

Perfeccionismo individual y Perfeccionismo estatal.*Pablo Fernández Pujadas***Introducción**

La doctrina de la lesión enorme (en adelante DLE) es una herramienta utilizada por los tribunales de justicia para negarse a ejecutar contratos cuyas cláusulas sean notoriamente abusivas, favorezcan excesivamente a una de las partes, o configuren una situación de explotación. Existe un extenso debate entre quienes apoyan la validez de esta doctrina y quienes defienden la libertad contractual. Seana Shiffrin ha realizado una defensa novedosa de la DLE, intentando distinguirla de defensas pasadas, generalmente basadas en el paternalismo.¹ En este ensayo me propongo mostrar de qué manera el argumento de Shiffrin implica que el estado se comporte en una manera perfeccionista, algo que tanto para liberales como para libertarios representa una amenaza más seria que el paternalismo a la autonomía individual.

La estructura de este trabajo será la siguiente: en la parte (i) reproduciré el argumento de Shiffrin y delimitaré el ámbito de la discusión. En la parte (ii) presentaré mi crítica y contemplaré posibles objeciones. La parte (iii) contendrá las conclusiones más importantes.

PARTE (i)

Veamos cómo Shiffrin intenta justificar la DLE. Si el estado decide resistirse a

¹ Seana V. Shiffrin, "Paternalism, Unconscionability Doctrine and Accommodation", *Philosophy and Public Affairs*, 29, (Summer, 2000): 205-50.

ejecutar un contrato cuyos términos son abusivos, el estado, según Shiffrin, estará actuando correctamente cuando la razón para abstenerse de ejecutar sea evitar ser cómplice de la comisión de un mal, de una situación de explotación.

Para arribar a esta conclusión, Shiffrin utiliza el siguiente ejemplo. Supongamos que A y B le piden a C, un tercero ajeno al contenido del acuerdo, que los asista en su empresa. Para A y B, la participación de C es de vital importancia. Pero C, quien cree que el acuerdo trata injustamente a B y que A lo está explotando, se niega a ayudarlos a ejecutar el acuerdo. El razonamiento de C para decidir no asistir a las partes es el siguiente: él no quiere verse involucrado en la situación de explotación que cree que ocurrirá si él los asiste en la aplicación del acuerdo. C se niega a favorecer una situación de explotación por considerarla inmoral, y prefiere invertir su tiempo y energía en algo más valioso.²

El paso siguiente que realiza Shiffrin es comparar la situación de C con la situación del estado o de un tribunal de justicia. Entonces, concluye Shiffrin, un tribunal de justicia estaría justificado para abstenerse de ejecutar un contrato (o una cláusula contractual) cuando al hacerlo pretenda evitar ser partícipe de una actividad moralmente reprochable.

Es necesario realizar una aclaración importante para delimitar el escenario en el que Shiffrin argumenta. Arthur Allen Leff distingue dos clases de "lesiones enormes"³. La primera, la procedimental, es una extensión de las defensas clásicas de error, intimidación y fraude. Su objetivo, entonces, es sanear problemas en la formación de un contrato, corregir vicios en las condiciones en las que una persona prestó su consentimiento. La segunda versión de la lesión enorme es la sustantiva, que busca sanear contratos cuyos términos son injustos. Shiffrin defiende la DLE en su

² Shiffrin, "Paternalism": 227.

³ Arthur Allen Leff, "Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause", *University of Pensilvania Law Review*, 115 (1967): 485 y ss.

versión sustantiva.⁴

PARTE (ii)

Shiffrin compara la decisión auto-interesada de un individuo C de no ser cómplice de una explotación con una decisión semejante por parte de un juez o del estado. En esta sección intentaré mostrar que tenemos buenas razones para dudar de que dicha analogía sea válida. Shiffrin está de acuerdo en que una parte importante de la tarea de cualquier estado es ejecutar los contratos celebrados entre particulares. Pero se pregunta si el estado está obligado a ejecutar *todos* los contratos, o si, por el contrario, debe ejecutar de una manera selectiva y calificada. Para ejemplificar esto compara la DLE con el ejercicio de la profesión de abogado. Los abogados, dice, pueden rechazar potenciales clientes cuando no deseen asistirlos por considerar que al hacerlo se convertirían en cómplices de una empresa inmoral.⁵

