

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



EL FUNCIONAMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LOS
PARTICULARES EN UN CONTEXTO DE DESIGUALDAD
ECONÓMICA: A PROPÓSITO DEL PRIMER PLENO CASATORIO

Tesis para optar el grado de magister en Derecho Civil que presenta el
abogado

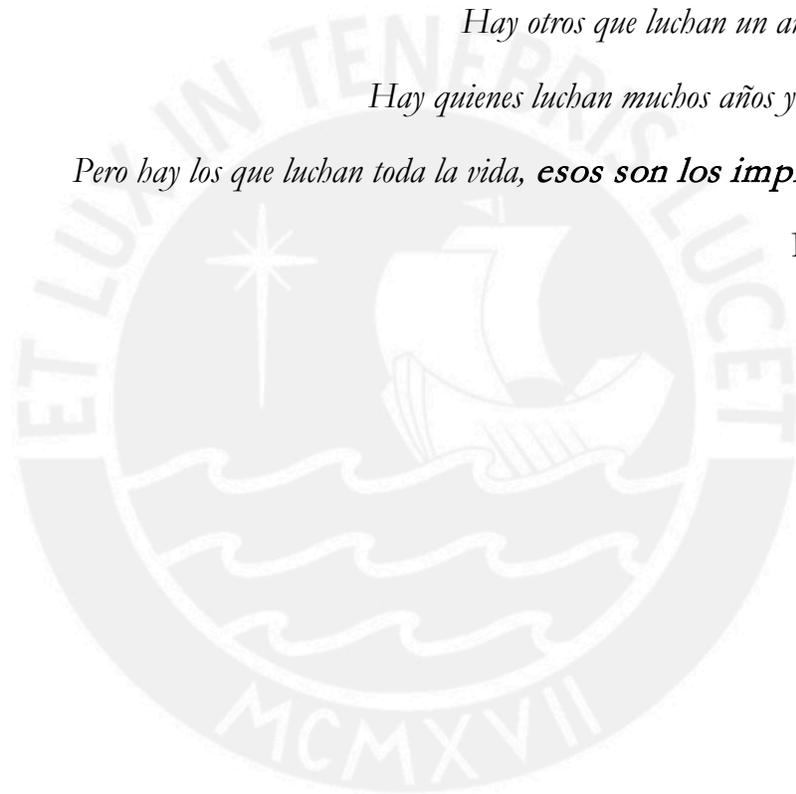
DAMIAN AUGUSTO GONZALES ESCUDERO

ASESOR: Leysser León Hilario

LIMA, 2016

*“Hay hombres que luchan un día y son buenos,
Hay otros que luchan un año y son mejores,
Hay quienes luchan muchos años y son muy buenos
Pero hay los que luchan toda la vida, **esos son los imprescindibles**”*

Bertolt Brecht



*A Augusto, Margarita,
Pacho, Carol, Aldo, Sandra y Gabby.*

*A Verónica Ruiz, Juana Martínez, Giovanna Quiroz
Y a todos los pobladores de Choropampa*

A María



INDICE

Introducción	I
Capítulo I: La autonomía de los particulares como categoría central del ordenamiento civil	1
1.1. Relación histórica del Derecho Civil y el Derecho Constitucional	2
1.2. Punto de partida: derecho al libre desarrollo de la personalidad	5
1.3. La autonomía y su validez en el ordenamiento	8
1.4. El trasfondo de la autonomía	9
1.4.1. Fundamentación filosófica	10
1.4.2. Los aportes de la economía al desarrollo de la noción de autonomía	12
1.4.3. Fijación de la autonomía a nivel político	14
1.4.4. Consecuencia: la doctrina jurídica clásica de la autonomía	16
1.5. Postura personal y afirmación del voluntarismo	18
1.6. Relación con los derechos fundamentales	20
1.6.1. Con la dignidad	20
1.6.2. Con la libertad	23
Capítulo II: La autonomía de los particulares bajo la lupa de la realidad peruana	26
2.1. El ocaso del paradigma moderno	26
2.1.1. Crisis en el seno de la modernidad	26
2.1.2. Los maestros de la sospecha	28
2.1.3. El paradigma contemporáneo	30
2.2. Análisis “social” de la autonomía de los particulares	34
2.2.1. Hegemonía como factor previo-necesario a la desigualdad	34
2.2.2. Desigualdad	36
2.2.3. El carácter histórico de la desigualdad	38

2.2.4. La desigualdad actual	40
2.2.5. La exclusión	41
2.2.6. Ciudadanía inconclusa	42
2.3. La autonomía desde los márgenes	44
2.3.1. La instrumentalización de la autonomía de los particulares	46
Capítulo III: La formalización del fracaso de la autonomía de los particulares a nivel jurisprudencial: el primer pleno casatorio	48
3.1. Los hechos	48
3.2. Estableciendo los bandos: “Ya nadie para a comer en Choropampa”	52
3.3. La desigualdad en la negociación de las transacciones	54
3.4. La inoportuna consagración de la “doctrina de los actos propios”: el blindaje judicial del abuso	58
3.5. Balance: la nulidad	66
3.6. Conclusión ordenadora	69
Conclusiones	71
Bibliografía	73
Anexos	84
Anexo 1- Informe trabajo de campo	85
Anexo 2- Fotografías	93
Anexo 3- Entrevistas	100

Introducción

Cuando cursaba el segundo semestre en la Facultad de Derecho de la PUCP me inscribí en el curso de negocio jurídico. Las expectativas eran muy pocas dado que el semestre anterior el primer curso de Derecho civil había sido decepcionante para mí. El hecho de que una clase se limitara a ser una paráfrasis de lo que decía cada uno de los artículos del código civil me resultaba insuficiente, sabía que había teorías que se encontraban inmersas y expresadas en el articulado, quería conocer todo ese desarrollo doctrinario. Las clases de negocio jurídico fueron lo contrario, se presentaba la teoría, había desarrollo doctrinario y sobre todo una visión crítica de lo presentado en el código civil. En ese momento, caí en cuenta de un punto que ha marcado mi carrera: si bien el Derecho constitucional ha saltado a la primera plana gracias a la actual vigencia de los derechos fundamentales, el Derecho civil no pierde la centralidad ya que es donde se regulan las relaciones entre los particulares.

Ese semestre, el profesor nos presentó el caso que había dado lugar al primer pleno casatorio: el derrame de mercurio en la localidad de Choropampa. Se lesionaban todo tipo de derechos, tanto individuales como colectivos. La situación quedó presente en mí, conforme fui avanzando en mi formación civilista encontraba nuevas formas de enfocar la problemática de Choropampa, ya sea desde la perspectiva de los contratos o de la responsabilidad civil. Inclusive, cuando ya había culminado mis estudios en la Facultad, e ingresado al programa de maestría en Derecho civil, el caso seguía presente. En el segundo semestre, pero esta vez de la maestría, debía escoger un tema de tesis. Le comenté al Dr. Leysser León mi deseo de ser asesorado por él, a lo que accedió y me propuso una línea de investigación a propósito del primer plano casatorio: cómo la autonomía de los particulares se lesiona en nuestro ordenamiento. A primera vista me sorprendió la propuesta porque se trata de un enfoque distinto sobre una institución que se ha caracterizado por ser de una de las más teóricas, además de que en los cursos y en la doctrina nacional no se le estudia a profundidad. Se me planteó como un reto que no podía negar. Ahí comenzó la gestación de esta tesis.

Para poder comprender el desarrollo de la presente tesis es importante exponer tres aspectos fundamentales previos a una investigación. En primer lugar, el planteamiento del problema. Este es necesario para introducirnos en la problemática concreta en la cual esta tesis pretende echar luces. En segundo lugar, el estado de la cuestión, para saber lo que se ha avanzado sobre

el tema bajo investigación y hasta dónde se ha profundizado. El estado de la cuestión da la pauta para comprender dónde es que se ubica, dentro del espectro de investigaciones, la presente tesis. Finalmente, en tercer lugar, la hipótesis y metodología de trabajo. Esta es la parte en la que se expone la conjetura que se va a demostrar a lo largo de los capítulos que se han seguido en esta investigación y la razón de cada uno de ellos.

¿Cómo se puede enfocar la autonomía en un caso tan complejo como es el de Choropampa? Hay muchas aristas desde donde se podría estudiar la funcionalidad de la autonomía, sin embargo son dos los planos donde se puede apreciar mejor la vigencia: las negociaciones de las transacciones y la apreciación de la corte suprema sobre las mismas. Estas se desarrollaron dentro de dos coordenadas. Por un lado, una realidad social que no es uniforme en todas las latitudes. Por otro lado, un contexto de crisis producido por el derrame de mercurio. Tal es así que podemos afirmar que la autonomía se vio sometida a un contexto que no le es usual, porque se conjugaron dos sujetos que son distantes entre sí tanto económica como socialmente, por un lado los pobladores de Choropampa y por otro la minera Yanacochoa.

Entonces, ¿cómo es que viene funcionando esta institución cuando se confrontan dos sujetos de diversos sectores socio-económicos? ¿Existe la misma autonomía privada en ambos extremos? ¿El Estado brinda la tutela necesaria para los casos cuando se ha lesionado la autonomía privada a causa de estas diferencias socio-económicas? Responder estas preguntas constituye el punto de inicio de la presente investigación.

Para tener un progreso coherente en el cuerpo de la tesis, debemos tomar postura sobre dos aspectos de la autonomía de los particulares donde no hay consenso ni opiniones mayoritarias. En primer lugar, sobre la terminología. Algunos insisten en llamarle “autonomía privada”, “autonomía de la voluntad”, “autonomía individual”, “autonomía de la persona”, entre otros. El uso depende de la tradición de la cual provenga. Frente a esta maraña de poca claridad, Fernández Sessarego intentó tomar una postura de acuerdo a la función de la “voluntad”. En ese sentido señala que el uso del término “autonomía de la voluntad”, que ha estado muy difundida en nuestro medio, constituye un error porque la voluntad no puede ser autónoma, ya que se encuentra condicionada a la libertad, que es el espacio interno de discernimiento de la persona, y es su medio de expresión (Fernández Sessarego 2000: 27-34). Coincidimos con la

crítica de Fernández Sessarego en tanto no se le puede dar la centralidad como un fin en sí mismo a lo que es un medio y se debe dejar de usar aquella terminología. Sin embargo, no somos coincidentes con Fernández Sessarego en el extremo donde afirma que la libertad no tiene condicionamientos, este punto es materia de un capítulo.

