individuos, imponiendo costos de transacción. Desde este punto de vista, se entiende que el orden normativo es un instrumento que pretende regular conductas imponiendo costos y que, como toda regulación, puede ser "eficiente" o "ineficiente".

El sujeto racional, que posee un presupuesto limitado, toma sus decisiones partiendo de la base de que mientras más costosa sea la adquisición de un determinado bien, más dispuesto estará a sustituirlo por otro. Cualquier bien puede tener sustitutos; además, al escoger una determinada opción, siempre se dejarán de lado otras alternativas, dándose un sacrificio; el costo de oportunidad es el valor de la segunda mejor alternativa. En el momento en el que alguien se priva del consumo de un bien, entonces, éste tiene un costo de oportunidad. Es la escasez del bien lo que provoca que exista dicho costo, por lo que, si un bien no fuera escaso, entonces el costo de oportunidad sería igual a cero. En términos generales, todo aquello que entra al mercado es escaso, y la mejor alternativa cubre el costo de oportunidad de la segunda mejor opción en beneficios netos.

Con base en estas nociones, podemos reconstruir la idea de la racionalidad del legislador en términos de los presupuestos económicos que él asume si quiere influir en la toma de decisiones de los destinatarios de las normas<sup>27</sup>. Dicha reconstrucción tomará por supuesto la aplicación de la norma bajo examen a una relación contractual.

En el marco de esa clase de relación, y en punto a los costos involucrados en la ponderación de la eficiencia de la norma, aplicando la opinión de respetada doctrina<sup>28</sup> a la condición que nos ocupa (art. 531, inc. 2° del Código Civil), podemos decir que la sujeción del intérprete al sistema de incentivos del legislador ofrece dos facetas: Por un lado (a), puede decirse que los cocontratantes se deben limitar a aplicar los sistemas de costos que establecen las normas durante la ejecución de un contrato. Por el otro, (b) puede decirse que los cocontratantes no sólo deben utilizar el sistema de costos legales, sino que deben buscar maximizarlos en cada caso, tomando como guía la minimización de los costos de transacción entre ellos.

#### IX. La interpretación más eficiente

**Subplanteo:** Para analizar el sistema de incentivos que puede generarse a partir de la exégesis del artículo 531,

<sup>27</sup> Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

<sup>28</sup> Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990.

inc. 2º, tenemos que introducirlo en el contexto de una "transacción de mercado" (TM). Además, como se trata de una condición –no prohibida, en la hipótesis– en el marco de una relación jurídica, tenemos que tomar en cuenta que, en el caso, no se trata del costo de una transacción *strictu sensu*, sino que hace al costo económico que, por ejemplo, para un contrato, supondría emplear la condición bajo examen.

Una TM es definida como el intercambio voluntario entre dos agentes racionales, es decir, dos individuos que poseen diversas estructuras de costos. Así, cada agente posee una estructura de preferencias distinta, y, además, criterios que ordenan sus preferencias.

Cada decisión del agente determinará una elección de un satisfactor de su preferencia escogiendo el medio menos costoso para alcanzar el fin propuesto. Cada elección, de esta forma, implica que el fin escogido o alcanzado por el agente es el primero dentro del orden de sus preferencias. La segunda mejor alternativa se denomina, como hemos expuesto anteriormente, costo de oportunidad.

Ahora bien, en una transacción de mercado, dos sujetos pretenden satisfacer una necesidad intercambiando algún tipo de recurso (por ejemplo, el precio del alquiler por el uso y goce de la cosa en una locación). Cada agente en el inter-

cambio tratará de maximizar los recursos disponibles para realizar el intercambio. Desde el punto de vista de la información que poseen las partes en la TM, el nivel de información que cada una posee es limitado; cada parte desconoce en cierto grado los costos de la otra, así como los costos de transacción eventuales.

**Condiciones:** Para que se opere la mencionada TM, deben cumplirse dos condiciones:

1. Que el precio máximo del demandante ( $P_{max}$ ) sea igual o mayor que el precio mínimo del oferente ( $P_{min}$ ). Esto es, el sujeto que ofrece el bien sólo está dispuesto a desprenderse del mismo si recibe a cambio un nivel de recursos ( $N_{min}$ ), tal que si recibe menos de tal nivel, el costo de oportunidad de desprenderse del bien es mayor que su beneficio. Por su parte, el demandante del bien sólo estará dispuesto a emplear un nivel  $N_{max}$  de recursos en la adquisición del bien (mediante el intercambio), de tal forma que por encima de dicho nivel la adquisición del bien no le reportaría ningún beneficio. Cuando esta condición se cumple, el nivel de recursos acordado ( $P$ ) siempre oscilará entre el rango de  $N_{min}$  a  $N_{max}$ . La condición expuesta es una condición necesaria o condición maximal ( $C_{max}$ ) para la transacción de mercado<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Una transacción en que exista una equivalencia entre el  $P_{min}$  y el  $P_{max}$  se interpretaría en el sentido de que ambos agentes son indiferentes hacia el bien y, por ende, hacia el intercambio.