A la ilustración anterior se le pueden hacer, al menos, dos objeciones. Por un lado, existen discusiones en el ámbito de la ética profesional de la abogacía que ponen en evidencia que, al menos, no es tan claro que los abogados puedan rechazar clientes en cualquier situación. Además, y este punto parece ser especialmente fuerte para nuestra discusión, el derecho de defensa prevé que, al menos en casos penales, toda persona debe contar con la asistencia de un abogado. Es decir, a diferencia de los particulares, parecería que el estado tiene un deber de garantizar que todo individuo sea defendido por un abogado. Entonces, un abogado podría abstenerse de defender en un juicio a un violador. El estado, en cambio, está obligado a asegurarle al violador un defensor. Y esto es así aún en el hipotético caso de que todos los individuos que componen el aparato estatal o la sociedad estén indignados por la inmoralidad de los crímenes que se le atribuyen a dicho violador.

⁴ Varios autores consideran que la existencia de una lesión enorme en el sentido sustantivo sólo puede ser considerada como evidencia de que ha existido una lesión enorme procedimental. Autores como Horacio Spector y Guido Pincione argumentan que, si es verdadera la máxima liberal "*volenti non fit injuria*" (no hay daño a quien consiente), hablar de un daño o una inmoralidad en casos de lesión enorme sustantiva no tendrá mucho sentido. A los efectos de este trabajo, asumiré que Shiffrin rechaza dicha máxima.

⁵ *Íbid*, 229.

De todas maneras, las preocupaciones que despierta la analogía entre la decisión de no ejecutar del estado y la de un particular parecen tener raíces más profundas. Una manera de interpretar la analogía de Shiffrin es la siguiente. La institución de los contratos funciona gracias a que nosotros, la comunidad, estamos dispuestos a apoyarnos mutuamente para ejecutar los acuerdos que realicemos. Entonces, la comunidad puede (y quizá debe) limitarse a prestar su esfuerzo sólo para aplicar aquellos acuerdos que considere valiosos o, al menos, aquellos que no considere inmorales.

Ahora bien, si la decisión de qué acuerdos no deben ser ejecutados por un tribunal corresponde a la comunidad: ¿Por qué quien decide es un juez? A simple vista, parece que un juez es la figura que naturalmente debería resolver una cuestión con estas características. Pero: ¿es sensato exigir a un juez que resuelva teniendo en cuenta la concepción moral de la comunidad acerca de los acuerdos abusivos? Es más, si aceptamos que es verdadera alguna forma de pluralismo—moral razonable, no podríamos esperar que siempre exista un acuerdo dentro de la comunidad en lo que respecta a esta cuestión⁶.

En general, la redacción de las normas legales que contienen a la DLE suelen ser oscuras y vagas. Los problemas de interpretar normas cuya redacción es vaga son conocidos. Entender la concepción moral de la comunidad como "aquello que la mayoría de la comunidad cree que es inmoral" también podría resultar problemático para un estado liberal. Entonces, el juez podría no tener una "moralidad de la comunidad" a la que recurrir, debiendo regirse por su propia concepción moral respecto de los acuerdos abusivos. Esto no parecería ser lo que Shiffrin pretende.

El punto anterior no debe ser llevado al extremo. La existencia de diferencias irreconciliables respecto de ciertas consideraciones morales no impide que los individuos lleguen a acuerdos que les permitan actuar socialmente. De todas maneras,

⁶ Ver, por ejemplo, Gerald F. Gaus, "Contemporary Theories of Liberalism", *London Sage*, (2003): 25-51.

la existencia de estas diferencias puede ser una razón más en favor de respetar las decisiones y los juicios de adultos que libremente han prestado su consentimiento. Shiffrin propone justificar la DLE sólo en aquellos casos en los que las prestaciones son extremadamente desproporcionadas. Es decir, sólo en aquellos casos en los que hay una relación de explotación manifiesta. Limitar el ámbito de la DLE a estos casos reduce el problema, pero no lo elimina.