Nuestra postura personal sobre la terminología parte del análisis del origen lingüístico y del origen conceptual de esta institución. Por eso es que preferimos usar el término “Autonomía de los particulares”. Este concepto proviene del desarrollo de la filosofía alemana que desemboca en lo que la doctrina llamará *Privatautonomie*. Se va a tomar distancia de las traducciones que tradicionalmente han traducido este concepto como “Autonomía Privada” siguiendo el ejemplo de la doctrina italiana, porque para el caso del castellano es más precisa la terminología que se está adoptando ya que *Privatautonomie* pretende designar la autonomía que cada persona, como ente particular, tiene. Por eso alguno podría tratar de traducirlo como “autonomía de los privados”, sin embargo no es tan preciso como “autonomía de los particulares” y es por eso que se adopta para efectos de este trabajo este término.

En segundo punto es el sustento de la institución dentro del ordenamiento constitucional. La autonomía de los particulares tiene su fundamento, dentro de un orden constitucional, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como lo explica el Tribunal Constitucional Alemán: “en el centro del ordenamiento constitucional está la dignidad de la persona, que se autodetermina libremente como miembro de una sociedad libre” (Sentencia de la Sala de 15 de diciembre de 1983, Schwabe 2003: 38). El tribunal alemán lo señala así porque el libre desarrollo de la personalidad, como derecho de la personalidad, deriva de la dignidad. En el caso del Perú, la Constitución consagra este derecho en el artículo 2, inciso 1. Esto quiere decir que la autonomía de los particulares debe desarrollarse bajo un signo de libertad y en concordancia con la dignidad, siendo ambas inherentes a todas las personas ya que se tratan de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en una sentencia del año 2006 que la persona tiene una capacidad de autodeterminación (Landa 2010: 116; Rubio, Eguigure y Bernales 2010: 134). En este aspecto se está acogiendo la doctrina del TC alemán, razón por la cual para efectos de este trabajo se seguirá esa línea doctrinaria, según la cual la autonomía de los particulares forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que deriva de la dignidad intrínseca a toda persona.

Teniendo claro este par de presupuestos, la presente tesis se propone dilucidar si en el caso del derrame de mercurio en Choropampa, donde se plantea un contexto de desigualdad económica, la autonomía de los particulares funciona de acuerdo a los objetivos para los cuales fue pensada. Ahora que tenemos el problema centrado, se puede elaborar un estado de la cuestión.

Esta parte se va a dividir en dos segmentos. Por un lado estudiar cómo las diferentes normativas de diversos países se han ocupado de las desigualdades económicas. Por otro, el desarrollo doctrinario nacional sobre la autonomía de los particulares.

I

¿Cómo se ha tratado el contexto de desigualdad económica en el Derecho civil? En buena parte de los códigos, se ha reducido la desigualdad económica a un tema de paridad en las prestaciones dentro de un contrato. Veamos. En el código de obligaciones suizo, en el artículo 21 se regula que en los casos de “desproporción manifiesta” de las prestaciones de un contrato, celebrado habiéndose aprovechado una de las partes de “la necesidad, inexperiencia o debilidad mental” de la parte contraria. Por otro lado en el código civil italiano, en el artículo 1447, se hace una referencia al contrato celebrado en “estado de peligro” y en el artículo 1448 se regula que la desproporcionalidad de las prestaciones y el aprovechamiento de una parte del estado de necesidad de la otra pueden dar lugar a una acción de rescisión por lesión. El código civil peruano sigue la línea del código civil italiano al regular dentro de la lesión que una acción rescisoria tiene lugar cuando se aproveche de la “necesidad apremiante” de una de las partes.

Todos los códigos anotados tienen en común que el punto de partida es la figura del contrato, pero hay códigos que van a un campo más amplio de acción para tratar el tema de la desproporción: se van al campo general del negocio jurídico. Es el caso del código civil alemán. Este lo enfoca por el lado de la formación del negocio jurídico, por eso lo sanciona con la nulidad:

[...] es nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de la necesidad, la falta de juicio o de la grave debilidad de otra persona, le hace prometer o garantizar para sí o un tercero, a cambio de una prestación, ventajas

patrimoniales ostensiblemente desproporcionadas frente a dicha prestación.
(Parágrafo 138)

Sin embargo, consideramos que a pesar de tratar el tema de la desproporcionalidad de las prestaciones en el campo amplio del negocio jurídico no es suficiente para el tema que estamos abordando en este trabajo, ya que la desigualdad económica es un elemento influyente no solamente en la configuración de las prestación y la formación del contrato, sino que se vuelve un limitante o condicionante de un presupuesto tanto de los contratos como del negocio jurídico: de la autonomía de los particulares. Por eso es comprensible que en nuestro código civil y en nuestra legislación en general no exista una regulación pertinente para este escenario de la desigualdad.

II

En la codificación de 1852, en cuanto a los contratos, debido a la influencia francesa en la parte correspondiente a las obligaciones y los contratos, no se hace una referencia directa a una abstracción como el negocio jurídico, ni a la manifestación de voluntad ni a la autonomía de los particulares, sino al consentimiento (Ramos 1997: 174); sin embargo, al hablar de consentimiento estamos hablando de un sustrato particular interior, en el cual se sustenta el consentimiento mismo: cada persona consentía libremente los términos de un contrato o los ajustaba para que pueda celebrarlo. Si este consentimiento se ve limitado de diferentes formas el código lo sanciona con la nulidad (art. 1237).

Es comprensible que los tratadistas del siglo XIX no hayan examinado al código en términos de la autonomía de los particulares puesto que la influencia básicamente era francesa. Juristas como Toribio Pacheco formados en la línea de la exégesis no pudieron haber analizado bajo términos de la autonomía, puesto que en pleno siglo XIX la dogmática alemana aún estaba en pleno desarrollo. La siguiente centuria tendría un desarrollo distinto.

Para el siglo XX, es claro que la dogmática había sido acogida en el Perú. Con la elaboración y promulgación del código civil peruano de 1936, que empezó a gestarse 13 años antes, se hace más palpable esta influencia. Como afirma Estuardo Núñez:

La influencia de la doctrina alemana se advierte, con todo, tangiblemente tanto en muchas de las disposiciones, como en las discusiones que se provocaron en el seno de la Comisión Reformadora (1937: 34)

Exponentes como Angel Gustavo Cornejo iniciaron el método dogmático de estudio de las instituciones dentro de nuestro país (Ramos 2011: 94-95). Más adelante fueron José León Barandiarán y Jorge Eugenio Castañeda los que hicieron los trabajos más importantes desde la perspectiva dogmática. El primero hizo un estudio pormenorizado del negocio jurídico fundamentando sus perspectivas en la línea del voluntarismo como opción tomada por el codificador del 36. En su estudio León Baradiarán recurre repetidas veces al análisis de la voluntad:

La voluntad que genera el acto jurídico es la voluntad privada. Se trata del agente que hace la declaración respectiva, tendiente a crear la situación de derecho [...] La autonomía de la voluntad hace nacer el acto jurídico, o sea, que el respeto a la misma explica la producción del último (1997: 39)

Esta es la única aparición de la autonomía, aunque en términos muy escuetos, el profesor sanmarquino refiere a la voluntad como expresión de la autonomía que crea relaciones jurídicas, que él llama situaciones de derecho. Sin embargo, no hace mayores referencias a la autonomía de los particulares como elemento o presupuesto que se debe tratar a fondo.

El otro profesor sanmarquino, Castañeda, escribió un texto muy sesudo sobre los vicios de la voluntad. En este trabajo se toma el tiempo de escribir sobre la declaración de voluntad. Citando a juristas alemanes como Windscheid, Ennecerrus o Oertmann llega a la conclusión de que “la declaración de voluntad es la más clara y auténtica manifestación de la libertad del hombre” (1978: 4). Si bien no trata directamente a la autonomía de los particulares, podemos ver cómo fundamenta a la declaración de voluntad en la libertad que tiene cada persona como inherente a sí mismo. Ese contenido de libertad que le es característico a las personas y que si no se cumple como elemento previo a la declaración de voluntad, trae la nulidad del negocio celebrado es una forma oculta, precursora, de ver a la autonomía de los particulares.

Estos dos profesores fueron responsables de la formación de muchos juristas del siglo XX. Su impronta e influencia de la dogmática alemana clásica (siglo XIX), que se centaban en la

voluntad y su declaración más que en la formación y elementos implícitos, no les permitió que fueran más a fondo con ese elemento que está presente en todas sus disertaciones pero que no se pone de manifiesto expreso: la autonomía de los particulares.

¿Cuándo se pone de manifiesta la discusión sobre la autonomía de los particulares en nuestro país? Consideramos que con la llegada de la influencia de la doctrina italiana, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Juristas como Emilio Betti pusieron al tema de la autonomía de los particulares como elemento previo y necesario para la formación de los negocios jurídicos. Al empezar a leerse la problemática que se da a partir del reconocimiento de la autonomía de los particulares, la doctrina nacional empezó a incluirla dentro de sus tratados sobre el negocio jurídico. Profesores como Lizardo Taboada (2013 [2002]) o Juan Espinoza (2011), de clara influencia de la doctrina italiana incluyeron en sus estudios un apartado a la “autonomía privada” como elemento que se concreta en el negocio jurídico.

Luego de haber elaborado el estado de la cuestión se tiene claro que esta tesis entra en un terreno académico donde no ha existido desarrollo exhaustivo sobre la autonomía y por eso se hace importante comenzar a estudiarla y darle un enfoque práctico, tomando en cuenta nuestra realidad social. Así llegamos a la hipótesis de este trabajo. La autonomía de los particulares se limita cuando no se puede ejercer la libertad de autodeterminación. Esto se da cuando existen estados como el de ignorancia o de necesidad, pero también de abuso. Dichos estados limitan la libertad de autodeterminación cuando el particular no puede conocer todos los alcances de los negocios que desea celebrar. Las condiciones socio-económicas son determinantes para que se den estos estados, porque determinan el acceso a la información. En condiciones como esta se puede dar condiciones propicias para el abuso de alguna parte de los celebrantes de un negocio jurídico.