2. Que los costos de transacción (CT) tiendan a 0 (cero), entendiendo por costo de transacción aquel costo que surge de la decisión del agente de involucrarse en la transacción. Si los costos de transacción son mayores al diferencial entre  $P_{min}$  y  $P_{max}$ , la transacción no se llevará a cabo<sup>30</sup>.

**Aplicación:** Como ejemplo de aplicación de lo dicho, tomaremos, a modo de ejemplo, el caso de un contrato de locación. Dicha locación involucra un espacio ubicado físicamente en un edificio –que funcionaba como cine– transformado en iglesia de un culto X. El espacio que se alquila en un sector del hall de entrada se halla afectado a la finalidad de kiosco de revistas, diarios y libros. Se trata de un contrato de larga duración (cinco años).

El locador es una asociación dedicada al culto X; dicha asociación pretende imponerle al locatario una cláusula por la cual será causal de rescisión el hecho de que éste, devoto al culto X, mude de creencia religiosa<sup>31</sup>. Para el locador es esencial que el locatario practique esa religión; por ello incluye la cláusula. El locador tiene información perfecta

de la aludida circunstancia al momento de la firma del contrato, puesto que el locatario concurre a las sesiones y charlas del culto regularmente. Sin embargo, a lo largo de la ejecución contractual, ese nivel perfecto de información decrece, y el costo para el locador de mantenerlo en condiciones siquiera óptimas aumenta. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del locatario, éste puede ser honesto, y no mudar de religión, o deshonesto, e incurrir en costos para engañar al locador, simulando seguir practicando la religión X, cuando en realidad ha mudado a la religión Y, y se ve obligado a concurrir a las sesiones de ambos cultos para mantener en pie su estratagema<sup>32</sup>, con los consiguientes costos.

A su vez, frente a una proyección en las prestaciones entre dos agentes, los costos de transacción implican que la implementación de las mismas sea plausible a lo largo del tiempo; si un agente determina que, en un futuro, los costos de transacción variarán, probablemente revisará el nivel de recursos para entrar en la transacción o desistirá de la misma<sup>33</sup>. Lo dicho se evidencia, en el ejemplo dado, cuando pue-

<sup>30</sup> Pero el costo de transacción puede recaer sobre ambas partes. Si el oferente tiene que hacer la entrega del bien, por ejemplo, una vez pactado el precio, también, sólo se completará la transacción si la diferencia entre el beneficio y el costo de transacción está por encima del  $P_{min}$ .

<sup>31</sup> Tal la prescripción del art. 531, inc. 2° C.Civil.

<sup>32</sup> Ampliar en Höffe, *Estudios.. cit.*, p. 161, donde señala que “el control de los decisores sobre los resultados de su elección no está sólo limitado por un déficit de información y por la subjetividad de las evaluaciones de probabilidad, sino también por la influencia de los otros decisores”.

<sup>33</sup> Ampliar en Shavell Steven, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, Columbia Law Review, núm 86, 1985.

de válidamente inferirse que el locador deberá contratar, en el caso, servicios de terceros para controlar el mantenimiento de la creencia religiosa por parte del locatario. El control efectuado por esos terceros puede incluso llegar a un punto de imposibilidad o de ineficacia ya que es tecnológicamente imposible indagar en el fuero íntimo del locatario. Por ende, se está ante elevados costos de control para el locador, e incluso ante la imposibilidad del locador de incurrir en esos costos, o ante la ineficacia del control.

A la luz de esas consideraciones, si el locador –sujeto racional desde el punto de vista económico– decide incluir en el contrato de locación la cláusula bajo análisis, tendrá que soportar el costo de renunciar a un consumo de bienes futuros<sup>34</sup> –con las consiguientes substituciones– por tener que hacer frente a los costos de control aludidos.

Sentado ello, procederemos a analizar los costos de transacción para el locador y para el locatario, en el caso de que se emplee la cláusula bajo examen.

Se ha hecho alusión a la información que poseen las partes. Las posibilidades que se presentan cuando las partes poseen información perfecta respecto de la estructura de costos de la otra<sup>35</sup>, puede ser representada asignando los posibles grados de información como una desigualdad entre 0 y 1. Si la cláusula es incluida al celebrarse el contrato que las partes suscriben, el valor es de 1 para ambos cocontratantes, pues ambos tienen información perfecta sobre su existencia.

Ahora nos detendremos en las alternativas que se presentan ante la posibilidad de incluir o no la cláusula analizada, en relación a locadores que muden o no de religión, empleando las denominadas matrices de utilidad, en las que los resultados de las distintas alternativas son correlacionados con las correspondientes utilidades subjetivas, es decir, con el valor de los resultados considerado a la luz de los objetivos del decisor<sup>36</sup>.

Desde el punto de vista de los costos del “locador”, tenemos que:

<sup>34</sup> Aquí suponemos que los agentes son adversos al riesgo y que las variaciones en el ingreso del agente son iguales a cero.

<sup>35</sup> Asumiremos, para simplificar, que el estado de información perfecta, información imperfecta e ignorancia opera tanto para la estructura de costos de los agentes como para los costos de transacción que surjan.