Asumamos que es posible identificar una voluntad de la comunidad inequívoca respecto de la moralidad de los abusos en los acuerdos contractuales. La analogía entre la negativa de un individuo y aquella del estado continúa siendo problemática. No es claro que las personas y el estado deban regir su comportamiento con las mismas guías morales. Un estado está moralmente justificado para, por ejemplo, cobrar impuestos o sancionar penalmente a individuos. Las actividades que realiza un estado liberal y su justificación moral no siempre están correlacionadas con la moralidad individual. Cualquier persona estaría dispuesta a aceptar que un individuo, siempre y cuando no dañe a terceros, puede comportarse de manera perfeccionista⁷. Esto es, una persona puede intentar promover ciertas virtudes entre sus pares y actuar de manera tal de inducir a otras personas a comportarse en la manera en que ella considera valiosa. Un estado liberal, en cambio, parecería tener mayores limitaciones para actuar de esta manera. Es decir, no es tan claro que un estado liberal esté habilitado para decidir qué clase de acuerdos contractuales son valiosos. Dicha decisión parecería corresponder únicamente a las partes.

Permítaseme ilustrar la diferencia entre un comportamiento perfeccionista individual y uno estatal. Imaginemos que A, un individuo de nuestra comunidad, considera que es valioso llevar un punto de color índigo en la frente. Si todosuviésemos ese punto de color, dice A, nuestra sociedad alcanzaría un nivel de

⁷ La idea de que la aplicación de la DLE puede resultar en comportamientos perfeccionistas por parte del estado no es novedosa. Ver Guido Pincione, "Welfare, Autonomy, and Contractual Freedom", a ser publicado en Mark D. White, Ed., *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge University Press, (2009). Gordley argumenta que, originalmente, la DLE tenía fundamentos perfeccionistas aristotélicos. Ver James Gordley, "Equality in Exchange", *California Law Review*, Vol. 69, (1981).

bienestar superior, en cuanto ver en nuestros pares dicha marca nos ayuda a concentrarnos y a dedicar nuestro tiempo y esfuerzo en cuestiones verdaderamente valiosas. Creo que nadie se opondría a que A abogue por la utilización del punto de color. Es más, no es tan difícil imaginar que A podría conseguir algunos adeptos a su “estilo de vida”. Ahora bien, imaginemos ahora que es la mayoría de la comunidad quien sostiene el culto al punto color índigo. ¿Podría el estado, valiéndose de su capacidad coercitiva, dedicarse a alentar o favorecer la utilización del punto color índigo?

Imaginemos que A, un fumador, le pide a su buen amigo B que le compre cigarrillos.⁸ Según Shiffrin, B estaría en todo su derecho de negarse a hacerlo, aún cuando comprarle los cigarrillos no represente un costo significativo para B. B podría negarse a asistir a A exponiendo razones similares a las que, según Shiffrin, justifican la negativa del estado de ejecutar acuerdos abusivos. Esto sería así en el caso en que B crea que A no debería fumar, porque considera inmoral lastimar su cuerpo. Podríamos calificar la conducta de B como un *perfeccionismo leve*. B, sin faltar el respeto a la autonomía de A, se comporta de manera perfeccionista mediante una omisión. Es más, está dentro del ámbito de la autonomía de B negarse a asistir a A, aun brindando razones paternalistas.

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el que es el estado quien se comporta de la misma manera que B en el ejemplo anterior. A y B deciden dedicarse a producir tabaco. Su empresa crece, hasta el punto en el que deciden regularizar su situación fundando una sociedad anónima. Asumiendo que la mayoría en la comunidad considera que el consumo de tabaco es una actividad inmoral: ¿Podría el estado negarse a otorgar la personalidad jurídica a la empresa de A y B, por considerar que al hacerlo estaría siendo cómplice de una actividad inmoral?

Si bien el ejemplo anterior puede presentar ciertas complicaciones que escapan al objeto de este trabajo, creo que ayuda a ilustrar un punto importante que la defensa

⁸ Shiffrin presenta un ejemplo similar. Shiffrin, “Paternalism”: 217.

de la DLE de Shiffrin no contempla. Las abstenciones del estado de prestar sus servicios para evitar participación en una actividad inmoral implican una suerte de perfeccionismo leve por parte del estado. Esta clase de perfeccionismo parece ser aceptable cuando analizamos las relaciones entre particulares. La libertad de las personas para disponer de sus recursos es más amplia que la de un estado liberal en lo que se refiere a alentar (o castigar) determinados planes de vida. Cuando el estado se niega a prestar servicios que en condiciones normales presta, como ejecutar acuerdos contractuales, la situación parece presentar diferencias relevantes.