En el caso concreto de Choropampa, la autonomía de los particulares de los pobladores se vio condicionada por su desconocimiento sobre todos los efectos del mercurio en sus cuerpos, lo cual hizo que su posición para celebrar y conocer los alcances del negocio jurídico no fuera la misma que la de la minera, lo cual provocó que no pudieran ejercer un acto de autonomía correctamente fundado, provocándose situaciones de abuso por parte de la minera. Estas

situaciones fueron legitimadas por la corte suprema cuando emite el primer pleno casatorio dejando de lado la autonomía de los demandantes en favor de la minera.

Para poder demostrar la hipótesis de nuestro trabajo, esta tesis se encuentra dividida en tres partes. Una primera que muestra un desarrollo filosófico sobre los orígenes de la institución de la autonomía de los particulares, para que se pueda entender sus alcances en el mundo jurídico actual, sus fundamentos y la correcta formación de sus expresiones. Incluye, además, una breve reflexión sobre la centralidad actual del Derecho Civil, sin querer ir en desmedro de los que consideran que la vanguardia se encuentra en el Derecho Constitucional.

En la segunda parte comienza la elaboración que trasciende los muros del Derecho. Para poder explicar cómo se viene dando la crisis de la autonomía de los particulares, se estudia cómo desde la filosofía actual la autonomía ha sido cuestionada y ha entrado en crisis. Además, se verá cómo el Derecho se ve influenciado por los hechos y factores económicos y políticos que también limitan el desenvolvimiento de la autonomía.

Finalmente, en la tercera parte, el lector puede apreciar el ejemplo, tal vez, más clamoroso de la limitación de la autonomía de los particulares y de su legitimación a nivel estatal: el primer pleno casatorio a raíz del caso del derramen de mercurio en la localidad de Choropampa. En esta parte se integran lo tratado en los dos capítulos anteriores a la realidad social de nuestro país. Para estos efectos las fuentes serán trabajos empíricos realizados por estudiantes de Derecho, como también el trabajo de campo del propio autor, quien viajó hasta la misma localidad de Choropampa para conocer y comprobar las hipótesis vertidas en los capítulos teóricos. El informe de este trabajo se encuentra en los anexos, donde se encontrará un punto de vista crítico que se propone dar luces para evitar una experiencia similar en el futuro.

Estas páginas son un intento de romper con el estudio tradicional de una institución jurídica. Se busca que el Derecho Civil se encuentre con la realidad bajo una mirada crítica. Por eso, para colisionarlo con la realidad, se buscará dar una aproximación que pueda salir de las paredes del Derecho. El lector encontrará una aproximación interdisciplinaria al Derecho Civil, porque se recurre a la filosofía, a la economía y a la historia para darle contenido a uno de los conceptos más abstractos que tiene el Derecho Civil: la autonomía de los particulares.

No debe perderse de vista, estimado lector, que desde la primera letra hasta el último punto se trata de una provocación académica. Estas páginas son el resultado de un intento atrevido de poder darle una explicación funcional a una institución tan dogmática que siempre se encuentra en voluminosos tratados de Derecho Civil como un punto de partida. Para esta tesis es el punto de deconstrucción.

Hay personas importantes detrás de este trabajo, tanto en el ámbito académico como el personal. En primer lugar quisiera agradecer al Dr. Leysser León Hilario, mi asesor en la presente tesis, por haberme presentado la posibilidad de ser crítico desde el Derecho, desde tan temprana estación como fue el curso de negocio jurídico hasta los cursos de la maestría y esta tesis. Cada lección, tanto dentro como fuera de las aulas, hace que mi respeto, como académico y profesional, sea siempre más grande.

Hay una persona que fue testigo silenciosa de todo mi trayecto en la Facultad y Escuela de Posgrado. Su presencia en momentos clave fue imprescindible para poder mirar más adelante. Su compañía se ha vuelto un punto de apoyo que sostiene mis tribulaciones y las convierte en paz. Gracias, María.

Agradecimiento especial al estimado Adrián Sisniegas, quien durante mi viaje de trabajo de campo fue un guía sumamente importante para poder ubicarme en Cajamarca, llegar a Choropampa y completar esta tarea.

El agradecimiento eterno a mi familia. Augusto, Margarita, Pacho, Carol, Aldo, Sandra y Gaby, siempre son esa motivación a ser cada día el mejor. A Augusto, papá, por darme fuerzas cuando te pienso. A Margarita, mami, por darme las bases en todo. A Sandra, mamá por ser el aguante de todo. A mi abuelo Alberto, Tío Emilio, Tía Carmen, Beto, por estar siempre. A Joel, Kevin, Ian, Fabrizzio y Rachel, porque el futuro de nuestra familia está en ustedes. A mi Tío Poli por ser ese abogado que algún día espero ser. Esta tesis no es mía, siempre es de ustedes.

Capítulo I. La autonomía de los particulares como categoría central del ordenamiento civil.

¿Cómo se puede encontrar la importancia de una categoría tan abstracta como puede parecer la autonomía de los particulares? En opinión nuestra, si se le da una óptica puramente clásica de los estudios de Derecho Civil, marcadamente dogmática, podríamos llegar a la conclusión de que la autonomía de los particulares es una categoría que sólo vive en el cielo de los conceptos, puesto que es una abstracción de una abstracción –recordemos que nació como un presupuesto de una abstracción tan odiosa para algunos como es el negocio jurídico–.

Sin embargo, el sentido puede cambiar si se le da un matiz más actual dentro de las corrientes más en boga actualmente en el Derecho como lo es el constitucionalismo. Es decir, si lo enmarcamos como un elemento que se ubica dentro de un ordenamiento estructurado sobre la base de la constitucionalidad. ¿Por qué? Justamente porque el constitucionalismo se ha desarrollado en base a la experiencia histórica de los pueblos. Un gran componente de los desarrollos constitucionales se da a partir de la jurisprudencia.

Esto no quiere decir que en el Derecho civil no se den importantes desarrollos jurisprudenciales, pero consideramos que si nos quedamos en el ámbito puramente civilista, el espectro de reflexión puede acotarse de manera negativa. Más aún en estos tiempos en los cuales el valor de la constitución y de la justicia constitucional se han incrementado considerablemente. Sin embargo, dejando ese punto de lado, encontramos que ciertos contenidos del desarrollo constitucional pueden darle un nuevo enfoque a instituciones tan clásicas o abstractas como lo es la autonomía de los particulares.

Por eso es que este capítulo se concentra en hacer el encuentro entre la autonomía de los particulares y el derecho constitucional. Empezando por una reflexión de corte histórico, se verá cómo aún en tiempos del “auge” del constitucionalismo, el Derecho Civil no pierde centralidad y más bien le otorga un campo de acción sumamente importante para los derechos constitucionales.

En segundo lugar, se analizará la relación directa de la autonomía de los particulares con derechos fundamentales que tienen conexión directa como son el libre desarrollo de la

personalidad, la dignidad y la libertad. Consideramos que la autonomía debe desarrollarse como contenido de esos derechos y de acuerdo a ellos.

1.1. Relación histórica del Derecho Civil y el Derecho Constitucional

Históricamente, el Derecho Civil ha tenido un papel central en el desarrollo del Derecho occidental. Podemos ver cómo alcanzó esta centralidad, en nuestra tradición jurídica, desde la época del imperio romano. En la edad media, si bien perdió un campo en la época del Derecho Vulgar (siglos V-XII), con el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis*, una recopilación del saber jurídico romano basado en la obra recopiladora de Justiniano, en el siglo XII, se abrió paso al estudio científico del Derecho dentro de las Universidades nacientes. El Derecho contenido en el *Corpus Iuris* y las interpretaciones hechas por los juristas (comentaristas y glosadores) dieron paso a la creación de una cultura jurídica que pretendió ser uniforme para toda Europa, por eso se la calificó como un *ius Commune* (Grossi 1996: 137-139).

Las reflexiones que se hicieron dentro de la cultura jurídica del *ius commune* siempre tuvieron como eje central al Derecho Civil contenido en el *Corpus*. La tarea de los juristas se marcó por hacer una reinterpretación de los contenidos del *Corpus* de acuerdo a la realidad que se les presentaba en la *praxis*. El Derecho civil se vio adecuado a la realidad y a sus exigencias. En palabras de Grossi, el Derecho civil se volvió una expresión de las “Figuras de la Experiencia” (1996: 233). Así fue como el *dominium* que en el Derecho Romano clásico había tenido una vocación individual en la cual todos los derechos que lo componen recaen sobre el titular, en el *Ius Commune* el *dominium* encontrará el desdoblamiento para poder hacer frente a la experiencia feudal, en la cual un siervo puede tener derechos sobre la tierra que trabaja sin que esta deje de estar ligada al Señor feudal. El Derecho civil durante esta época sufrió transformaciones porque al ser el medio de regulación de las relaciones entre los particulares no podía estar fuera de la realidad.

Cuando, a inicios de la modernidad, el hombre europeo llega a invadir América, trae consigo toda su cultura jurídica. Esto implicó que la cultura jurídica del *Ius Commune* y la centralidad del Derecho Civil en sus reflexiones se trasladaran hasta los Andes. Por eso podemos encontrar que las reflexiones y debates en torno a las instituciones que la corona española implantó en América se hicieron dentro de la lógica del *ius commune* y utilizando las categorías del Derecho Civil. Se volvieron a reinterpretar las categorías civiles para construir la sociedad colonial con

sus particularidades. Por eso desde el inicio del contacto en el siglo XVI, se dieron varios intentos muy serios de adaptar el *Ius Commune* a la realidad andina por parte de funcionarios coloniales como Polo de Ondegardo (Honores 2005), Juan de Matienzo o por parte de profesionales del Derecho como los abogados litigantes, quienes fueron los que mayor adaptación le dieron a la tradición jurídica importada para poder alcanzar sus objetivos al establecer argumentaciones jurídicas de forma importada (de Derecho Civil) pero con contenido tradicional.

Cuando llega el fenómeno moderno de la codificación, que pretendía dar una organización sistemática al Derecho para hacerlo de fácil acceso al pueblo y de más fácil aplicación, se puede observar que el baluarte más representativo de esa corriente es el Código Civil. Así es como el Código civil francés, el *Code Napoléon*, se volvió el eje central de la organización estatal y judicial de Francia. Los principios básicos del Derecho, como la abrogación de las normas, la aplicación territorial, estaban contenidos en este documento.