<sup>36</sup> Conf. Höffe, *Estudios...* cit., p. 159.

Locatario que no muda de religión.	Contrato en el que no se emplea la condición de no mudar de religión 0	Contrato en el que sí se emplea la condición de no mudar de religión 1
Locatario que muda de religión.	0	1

donde:

1 = costos de control del mantenimiento de religión a lo largo de la ejecución del contrato.

0 = ausencia de costos del control de mantenimiento de religión a lo largo de la ejecución del contrato.

Desde el punto de vista del "locatario", podemos establecer la siguiente matriz:

Locatario que no muda de religión.	Contrato en el que no se emplea la condición de no mudar de religión 0	Contrato en el que sí se emplea la condición de no mudar de religión 0
Locatario que muda de religión.	0	1

donde:

0 = ausencia de costos de transacción para convencer al locador de que se mantiene la religión.

1 = costos de transacción de convencer al locador de que se mantiene la religión.

En conclusión, para el "locador", siempre hay costos de control, por lo que la inserción de la cláusula es siempre ineficiente, se trate de un locatario honesto o no; y, desde el punto de vista del "locatario", la inclusión de la mencionada cláusula es neutra si es honesto y no muda de religión, pero inmediatamente depa-

ra costos de transacción para él en cuanto pretende engañar al locador a fin de hacerle creer que mantiene su religión a lo largo de la ejecución del contrato.

#### X. Conclusiones

La exégesis puede resultar insuficiente

en tanto empleada para interpretar ciertos enunciados normativos; del examen de las fuentes, puede verificarse que existe una diferencia entre la opinión del Codificador y la de Savigny: mientras que para aquél la prohibición de la condición se justifica, para éste la condición no merece estar prohibida porque únicamente presenta inconvenientes morales.

El análisis transformacional, sintáctico y semántico puede echar luz sobre la labor interpretativa en la tarea de desentrañar el sentido literal del interpretatum. El uso, por parte del Codificador, del término "son" dentro del enunciado –"son especialmente prohibidas"–, se mantiene a lo largo de las transformaciones. Dado el aspecto semántico de la elección de este verbo, puede válidamente inferirse que el Codificador incluyó, en el texto analizado, una connotación de permanencia atemporal. Ello permite inferir que la condición analizada puede hipotéticamente darse en un contrato de ejecución cuyo plazo sea mediano o largo<sup>37</sup>.

El enunciado normativo analizado, en tanto incluido en una relación contractual hipotética, impone costos de transacción sobre los cocontratantes que deseen pactar transacciones de mercado "eficientes" que incluyan asignación de recursos para alcanzar un determinado estado de cosas. Ese estado consiste en la optimización del nivel de convencimiento del locador del mantenimiento de la religión por parte del locatario, o del nivel de certeza del locador derivado del control del mantenimiento de la religión por parte del locatario. En cualquiera de los dos casos, para ambas partes cocontratantes, según surge de las matrices diseñadas, la cláusula bajo examen es ineficiente; por lo que no la incluirían en el respectivo contrato aun en el caso de que no estuviera prohibida en el ordenamiento jurídico.

Por lo cual, a modo de conclusión final, puede afirmarse que la aplicación de la cláusula de no mudar de religión –considerándola hipotéticamente permitida– resulta ineficiente. Mientras que para el Codificador la cláusula de-

<sup>37</sup> Ello se ve claramente cuando se hace una planificación sobre un crédito: el crédito es tomado por el agente como un aumento en su ingreso disponible en el corto plazo y como una renuncia a consumo futuro en el mediano, en donde, en el mediano plazo, fijará como constante una parte de sus recursos al pago de la cuota del crédito, a lo largo del tiempo. El costo de tomar esta decisión implica que el agente puede prever con un pequeño margen de error las posibles funciones de elección que se formará a lo largo del tiempo que pagará el crédito, esto es, puede prever las necesidades que deberá cubrir adicionalmente al pago de la cuota del crédito y, por ende, conoce la cantidad de recursos que necesitará si todo se mantiene constante. Cuanto mayor sea el período de tiempo involucrado, cuanto más tiempo permanezca constante la asignación de recursos a un solo satisfactor, menos posibilidad tiene el agente de hacer este cálculo. En general, en el largo plazo, un agente tendrá un margen de error mayor respecto de las funciones de elección que pueda tener, por dos motivos, porque los criterios que ordenan sus preferencias variarán a lo largo del tiempo y por causas exógenas al agente que le obliguen a modificar la asignación de recursos (imprevisibilidad).

be ser prohibida por antijurídica, la interpretación económica propuesta suponiendo que no estuviera prohibida conduce a desaconsejarla por aquella razón.

Tal vez la intención del Codificador consistió en prohibir la condición de no mu-

dar de religión previendo su ineficiencia o teniendo presente su carácter inmoral; lo que ciertamente puede afirmarse es que la prohibición resulta superabundante, pues los elevados costos involucrados en su aplicación desincentivan su hipotética inclusión en un contrato.