Un sistema democrático liberal es valioso, entre otras razones, por ser un mecanismo que permite a los individuos convivir en una sociedad como seres libres e iguales. Teniendo en cuenta el problema que presenta el pluralismo-moral razonable, John Rawls ha propuesto limitar el mundo de las razones que pueden ser validamente utilizadas en el ámbito de la discusión política⁹. Su idea es encontrar un terreno común, en el que las decisiones públicas puedan ser justificadas razonablemente ante todos los individuos. Para justificar una decisión pública, entonces, los individuos sólo podrán apelar a ciertas razones: aquellas que se encuentren en un terreno común en el que pueda esperarse razonablemente que todas las personas estarán dispuestas a aceptarlas¹⁰. En otras palabras, es necesario "distinguir las razones personales o privadas de las razones públicas- aquellas consideraciones que cuentan como razones para otros individuos al igual que para uno mismo".¹¹ La concepción moral de la mayoría de la comunidad no siempre podrá contar como una razón para justificar una decisión pública.

Shiffrin es consciente de que permitir que el estado imponga la "moral de la mayoría" en todos los casos no es deseable. Por ello, propone que el estado debería respetar las decisiones autónomas de los individuos en cuanto esas decisiones sean

⁹ Ver John Rawls, "Justice As Fairness: A Restatement", Editado por Erin Kelly, *The Belknap Press Of Harvard University Press*, (2003): 27.

¹⁰ Ver Joshua Cohen, "Truth and Public Reason", *Philosophy & Public Affairs* 37, no. 1, (2009): 7-8.

¹¹ Ver Gerald F. Gaus, "Contemporary Theories of Liberalism", *London Sage*, (2003): 208-209. En el mismo libro, Gaus realiza una interpretación de la idea de limitar el terreno de la discusión política propuesto por Rawls, en las páginas 178 y siguientes.

extremadamente personales, como pueden ser aquellas decisiones acerca del propio cuerpo o la elección de una religión.¹² Sin embargo, esos límites no serán claros en todos los casos. Y esto puede presentar un serio problema, en especial para las minorías que históricamente han sido excluidas en una determinada sociedad. A manera de ejemplo, podemos recordar la decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el controvertido caso "CHA", en donde la Corte confirmó la decisión del órgano de contralor de denegar la personería jurídica a una asociación cuyo fin era abogar por los derechos de la comunidad homosexual en el país¹³. La cuestión en debate dista de ser trivial. Pero mientras más diversa sea una sociedad, y mientras más sectores hayan padecido históricamente de exclusión u opresión, parecería que contamos con mejores argumentos para justificar un estado liberal "neutral" (en contraposición a un estado comunitarista).¹⁴

En principio, tenemos razones suficientes para que las restricciones a, por ejemplo, la libertad contractual, sean regidas por un principio liberal como el principio del daño. Permitir al estado abstenerse de ejecutar contratos por considerarlos inmorales habilita al estado a comportarse de manera perfeccionista. Un estado liberal no puede dejar de respetar ciertos acuerdos entre adultos que consienten por considerarlos inmorales. De esta manera, el estado desalentará ciertos planes de vida libremente elegidos. Todo perfeccionismo por parte del estado puede presentar un verdadero peligro para el ejercicio de la autonomía de los individuos. Esto es así aún en los casos en los que dicho perfeccionismo pueda ser considerado como "leve", en el sentido de que sólo se manifiesta como una omisión de prestar ayuda, y no como una interferencia activa. Esto no quiere decir que el estado deba subsidiar *todos* los proyectos de los individuos. Solamente quiere decir que un estado liberal no debería dejar de prestar servicios que en condiciones normales presta, aún cuando la mayoría de la comunidad considere inmorales los proyectos de los individuos que reclaman

¹² Shiffrin, "Paternalism": 248.

¹³ Ver decisión de la CSJN in re "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ Personas Jurídicas", del 22 de noviembre de 1991. JA 1992-I-226. Fallos 314:1531.

¹⁴ Will Kymlicka, "Contemporary Political Philosophy, An Introduction", *Oxford University Press*, (1997): 229. Ver, en especial, los argumentos que Kymlicka presenta para subrayar el peligro del comunitarismo respecto de aquellas minorías históricamente excluidas o discriminadas.

dichos servicios.

PARTE (iii) - Conclusión.