Este fenómeno que empezó en Europa llegó hasta América y fue nuestro país, tras varios intentos como la comisión liderada por Manuel Lorenzo Vidaurre, los códigos de la Confederación Peruano-Boliviana y demás comisiones, el que dio el paso, antes que Chile y Argentina, para promulgar su Código civil en 1852 (Ramos 2000: 224-237; 2001: 142-146, 172). Este código, de la misma manera que el *Code*, contiene los principios básicos y generales del Derecho dentro su articulado (Ramos 2001: 266-267).

De esta manera es como el Derecho Civil renovaba su papel central en la vida jurídica de nuestro país. Esto no quiere decir que no existieran otras normas que fueran importantes. Casos ejemplares son las constituciones que se dieron a lo largo de todo el siglo XIX. La gran pregunta es por qué existieron tantas en el siglo XIX comparando con el Código civil que sólo fue uno en el mismo siglo. La respuesta que se puede ensayar es que el código civil regulaba las relaciones jurídicas de los particulares encontrando una base y un fundamento en la práctica tanto económica como social, mientras que las constituciones al pretender regular relaciones políticas de un Estado endeble, alejado de la *praxis* cotidiana de la población, tiende a ser inestable tanto en su forma como en su duración.

Así tiene explicación que el código civil del 1852 refleje elementos tan tradicionales y fuertes en la sociedad limeña como el matrimonio y la regulación de los clérigos, mientras que las

constituciones se vayan de extremo a extremos entre liberales y conservadores. El ejemplo más saltante es la regulación sobre la esclavitud, ya que mientras en la constitución se encontraba prohibida para los nuevos esclavos, en el código civil se encontraba regulada a detalle (Ramos 2003: 293). En suma, el protagonismo del Derecho Civil no se vio menguado en modo alguno con la aparición de las constituciones en el siglo XIX, sino que más bien afirmó su postura central en el ordenamiento.

Sin embargo, a lo largo del transcurso de los siglos XIX y XX, el desarrollo del aparato estatal fue creciendo cada vez más para hacerse con el tiempo más sólido. Esto provocó que la regulación orgánica del Estado se haga cada vez más fuerte también. Así es como el Derecho Constitucional pasó de ser en el siglo XIX una reflexión teórica, con matices filosóficos, sobre lo que debería ser el Estado y cómo debería organizarse, a ser una herramienta de organización política y jurídica de la sociedad, que regula la organización del Estado, habiendo tenido un desarrollo impresionante. Por eso, el Derecho Constitucional a lo largo del siglo XX se ha posicionado como una de las bases matrices del Derecho y de la organización social.

Cabe añadir que con la llegada del siglo XX en todo el mundo surgieron nuevos aspectos de la vida en sociedad, más aún en la capitalista, que hicieron que aparezcan nuevas “especialidades” del Derecho. Por ejemplo, tenemos al Derecho de Trabajo, cuya ambición de equilibrar las relaciones desiguales nacidas del contrato de trabajo, entre el dueño de los medios de producción (empleador) y el operador de estos (trabajador), exigió que estos contratos se regularan especialmente y tomaran un camino propio desprendiéndose del Derecho Civil; sin embargo, si bien se desprendió del Derecho Civil, siempre que existen casos en los cuales se debe volver a los principios del Derecho civil.

Finalmente, se debe agregar algunos matices sociales que han ocurrido a lo largo de estos últimos años. Un hito importante es la aparición de los derechos sociales a inicios del siglo XX. El Estado, y el Derecho Constitucional, dieron un paso adelante y se convirtieron en un medio de garantía de derechos que atañen no solamente a los particulares, sino a la colectividad. Más aún, luego de la segunda guerra mundial (1939-1945), cuando cobró mayor vigencia el discurso de los derechos fundamentales, como inherentes al ser humano y por lo tanto punto obligado de defensa por parte del Estado y el Derecho. Los derechos fundamentales saltaron a un primer plano al punto que se convirtieron en un punto ineludible y central de defensa para los

Estados. Por eso es que el Derecho Constitucional los trata desde esos momentos hasta la actualidad.

Estas son las razones por las cuales el Derecho Constitucional ha cobrado una importancia notable dentro de nuestro ordenamiento jurídico, inclusive se habla del Estado Constitucional de Derecho como un paso hacia adelante en la reflexión de los Estados y las garantía de derechos. ¿Esto quiere decir que el Derecho Civil ya no es un punto central del ordenamiento como lo venía siendo? No. Si bien podrían surgir algunas dudas sobre qué Derecho “es más importante”, la reflexión debe ser metódica.

En primer lugar, el Derecho Constitucional, regula las relaciones entre el Estado y los particulares con énfasis a los límites que debe tener el Estado –y también los particulares entre sí- para garantizar los derechos fundamentales, mientras que el Derecho Civil se centra en regular las relaciones entre los particulares, esto quiere decir que regula cómo los particulares van a desarrollar sus actividades. En ese sentido podemos afirmar que más que una contraposición de hegemonías, el Derecho Civil le da desarrollo a las libertades y derechos que el Derecho constitucional prescribe. El Derecho constitucional necesita del Derecho Civil para poder darle forma al desarrollo de las libertades y derechos de los particulares, y en ese sentido el Derecho Civil no ha perdido la centralidad del ordenamiento, aún en tiempos del auge de la doctrina del Ordenamiento Constitucional.

Por tanto, una conclusión que podemos extraer de estas líneas es que si bien el Derecho Civil desarrolla elementos contenidos en el Derecho constitucional, debe hacerlo en armonía con los fundamentos de este último.

1.2. Punto de partida: derecho al libre desarrollo de la personalidad

¿En qué punto la autonomía de los particulares es expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad? Con la finalidad de contestar esta pregunta primero es importante saber y conocer el contenido y alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En primer lugar, cabe la aclaración de que se trata de un derecho que no ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia ni por la doctrina nacional. Para nuestro Tribunal Constitucional aún ahora no es claro el contenido del derecho.

No hay acuerdo si está reconocido expresamente en el artículo 2 inciso 1, como lo afirma en las sentencias 2868-2004-PA y 00032-2010-AI; o si es un derecho innominado que se debe reconocer de acuerdo al artículo 3 de la constitución, como lo señaló en la sentencia 0007-2006-PI. En lo que si hay un consenso dentro de la jurisprudencia constitucional es que hay una aceptación de una “cláusula general de libertad”. La cláusula general de libertad el TC, siguiendo a Luis Prieto, la define como la capacidad de ejercer con libertad “la autonomía moral de acción y elección” sin que el poder del Estado los pueda limitar a menos que encuentre una causa razonable (Sentencia 00032-2010-AI). De manera que se puede extraer de esto que para el TC no hay claridad en la definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad y por eso recurren a definirla basándose en otro concepto.

La doctrina tampoco es uniforme. Hay pocos trabajos que traten el tema a fondo. Una primera aproximación la hizo Sosa Sacio. Este autor ha seguido la línea del Tribunal Constitucional, es decir que no se pone de acuerdo. Cuando el Tribunal sostenía que se trataba de un derecho fundamental innominado, que se basa en el carácter de *numerus apertus* de los derechos fundamentales, recogido en el artículo 3 de la constitución, este autor mantenía una postura idéntica (Sosa 2007: 670). Cuando el tribunal cambió de postura, por el 2010, el autor también cambió de postura afirmando que se trata de un derecho recogido en el artículo 2 inciso 1 y que resulta “un grueso error entender al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como un derecho fundamental no enumerado” (Sosa 2010: 143).

Más allá de su cambiante postura, lo que no cambia con el tiempo es su apreciación sobre el contenido del derecho, que no sorprende en este autor que no sea muy distinto a lo que plantea el tribunal constitucional. Para Sosa el contenido del libre desenvolvimiento de la personalidad radica en la libertad general de acción, siguiendo para esto a Robert Alexy. Para este último autor, el derecho general de libertad consiste en “hacer y omitir lo que uno quiera” (Alexy 1997: 333). Se implica que no hay restricciones desde el Estado y que están permitidas las acciones que la persona desee realizar, siendo estas exigibles, por eso es un derecho. Evidentemente las limitaciones siempre las impone el Estado de acuerdo a sus criterios expresados en las normas, porque resultará más efectivo limitar antes que establecer una tipicidad de lo permitido por el derecho general de libertad (Alexy 1997: 337). Sosa no hace una reflexión más exhaustiva que citar a Alexy de manera que su postura es la que se ha descrito.

Por otro lado, en el año 2012 Carolina Garcés reflexiona sobre este derecho y critica a Sosa argumentando que no se trata de un derecho de contenido absolutamente genérico (como hacer todo lo que se quiera hacer). Sino que trata de definir al contenido del derecho dándole un sentido de realización de la persona (2012: 50-51). Para lograr esta finalidad relaciona el libre desarrollo de la persona con la dignidad y deja de enfocarlo como sólo una expresión de la libertad. Esto constituye un paso más delante de las posturas del Tribunal Constitucional y Sosa:

El contenido se define como la protección general de la capacidad que la constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, es decir, para darse sus propias normas y desarrollar sus propios planes de vida u opciones vitales sin interferencias (2012: 51)

El salto hacia la dignidad es un aporte innovador en nuestro medio, sin embargo es criticable y no estamos de acuerdo con la equivalencia que hace entre el libre desarrollo de la persona y la autonomía individual, ya que no son lo mismo (2012: 52). No obstante lo dicho, la autora hace una crítica a la doctrina del Derecho civil que es importante, porque resalta que se incurre en los mismos errores que la doctrina constitucional al hablar sólo de libertad cuando se refiere a la “autonomía individual”, a pesar de que en su imaginario esté refiriéndose a una equiparación con el libre desarrollo de la persona (2012: 43- 47).

Como conclusión ordenadora de este breve desarrollo tenemos que los derechos que se incluyan dentro del libre desarrollo de la personalidad deben interpretados no solamente en orden con la libertad sino con la dignidad, que le dará un alcance más amplio dentro de nuestro ordenamiento de cara a la casuística y realidad social que se nos presenta. El libre desarrollo de la personalidad se ubica en la constitución actual, de 1993, en el artículo 2. Este reconocimiento es relativamente nuevo dentro de la historia de las constituciones del Perú, ya que fue reconocido expresamente a partir de la constitución de 1979 (García Belaúnde 2006: 191, 302). Si bien el desarrollo doctrinario y jurisprudencial es escueto en cuanto a este derecho, si se considera fundamental para efectos del desarrollo del Derecho civil en general. Así es como llegamos a una institución fundamental del ordenamiento civil, que en tiempos actuales mantiene una relación estrecha con los derechos fundamentales, puesto que desarrolla uno de ellos: la autonomía de los particulares.