En el ámbito de las relaciones entre individuos, una teoría moral liberal podría permitir cierto nivel de perfeccionismo. Es más, podría considerar algo valioso el hecho de que los individuos, dentro de su esfera de autonomía, intenten promover ciertas virtudes o valores. Pero en cuanto se refiere al estado, la situación es diferente. Shiffrin considera que en el contexto de interdependencia entre individuos de cualquier sociedad, el respeto de la autonomía individual requiere decidir qué conductas ajenas estamos dispuestos a subsidiar o apoyar y cuáles no. Su argumento posee cierta fuerza en el plano de la moral individual, es decir, en el ámbito de las relaciones entre individuos o particulares. Pero cuando aquello que estamos analizando es la moralidad de instituciones legales o políticas, dicho argumento pierde fuerza.

Si la preocupación de Shiffrin es evitar las situaciones de explotación: ¿Necesitamos alguna razón adicional que la violación al principio liberal del daño para permitir que un tribunal pueda negarse a ejecutar un contrato fundando su decisión en la DLE? Esto no quiere decir que los tribunales sólo puedan utilizar la DLE cuando se les presente una situación saneable directamente con la DLE de tipo procedimental. Podemos, de todas maneras, permitir a los tribunales que se abstengan de ejecutar una cláusula contractual manifiestamente abusiva. Pero no por lo que he llamado razones perfeccionistas *leves*. La DLE en su versión sustantiva también puede justificarse acudiendo al principio liberal del daño. Un contrato con cláusulas que son manifiestamente abusivas nos hace sospechar que nos encontramos frente a una lesión de tipo subjetivo¹⁵. ¿No es suficiente poder afirmar que la situación abusiva es inmoral porque se está dañando a la persona explotada?

Una justificación auto-interesada de la DLE parece tener fundamentos

¹⁵ Ver Horacio Spector, "A Contractarian Approach to Unconscionability", *Chicago-Kent Law Review* 81, (2006): 99. Spector distingue la lesión enorme sustantiva *pura* (aquella que Shiffrin defiende), de la versión *impura*, es decir, aquella que concibe la lesión enorme de tipo sustantivo como evidencia de la existencia de una lesión enorme de tipo sustantivo.

perfeccionistas asimilables a aquellos defendidos por los teóricos del comunitarismo. Un estado comunitarista es aquél que puede, y hasta tiene una obligación, de alentar a las personas a adoptar concepciones de lo valioso que sean compatibles con la moral de la comunidad o su "estilo de vida". Entonces, un estado que decide no aplicar un contrato por considerarlo contrario a la moral de la comunidad es "un estado perfeccionista, ya que supone un ranking público del valor de diferentes estilos de vida... valuados de acuerdo con la conformidad que tengan con las prácticas existentes".¹⁶ La defensa de Shiffrin es problemática, tanto para liberales como para igualitarios que no sean partidarios del comunitarismo. Sin embargo, no es necesario recorrer un gran camino para encontrarse con normas que apelan a la "moral pública" o a las "buenas costumbres" como límites a la libertad individual en ordenamiento jurídico argentino. Recordemos aquellas decisiones "extremadamente personales" que Shiffrin pretende dejar a salvo: ¿están suficientemente resguardadas cuando el estado puede comportarse de manera perfeccionista?

Si la crítica presentada en este trabajo es correcta, entonces parecería que Shiffrin sólo ha logrado mostrar que un individuo puede abstenerse de asistir a otros en proyectos que él considera inmorales. Pero para utilizar ese argumento para justificar que el estado se niegue a aplicar contratos que pueden ser considerados abusivos parecería que necesitamos razones adicionales. Shiffrin necesita un argumento que permita mostrar precisamente por qué el estado puede actuar de la misma manera que un individuo cualquiera. Que un individuo esté moralmente habilitado para actuar de una determinada manera no implica que el estado esté moralmente habilitado para actuar de la misma manera. Tampoco se sigue de esto que el comportamiento del estado pueda justificarse por las mismas razones que justifican las conductas individuales. Mientras tanto, en un estado liberal, la carga de la prueba parecería recaer sobre aquellos que, como Shiffrin, intentan restringir la libertad individual de contratar.

¹⁶ Will Kymlicka, "Contemporary Political Philosophy, An Introduction", *Oxford University Press*, (1997): 207.