1.3. La autonomía y su validez en el ordenamiento

¿A qué nos referimos con la autonomía de los particulares? No muchos autores centran sus estudios en poder darle forma y hacer un análisis a profundidad sobre la autonomía de los particulares. En la doctrina nacional, Carlos Fernández Sessarego hizo un intento de estudiar a la autonomía. Al hacer un balance de los que se había escrito tanto en Europa como en América señala este autor que todos coinciden en que se trata de un poder. Sea de “autodeterminación” o de “autogobierno” (autarquía), se trata de un poder inherente a la persona, por lo que lo llama natural (Fernández 2000: 25). También anota este autor que la mayoría de los autores reducen la autonomía a la emisión de una voluntad o hacen una equivalencia con la libertad. En este punto hace una crítica a esta postura ya que en su pensamiento la voluntad es un medio de expresión de la libertad, como ya se ha dicho anteriormente (Fernández 2000: 27).

Sin embargo, no es posible mantener su postura si es que no se comparte su definición del ser humano como unidad psicosomática basada en libertad, dentro de la cual la persona no cuenta con libertad, sino que es libertad en sí misma (Fernández 2000: 30-34). No es el caso del autor de este trabajo. Resulta inoportuno en estas líneas desarrollar una objeción a la postura sobre la concepción del hombre en Fernández Sessarego, sino que más bien se recogerá el valor y la importancia de la libertad como elemento fundamental de la autonomía. Cabe anotar que en este autor no hay mayor desarrollo sobre la autonomía de los particulares, más que lo señalado sobre la libertad.

Por otro lado, Juan Espinoza, siguiendo la línea de Fernández Sessarego, esboza una consideración muy similar sobre la autonomía de los particulares. Se diferencia del autor anterior, esta vez siguiendo a Miguel Reale, en que toma a la autonomía de los particulares como una fuente del derecho porque “positiviza” normas jurídicas que sólo vinculan a las partes que establecieron esas normas de manera particular (Espinoza 2011: 314-315). No coincidimos con esta visión en tanto va únicamente enfocada a la concreción de negocios jurídicos. ¿Acaso la autonomía de los particulares no puede ser dirigida para fines diferentes a los negocios jurídicos? Consideramos que sí.

1.4. Trasfondo de la autonomía

Pocas veces se ha investigado el fundamento filosófico, económico y jurídico que está detrás de la concepción de la autonomía. Se le considera uno de los fundamentos del Derecho moderno, el punto donde se origina la voluntad, lo inherente al ser humano, entre otras cosas, pero, al menos en nuestro medio, no se ha indagado por los contenidos detrás del concepto. Dado que hay fuertes cargas filosóficas y económicas, buscaremos, en la coyuntura donde se formó, los principios que dieron origen a este concepto.

Según Thomas Kuhn, los paradigmas son el horizonte universalmente reconocido que contiene modelos de problemas y soluciones para la comunidad científica por un determinado tiempo (Kuhn 2004: 13). Es decir, son los puntos de partida que sustentan todo análisis durante una época. Por ejemplo, el paradigma de la reflexión filosófica de la edad media fue la divinidad, Dios, que era el punto de partida de toda discusión. Este presupuesto no fue puesto en debate y enmarcó los problemas y soluciones que se plantearon durante aquellos siglos. Sin embargo, este paradigma cambió para la edad moderna, entre los siglos XVI-XVIII. Dios fue dejado de lado como centro de discusiones y la atención se volcó hacia el hombre, particularmente hacia su forma de conocer el mundo, naciendo así la subjetividad filosófica, que fue el paradigma de la modernidad.

Dejar de lado a Dios y poner al hombre como el foco de las discusiones estuvo enmarcado de ciertas características. Por un lado, el aislamiento del sujeto de todos los prejuicios para conocer, es decir, que el conocimiento ya no puede partir de verdades dadas indubitables como lo había sido en la edad media con la divinidad. Eso evidencia dos puntos: por un lado, que se busca un conocimiento objetivo, verdadero, que será reconocido como científico, y por otro lado, que existirá un escepticismo crítico, ya que se dudará de todos los conocimientos dados con la finalidad de poder llegar a la verdad (Echeverría 1988:17- 39).

Este es el contexto en el cual el sujeto hace su aparición como categoría individual a tomar en cuenta en los estudios científicos desde ahí en adelante. Con el individuo como centro y sin dios alguno que pudiera ser la fuente o condición de su conocimiento, surge la idea de que el ser humano es libre y autónomo tanto en su aproximación moral como su acercamiento al mundo, en otras palabras para conocerlo, transformarlo y aprovecharlo (Gounot 1912: 34). Esta es la génesis de la autonomía.

1.4.1. Fundamentación filosófica

La aparición de la autonomía, como se ha adelantado, filosóficamente se sustenta en un cambio de paradigma que, desde el Derecho, puede ser entendido como el paso de la idea de la ley natural de Dios hacia la libertad natural (Gounot 1912: 34). Esto implica que antiguamente se pensaba que existía un orden determinado por Dios, impuesto por él a los hombres y a la sociedad misma. Todo derecho derivaba de ese Derecho “objetivo” que había sido colocado por la divinidad, de manera que la tarea del jurista, y del hombre en general, era descubrir cuál era el orden inmanente y deducir de ahí sus derechos (Grossi 1996: 146; Hespanha 2002: 105-106).

Con la irrupción del paradigma moderno, los humanismos, el racionalismo y su consecuente secularización, el ser humano dejó de tener voluntades superiores que pudieran condicionar su actuación e intenciones. Se comienza a considerar al sujeto como un ser absoluto en sí mismo, autónomo. Así es como el advenimiento del nuevo paradigma de la subjetividad tuvo como consecuencia el posicionamiento o reivindicación de las ideas de libertad y de la autonomía absoluta de la voluntad humana (Gounot 1912: 36). Esta es la génesis de la comprensión de los derechos como individuales.

Para llegar a estas conclusiones, en la madurez de la modernidad durante el siglo XVIII, las reflexiones en el campo de la filosofía se realizaron a partir del análisis de la libertad. Habiendo pasado por las reflexiones de René Descartes, quien colocó al sujeto como un ente capaz de conocer independientemente, en el siglo XVII, se llega hasta Jean-Jaques Rousseau como uno de los que desarrollaron con claridad la relación de la libertad y la voluntad –advirtiendo la autonomía como hecho fundante. Valiéndose de estas edificó su teoría del contrato social.

Para este filósofo, influenciado por el iusnaturalismo, el hombre estuvo al principio en un estado de naturaleza. Pasado el tiempo, llegó un punto donde el conjunto de seres humanos se dio cuenta de que para poder sobrevivir y desarrollarse debían organizarse de algún modo. Según Rousseau, en ese momento surgió una especie de acuerdo entre todos, donde se estableció que la colectividad se organizaría con el objetivo de proteger a los individuos y sus bienes. ¿Qué tipo de organización colectiva podría existir en donde los hombres no dejen de ser libres? (Rousseau 1981 [1762]: 22-23). Este concierto colectivo será para Rousseau el contrato social (Schneewind 2009: 556-558).

El fundamento de este contrato social es la voluntad individual de cada uno de los miembros de la sociedad, por eso es que Rousseau sostiene que el gobierno encarna la voluntad general (Schneewind 2009: 561). Evidentemente, esta voluntad de someterse a la vida en sociedad, o al *estado civil* en palabras del filósofo, es libre, ya que la libertad es inherente al ser humano. Sin embargo, esa libertad natural no puede ser ilimitada, razón por la cual este contrato social establece “clausulas” de comportamiento moral, es decir, las leyes. De manera que las normas jurídicas tendrán una naturaleza contractual. Rousseau llega esta conclusión al preguntarse cómo podría hacer que los límites de la libertad sean producto de esa misma libertad (Gounot 1912: 47-48).

Puede advertirse que Rousseau basa su esquema del contrato social en la libertad, de donde emana la voluntad individual de cada ser humano. Este es el mismo punto de partida que la autonomía (Gounot 1912: 45). En otras palabras, lo que el filósofo está haciendo es colocar intuitivamente, sin ser explícito, a la autonomía en la palestra de la discusión no solamente filosófica sino también moral, en el momento en el que aclara que para organizarse el hombre ejerce control sobre sus deseos personales para comportarse como parte de una totalidad moral (Schneewind 2009: 606). He aquí un punto crucial para la configuración de la autonomía como fundamento de Derecho, como se verá a continuación.

Un lector alemán de Rousseau fue Immanuel Kant. Este filósofo establece un punto sin retorno para la construcción de la autonomía, al punto que algún autor contemporáneo lo ha considerado como el “inventor de la autonomía” (Schneewind 2009). Partiendo de las ideas de Rousseau del autogobierno y la libertad, Kant llegó a la consideración de la autonomía como la capacidad natural del ser humano de autogobernarse mediante leyes de carácter universal. Esta universalidad es radical al punto que incluye al mismo Dios, quien, según Kant, es parte de la misma comunidad moral que los hombres, de manera que la moral no parte de él sino del mismo ser humano que puede dictar leyes morales de alcance general tal que Dios podría actuar de acuerdo a ellas. En ese sentido, el ser humano puede ser “análogo a la divinidad” cuando origina, actúa y vive según la ley moral (Schneewind 2009: 599-604).

De esa consideración sobre la autonomía es que se tiene a la libertad como algo trascendental, inherente al ser humano, no impuesta por Dios, porque mediante ella se puede llegar a la racionalidad pura, o la razón humana común, que nos permite conocer lo que está de acuerdo

a las leyes morales; y a la razón práctica como la que nos permite actuar de acuerdo a la moral (Schennewind 2009: 606-607). Para Kant, los actos que nacen de esta libertad pueden ser fuente del derecho. De hecho, el único derecho inherente al hombre, por el mero hecho de serlo, es la libertad. Ahí parten los derechos subjetivos que se sustentan en la libertad de acción de los individuos, es decir, en su autonomía que es innata (Gounot 1912: 54-55). Siguiendo la línea de Rousseau, Kant establece que los límites de la autonomía nacen de la misma idea de libertad para los casos que se pudiera no actuar de acuerdo a las leyes morales universales, es decir casos de injusticia (Gounot 1912: 55).

De este modo la idea de autonomía como un elemento connatural al ser humano que se expresa en su libertad de poder realizar elecciones sin que nadie las condicione queda asentada en la filosofía moderna y en la modernidad en general. Para la filosofía moderna esta idea de autonomía es universal, porque se entiende a sí misma como creadora de conocimiento objetivo de carácter sistemático y absoluto. Hegel, como punto culminante de la filosofía moderna, resalta la promesa de la modernidad de la autonomía del sujeto y su reconocimiento universal como pilares de la sociedad moderna (Casuso 2015: 72-73). La acogida de esta concepción, según este filósofo, es radical porque coincide con un fenómeno económico que necesitaba de ella: la economía de mercado (Casuso 2015: 69).

1.4.2. Los aportes de la economía al desarrollo de la noción de autonomía

En concreto, la aparición y el avance del fenómeno capitalista ocasionaron que exista un cambio radical en la conformación de las relaciones comerciales. Donde antiguamente existían sociedades feudales, cuyas relaciones comerciales se basaban en las costumbres o tradiciones, se abrieron paso las ciudades industrializadas y el desarrollo del capital. En ese sentido, en las sociedades capitalistas desarrolladas, la industrialización alcanzó un grado de expansión notable, se introdujo la división del trabajo y la especialización de los profesionales, y las relaciones de intercambio se ampliaron, intensificaron y aceleraron (Gounot 1912: 40-41).

Ante este escenario, el uso de los contratos se multiplicó. Es decir, su campo de acción se amplió pasando a tener el protagonismo de la esfera comercial. Los nuevos economistas afirmaban que era imprescindible una revisión de los elementos de conformación de los contratos. Su objetivo era dejar clara la necesidad de la libertad de contratar como base del nuevo orden social (Gounot 1912: 41). Según ellos las libertades económicas como las de

intercambio, de contratar, de trabajo y de competencia debían ser reconocidas y reivindicadas a nivel general.

De este modo, el espíritu de las revoluciones industrial y francesa tuvo como objetivo destruir el antiguo orden económico representado y defendido por las élites del antiguo régimen. Así fue, cuando los burgueses llegaron al poder aniquilaron las instituciones que habían sido las piedras angulares del antiguo sistema feudal. Eliminaron las vinculaciones de propiedad y las prohibieron. Donde existieron propiedades comunales, se decretó la partición y la entrega de partes individuales a los miembros de las comunidades. Las viejas leyes de usura, de corte cristiano, fueron derogadas. Finalmente, las corporaciones y los maestros de oficio fueron reemplazados por la masa proletaria (Gounot 1912: 41-42).

Todas estas instituciones antiguas fueron reemplazadas por vínculos contractuales que necesitaban de la libertad, tanto formal como práctica, de los individuos. Para que las nuevas formas contractuales pudieran existir y así pueda desarrollarse la economía, era importante que las personas fueran realmente autónomas, es decir que no existiera nada que pudiera condicionar, coaccionar o limitar su voluntad. En la conjunción de estos libres convenios de intercambio se encontraba el origen de las riquezas, el orden, la armonía social e, incluso, la felicidad, ya que todos los individuos se encontraban actuando de acuerdo a su libertad, estaban siendo verdaderamente autónomos (Gounot 1912: 42).

Esta postura trajo un problema a algunos legisladores que notaron que estos contratos no siempre podrían ser justos. La duda radicaba en que si era dable intervenir para asegurar la justicia en los contratos. La respuesta de los economistas fue clara: la fijación de los precios por la oferta y la demanda era favorable a la expansión de la producción y a la libre repartición de las riquezas. Controlar los precios o intervenir en el mercado tendría resultados desastrosos. Para ellos, no correspondía ni a los legisladores ni a los jueces fijar precios ni salarios, porque en materia de contratos no existe una justicia objetiva, sino una justicia conmutativa que reside en el convenio hecho libremente por las partes. Es decir que la justicia del contrato es un hecho natural dado por la libre competencia y la autonomía de la persona que expresa su voluntad libremente (Gounot 1912: 43-45).

De este modo se observa que la aparición de la autonomía fue vital para el desarrollo de las relaciones de mercado y del capitalismo. Para los economistas y los burgueses todos los

individuos, sin excepción, contaban con una autonomía, aunque sea en abstracto, que les permitía establecer relaciones contractuales libremente. En estas relaciones, por ejemplo, los burgueses, como dueños de los medios de producción, y los trabajadores se encontraban objetivamente en una misma posición igualitaria para contratar. En la modernidad, como meta, todos los individuos poseían, o debían poseer, una autonomía uniforme e igualitaria. Los contratantes se valieron de esta consideración para celebrar sus relaciones contractuales, sean justas o no, porque existió una organización política que consagró esta autonomía abstracta como una condición natural de uniformidad e igualdad.

1.4.3. Fijación de la autonomía a nivel político

El desarrollo de las ideas políticas de la modernidad, entre los siglos XVI y XVIII, llega a uno de sus puntos culminantes con la revolución francesa, dada en 1789. Conforme se suceden las etapas de la revolución hasta llegar al imperio de Napoleón Bonaparte, se dieron discusiones sobre los derechos del hombre, la ciudadanía, los sistemas económicos y las instituciones del antiguo régimen. Un punto importante fue la construcción de la noción del Tercer Estado como la clase que agrupa a la mayoría de la sociedad y es su motor, frente a la nobleza y el clero (Sieyes 1993 [1789]: 129).

Para Emmanuel Sieyes, un importante pensador y político francés que fue testigo de todo el proceso de la revolución, el tercer estado encarnaba toda la nación al punto que no necesitaba de ninguno de los otros dos estados para poder existir. Dentro de este tercer estado se encontraban los comerciantes y los trabajadores, quienes eran los propulsores de la nueva economía de mercado y, como se vio en el apartado anterior, necesitaban de la autonomía de los individuos para celebrar sus negocios y repartir las riquezas (Sieyes 1993: 130-131). El tercer estado era la burguesía que venía ganando terreno en lo político y con la revolución francesa terminó de conquistar el poder.

Dos hechos importantes dentro de la revolución francesa demarcan la consagración de la autonomía a nivel general en los instrumentos jurídico-políticos: la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, y la constitución. Dentro de los debates que se dieron previamente a la publicación de ambos documentos, se puede encontrar que la discusión giró en torno al individuo y su libertad intrínseca para actuar de acuerdo a su voluntad, es decir de

su autonomía (Sieyes 1993 [1789]: 177-179). La libertad se vuelve connatural al ser humano e inclusive es anterior a la sociedad (Gounot 1912: 37-38).

Influenciados por Rousseau, se considera que el Estado no está en la capacidad de limitar la libertad sino en cuanto lo sea necesario para asegurar la libertad, y derechos en general, de los individuos: “[...] toda unión social, y por lo tanto toda constitución política, no puede tener por objeto sino manifestar extender y garantizar los derechos del hombre y del ciudadano.” (Sieyes 1789: 177-178). Entonces se trata de una libertad que se opone al Estado, que podría lesionar o condicionar la autonomía natural del hombre. El posicionamiento del individuo como centro del sistema político en la declaración y la constitución es la culminación del proyecto de limitar jurídicamente al Estado, como a cualquier otra colectividad, frente al individuo y su autonomía (Gounot 1912: 40).

Con la universalización y uniformización de la autonomía de los individuos a nivel de los derechos se consiguió legitimar políticamente la promesa de la modernidad y las necesidades de la economía capitalista, es decir se había legitimado un nuevo modelo de sociedad ¿Qué implicó todo esto? El filósofo Hegel lo explicó en su libro filosofía del Derecho. Según él, el nuevo sistema concebía como su piedra fundamental a la autonomía del destino, lo que significaba que cada uno de los individuos estaba llamado a satisfacer sus necesidades en base a sus intereses (Casuso 2015: 70). Tener como punto de origen al paradigma de la subjetividad moderna, donde la promesa del sujeto autónomo debía ser igualitaria en todos, le costaba al nuevo sistema que esas necesidades particulares puedan ser satisfechas universalmente. Es decir que, en abstracto, el nuevo Derecho, que emanaba de las nuevas fuentes como la declaración y la constitución, debía garantizar que todos pudieran tener las mismas oportunidades –igualdad de oportunidades- (Casuso 2015: 70).

La sociedad que cumpliera con ese objetivo de permitir la satisfacción de las necesidades de todos los individuos igualitariamente era tenida como justa. Por eso el Derecho empezó a contemplar elementos abstractamente universales, como la autonomía o la igualdad, para que el acceso a los espacios de participación social, y los beneficios de esta, pudiera ser de alcance igualitario y universal (Casuso 2015: 70). Este nuevo lenguaje de abstracción suponía en sí mismo un proceso de homogenización de los hombres. Se tomó como homogénea la capacidad de disponer de recursos y competencias para participar activamente en la sociedad

civil. Esta homogeneidad no fue casual porque, en teoría al menos, era impensable considerar que los seres humanos pudieran ser desiguales, por eso no se atendieron a las particularidades de cada uno de los individuos en favor de la homogenización pretendidamente igualitaria (Casuso 2015: 71).

En conclusión, en una sociedad donde se pretendió construir posibilidades igualitarias para todos los individuos, es evidente que se recurriera a las abstracciones, en las producciones legales, para garantizar la universalidad de esas posibilidades. Como consecuencia se produjo la homogenización de los individuos. Se puede ir advirtiendo, estas consideraciones, que fueron recogidas en el campo de la política, tuvieron repercusión directa en el Derecho. Que llegaran al campo jurídico significó consecuencias en la administración de la justicia. Entonces, ¿Cómo se recibió en el Derecho la aparición de la autonomía?

1.4.4. Consecuencia: la doctrina jurídica clásica de la autonomía

Luego de haber estudiado las bases filosóficas, económicas y políticas del mundo moderno, no es difícil notar que el Derecho tuviera un nuevo rumbo adoptando la autonomía como parte central del nuevo sistema jurídico en construcción. Desde ese momento la autonomía llegó para no volver a salir del escenario jurídico. Tal fue la importancia, fuerza y centralidad de la autonomía en el sistema jurídico que ningún jurista se atrevía a criticarla porque era concebida como un dogma infranqueable del Derecho moderno.

El dogma de la autonomía (o *willensdogma* en el caso de los alemanes) estaba cimentado una doctrina jurídica que resumía los postulados de la filosofía moderna, las necesidades de la nueva economía de mercado y la nueva concepción política del hombre: el individualismo jurídico. Según Gounot, esta doctrina heredó de la filosofía rousseoniana y de la economía una visión contractualista de la sociedad, de manera que se podría entender al contrato como un eje alrededor del cual se forman todas las relaciones económicas y sociales (Gounot 1912: 60).

Son dos los fundamentos de esta doctrina. El primero es que nadie puede ser obligado sin que exista voluntad. Basándose en la filosofía moderna y en Sieyes, se consideraba que la voluntad es la expresión de la autonomía, por lo tanto los vínculos jurídicos no podrían ser válidos sin que medie una voluntad clara. En Alemania, esta consideración también tuvo cabida en el desarrollo del dogma de la voluntad durante el siglo XIX. Tanto en Francia como en Alemania

este fundamento fue desarrollado dentro de la teoría del derecho de obligaciones como en la teoría del negocio jurídico, respectivamente. De manera que el individualismo incursionó en las fuentes por excelencia de las relaciones jurídicas (Gounot 1912: 61-69).

El segundo fundamento fue que todo compromiso basado en la libertad es considerado justo. Evidentemente fue influenciado por las posturas de los economistas, quienes eran de la misma opinión. Se parte del presupuesto que toda justicia será contractual porque se las relaciones jurídicas, en teoría, se sustentan en expresiones libres de voluntad. Entonces, sólo habrá una regla básica de justicia, o de derecho: garantizar los vínculos libremente contratados. Así, el respeto a la libertad de los individuos se volvió condición para que los derechos puedan ser plenos, por eso debía ser protegida por el derecho. No se tomará en cuenta si no hay equivalencia en las prestaciones o si se establece una relación desigual, pudiendo esta ser empíricamente comprobable como en los contratos de trabajo, porque lo que sí existe es una equivalencia objetiva de las libertades, provista por el ordenamiento. Basándose en el argumento kantiano de que cuando alguno decide algo por otro (heteronomía) podría existir injusticia pero será imposible que sea injusto si el individuo decide por sí mismo (autonomía), se consideraba suficiente que una persona manifieste su voluntad para que sea tomada de justa la relación jurídica resultante, ya que se está tomando como parámetro la libertad e igualdad abstractas de la teoría política. Cualquier limitación a estas relaciones jurídicas establecidas idealmente libres como la idea del abuso de derecho, la usura o la lesión eran consideradas como “las más monstruosas de las herejías jurídicas” (Gounot 1912: 73-79).

En conclusión, tenemos en el individualismo jurídico aporta al dogma de la autonomía el ser la expresión de las diferentes corrientes y expresarlas en términos de Derecho. De esta manera tenemos que la configuración de la autonomía de los particulares en su origen moderno termina caracterizado por ser la base de un sistema que se tiene a sí mismo como una expresión de la libertad. Los derechos eran considerados la libertad inicial que pertenece a cada individuo, por eso el derecho primordial era la libertad, como expresión de la autonomía. Estos derechos serían violados si es que se encontraban sujetos a obligaciones o a leyes que no tuvieran en su origen la libre voluntad de los hombres. Por lo tanto la misión del Estado, los legisladores y del Derecho era garantizar la autonomía de cada uno de los individuos, como entes independientes. Esta concepción de la autonomía fue adoptada radicalmente por los ordenamientos y juristas, convirtiéndose así en piedra angular del desarrollo del Derecho, que

también fue parte del progreso de la modernidad, y como tal se proponía ser la garantía del avance de la sociedad.

1.5. Postura personal y afirmación del voluntarismo

En nuestra postura, la autonomía de los particulares la capacidad que cada persona ostenta, como particular, para configurar sus relaciones jurídicas (Flume 1998: 23). Estas relaciones jurídicas pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. La autonomía la podemos ubicar como parte del desarrollo del derecho a la autodeterminación que se encuentra dentro del derecho fundamental, recogido en nuestra constitución, al libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, cada persona tiene derecho a desarrollarse libremente determinando autónomamente sus relaciones jurídicas (Landa 2010: 93). Por eso es que cada persona goza de autonomía para ejercerla libremente en sus manifestaciones de voluntad. Por eso es importante resaltar como crítica a la doctrina en general que se trata el tema de la autonomía de los particulares cuando se va a abordar temas de corte patrimonial (Betti 1943; Ferri 1969) , cuando esta es una categoría que es transversal a todo el Derecho Civil.

Entonces, confirmamos que la autonomía de los particulares es se encuentra, dentro de nuestro ordenamiento sustentada en, e integrada a, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y es un punto clave para que este derecho humano se pueda desenvolver en la práctica cotidiana de cada una de las personas. Por lo tanto el ordenamiento lo protege y garantiza su correcto ejercicio en todos los niveles que se manifiesta, sea patrimonial o no patrimonial, siempre y cuando fundamente una relación jurídica que proviene de la celebración de un negocio jurídico, en principio.

Ahora corresponde analizar donde se encuentra legitimada la autonomía de los particulares a nivel normativo y las interpretaciones que se han dado de esta norma. El Código Civil peruano de 1984 en el artículo 140 describe al negocio jurídico como la “manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. En ese sentido, podemos notar que nuestro legislador ha optado por una definición que fue acuñada por el alemán Friedrich Karl von Savigny, quien en su Sistema de Derecho Romano Actual definió al *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico) con esa definición. Es un caso curioso debido a que a diferencia del código civil peruano anterior (de 1936), que no optaba por una definición concreta, esta

vez el legislador ha hecho suyo un concepto, y junto con él a toda una teoría que está detrás de este concepto: la teoría voluntarista.

Sin embargo, esta teoría voluntarista ha tenido un carácter presente en nuestra doctrina desde que se pensó en la codificación de 1936. Los juristas doctrinarios peruanos siempre pensaron al negocio jurídico en términos voluntaristas. Esto puede deberse a la influencia alemana de la primera parte del siglo XX en nuestro país. Por eso vemos que León Barandiarán en su estudio sobre el negocio jurídico apunte que el elemento más importante del negocio sea la declaración de voluntad: “el factor causante del acto jurídico, es, pues, una voluntad privada” (1997: 39).

Fueron más bien, en la doctrina nacional de fin de siglo XX, los profesores de influencia italiana que intentaron poner en cuestión la centralidad de la voluntad en el negocio jurídico, desde perspectivas causalistas, que ponen como centro del negocio jurídico a la causa del negocio. León Barandiarán les hizo una respuesta varios años antes que aunque se refiriera al código civil de 1936, se reafirma en el código civil de 1984: “El código no considera la causa como requisito del acto (léase negocio)” (1997: 57).

En términos legales, cabe hacer la diferencia de otros sistemas, porque, por ejemplo, en Italia, si bien ha existido un desarrollo doctrinal muy grande sobre la teoría del negocio jurídico, este no se encuentra regulado expresamente dentro de su código civil. Tal vez sea esta la razón por la cual ha habido, y hay, un desarrollo disconforme en materia doctrinal. Sin embargo, en el caso peruano la óptica ha sido distinta porque desde el código del 36 el negocio jurídico está regulado. Si bien había existido un desarrollo doctrinal no muy fecundo en comparación con otros países, con la promulgación del código actual de 1984, se reafirmó la acogida de la teoría voluntarista.

La doctrina bien puede no estar de acuerdo con la definición, pero es clara la opción del legislador por la definición de Savigny, quien en su tratado, al momento de definir a las manifestaciones de voluntad señala que estas “no sólo son actos libres, sino que según la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho” (Savigny 1847: 202). De esta definición se puede entender que el elemento fundante en toda relación jurídica a la cual una persona se somete es la voluntad. Por eso es que la voluntad es un elemento central de la formación del negocio jurídico. Como afirma Stolfi: “la regla general es que la manifestación de voluntad es el elemento constitutivo de los negocios jurídicos”

(1958: 19). Actualmente, en sede nacional, Leysser León concuerda con los autores citados y propone a la voluntad como eje central de la formación de los negocios jurídicos.

Entonces al tener la voluntad un papel de suma importancia en la formación del negocio jurídico, debemos analizarla. Según Flume, debe existir una correlación entre la formación de la voluntad y su exteriorización, es decir con la manifestación de voluntad que será la base del negocio jurídico (1998: 73). De manera que, para reforzar esto, podemos ver que cuando hay problemas con la voluntad, y por consiguiente con la manifestación de esta voluntad, existen problemas con el negocio jurídico mismo que acarrearán como consecuencia a la inexistencia o la nulidad del negocio celebrado.

Actualmente aún subsiste la discusión sobre si el negocio jurídico en nuestro ordenamiento peruano tiene como elemento integrante a la causa. El profesor Leysser León se opone a pensar a la causa como parte de la formación del negocio jurídico. Haciendo un análisis desde los vicios de la voluntad, León llega a la conclusión de que el elemento fundamental del negocio jurídico es la voluntad, porque si la voluntad se ve viciada el negocio es nulo, comprobando la opción voluntarista de nuestro ordenamiento (León 2003: 828).

En resumen, el aspecto central del negocio jurídico es la manifestación de la voluntad, que a su vez tiene como presupuesto a la voluntad misma. Esta voluntad se forma en el ámbito interno de cada persona, por eso se encuentra dentro del ámbito de autonomía de cada una de las personas que expresan esa autonomía decidiendo libremente. Al ser de esta manera, la formación de la voluntad corresponde a un acto de expresión de la autonomía de la que goza cada ser humano, lo cual nos lleva a concluir que la voluntad y su consecuente manifestación, son expresiones de la autonomía de los particulares.

1.6. Relación con los derechos fundamentales

1.6.1. Con la Dignidad

¿Cómo se puede desarrollar y ejercer correctamente la autonomía de los particulares? Para poder responder esta interrogante debemos recurrir a dos derechos-principios que rigen y son transversales a todo el ordenamiento jurídico, a saber: la libertad y la dignidad. Sobre la libertad, ha sido el desarrollo tradicional de la autonomía de los particulares el que se ha centrado en la libertad como único elemento, por eso se tratará luego. Por ahora nos

ocuparemos sobre la dignidad. Como se ha dicho, la dignidad es un elemento a considerar dentro del desarrollo de las conductas de las personas en general. Así, por ejemplo, cuando se trata de una relación laboral, hay ciertos parámetros que se deben cumplir para que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas, o por otro lado, cuando se celebra un contrato se busca que ninguna cláusula del contrato sea lesiva para la dignidad de las personas.

El desarrollo de la dignidad como un concepto que forma base de los derechos humanos es relativamente nuevo. Jürgen Habermas recuerda cómo en las codificaciones del siglo XIX o en las declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX no se encuentra presente el concepto de Dignidad. Solamente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos aparece expresamente escrita (Habermas 2012: 15). Esta “aparición” tardía de la dignidad como un valor fundamental en los ordenamientos jurídicos no pasa por casualidad. Históricamente, se había entendido a la dignidad como un atributo particular de un alto estamento en concreto, dentro de una sociedad estamental como la medieval, pero que luego se fue uniformizando, haciéndose general, cuando llegó la modernidad, ya que los valores rectores también cambiaron (2012: 27).

La aparición de la dignidad, su contenido y sus alcances, no nacieron de la teoría o de las elucubraciones filosóficas de los tratadistas del Derecho, sino que nacieron de las experiencias de violaciones y lesiones de la dignidad humana. Estas experiencias cumplieron y aún hoy siguen cumpliendo una “función reveladora” puesto que conforme se han dado situaciones y casos en la historia en las que se ponen de manifiesto “condiciones de vida sociales insoportables y la marginación de clases sociales empobrecidas” (Habermas 2012: 18), los contenidos de la dignidad se han ido actualizando. En suma, la dignidad se abre paso conforme a las exigencias o sucesos de la realidad.

Sin embargo, para Habermas el hecho de que la dignidad haya sido reconocida en los últimos 70 años de manera expresa no quiere decir que fue creada en ese momento. Señala que intuitivamente siempre estuvo presente, en toda la historia de los reconocimientos de los derechos fundamentales (2012: 20-21).

Sin embargo, no hemos definido la dignidad dentro de nuestro ordenamiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado en su desarrollo que la dignidad se caracteriza por dar al ordenamiento un sentido de trato igualitario a todas las personas por

igual, debido a que el Estado debe garantizar que todos los seres humanos, por su sola condición de serlo, no debe tener un trato distinto al que se le da a otro ser humano, sino que todos merecen un trato igualitario (Rubio, Eguiguren, Bernales 2013: 50).

Además, el Tribunal Constitucional precisa que este principio se debe desarrollar en concordancia con otro principio de Solidaridad, prescribiendo que la persona al vivir en sociedad se une a sus semejantes en un nexo común y ético. Esto quiere decir que toda la sociedad persigue un fin común (que a nuestro parecer es el desarrollo no sólo económico, sino social y humano) y las acciones que hagan los particulares deben perseguir ese fin (Rubio, Eguiguren, Bernales 2013: 52). Por lo tanto, consideramos que con el objetivo de que este discurso pase de ser un deseo utópico y pase al terreno de la práctica, es el Estado quien debe organizar la regulación para que estos elementos se puedan apreciar y ser garantizados en la praxis.

Nuestra postura personal concuerda con las que sostienen tanto el TC como los autores citados, pero consideramos que es importante para efectos de este trabajo que se le un matiz más práctico que teórico. En esa línea consideramos a la dignidad como aquellos elementos que el Estado debe garantizar para que las personas puedan desarrollarse en condiciones de libertad e igualdad, a saber: información, medio ambiente, entre otros elementos básicos para el desarrollo.

La presencia de la autonomía de los particulares, a nuestro parecer, ha corrido una suerte similar en nuestro país. Consideramos que el hecho de que no haya sido regulada expresamente en las codificaciones y que el valor atribuido como elemento previo a la constitución de las voluntades, que bien podrían concluir en la celebración de un negocio jurídico, sea de hace no más de un siglo, no hace que esta categoría jurídica no haya estado presente en los desarrollos del Derecho civil. Sólo para poner un ejemplo plantearemos el caso del Perú.

De esta forma podemos ver que tanto el estudio y desarrollo de la dignidad y de la autonomía de los particulares han corrido una suerte muy similar en nuestro ordenamiento jurídico. Ambas no tienen más de tres décadas de reflexión seria desde que se tomaron en cuenta como elementos fundantes tanto del ordenamiento constitucional como en el civil. Por eso es que en el presente estudio consideramos que estas deben ser leídas en la misma línea. No

consideramos que la dignidad y la autonomía de los particulares sean parte de una abstracción que no puede reflejarse en la *praxis*.

1.6.2. Con la Libertad

Al ser la persona un ente independiente y autónomo, goza de libertad para poder expresar sus pensamientos, sentimientos y voluntades. Por eso es que la libertad se vuelve una expresión de esa autonomía de la que gozan los particulares por el sólo hecho de ser una persona. Esta libertad está protegida por el Estado.

En efecto, la libertad es un derecho protegido no sólo a nivel legal mediante la protección de la autonomía de los particulares que es expresión del derecho de la personalidad al libre desarrollo de la personalidad, sino que también a nivel constitucional. Si bien en el texto constitucional no existe una definición concreta de lo que es la libertad si se encuentran expresadas las manifestaciones concretas de la libertad, es decir, que en la constitución se encuentran protegidas las libertades de conciencia, religión, expresión, entre otras. Sin embargo, analizando todos estos dispositivos normativos, podemos darnos cuenta que, en profundidad, el sustrato común que es subyacente a todos los derechos de la libertad es la capacidad de elección que tiene la persona como sujeto autónomo que goza de autonomía, pero no encontramos una definición o un intento de tomar postura.

Por esa razón decimos que se habla de la libertad, pero no se llega a un consenso sobre ella. Entonces, si el plano legal o el judicial no se pronuncian sobre este particular, podemos revisar lo que dice la doctrina. Por ejemplo, Fernández Sessarego, sitúa a la libertad como un elemento integrante de la persona, por eso dice que el ser humano “es libertad” (Fernández Sessarego 2000: 30). No concordamos con él porque consideramos que libertad en sí misma puede estar dotada de condicionamientos que hacen imposible pensar que el ser humano sea libertad pura en sí misma. Por eso consideramos que el punto de partida del autor, proviene del mismo paradigma filosófico moderno explicado anteriormente, porque pretende brindar definiciones concretas y cerradas de lo que es el ser humano.

Por otro lado, en línea kantiana, podríamos decir que la condición previa para esta libertad es que exista autonomía. Lo contrario sería la heteronomía. Es decir que desde el exterior viene el manejo del ser humano. Dentro de la línea filosófica moderna, la heteronomía implicaría dos

cosas: en primer lugar, que el ser humano renuncie a su propia naturaleza de ejercer esa capacidad de elegir sus actos y responsabilidades, puesto que habría un ente exterior que haría esas actividades por él y la persona se transforma en una herramienta, como una extensión de otra persona.

En segundo lugar, que se abstraiga de su “ser hermeneúico”, es decir que el ser humano no podría tampoco interpretar su realidad que le ha tocado vivir y no podría tomar decisiones sobre el medio que le ha tocado vivir, volviéndose un ser a-histórico, puesto que no es parte de esa serie de transformaciones del medio social que es la historia y que empieza con la interpretación del medio que le toca vivir.

Entonces, volviendo al tema principal, es la libertad una condición inherente al ser humano por su sola calidad de serlo. Sin autonomía completa, o cayendo en la heteronomía, no es posible que esa libertad se pueda desplegar totalmente. Tratándose de condiciones mínimas de existencia consideramos que, por eso, corresponde al Estado y al Derecho proteger esta capacidad de elección que tenemos todos los seres humanos y sus expresiones.

Entonces, le corresponde al Estado proteger la autonomía de los particulares en dos niveles: de la actividad invasiva del propio Estado y de la intervención perniciosa de los demás particulares. Esta doble garantía se puede aplicar protegiendo a la libertad porque es el medio de expresión de esta autonomía. Sin este medio, la autonomía no podría exteriorizarse realmente y no tendría real sentido el quehacer de los seres humanos.

En suma, la autonomía de los particulares se expresa mediante la capacidad que tiene cada una de las personas de elegir independientemente sus acciones y preferencias. Así mismo, estas son responsables de sus acciones, asumiendo los hechos que realizan dentro de su medio donde se desarrollan. El Estado debe garantizar esta libertad para que pueda asegurarse el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los habitantes del estado.

En conclusión, ¿Cómo se aplica estas teorías de los derechos de dignidad y libertad a la autonomía de los particulares? Las condiciones dignas del desarrollo de la autonomía de los particulares que el Estado debe garantizar pasa por el lado que este debe brindar las condiciones necesarias para que exista verdadera libertad en el desarrollo de la autonomía y que la de todas las personas sea equitativa, es decir, no se debe permitir que la autonomía de dos

personas, aunque estén distantes geográficamente o sean de diferentes edades o de diferentes sectores económicos o tengan cualquier particularidad, sean distintas.



Capítulo II. La autonomía de los particulares bajo la lupa de la realidad peruana.

2.1. El ocaso del paradigma moderno

En el capítulo anterior se estudió cómo la noción de autonomía se formó y se consolidó dentro del desarrollo de la modernidad filosófica, que se sustentaba en el paradigma de la subjetividad como vértice de estudios, además coincidió con el desarrollo del capitalismo en el ámbito económico y el surgimiento del Estado moderno, en el campo de la política. Todo esto desembocó en la modernidad jurídica que tuvo como uno de sus bases de sistema a la autonomía como una abstracción uniforme a todos los individuos. Esta exposición abarcó los hechos ocurridos desde el siglo XVII hasta los inicios del siglo XIX. Sin embargo, la historia no terminó allí, siguió su curso.

El resto del siglo XIX y el siglo XX fueron convulsos en cuanto a fenómenos sociales: revoluciones, nuevos actores sociales, nuevas ciencias, guerras mundiales, procesos de globalización, entre otros. Estos sucesos tuvieron como resultado que los cimientos de la modernidad fueran cuestionados. También los frutos y las instituciones resultantes de las promesas de la modernidad fueron puestos en crisis. En suma, se dio un giro en la manera que el ser humano se aproximaba al mundo, cambió el paradigma. En las siguientes líneas esbozaremos cómo las bases teóricas de la autonomía entraron en decadencia, poniéndola en crisis.

2.1.1. Crisis en el seno de la modernidad

Una de las críticas más severas de la modernidad vino desde su propia cumbre, el filósofo Hegel. Si bien es considerado la madurez de la filosofía moderna por ser quien elaboró una sistemática del conocimiento racionalista, también fue testigo de los primeros embates del capitalismo de su época en las relaciones personales. Por eso es crítico con las consecuencias de la promesa de libertad y autonomía de la modernidad.

De entrada señala a la exclusión como una contradicción de la misma sociedad moderna. Este problema se da cuando los individuos no pueden formar parte de las prácticas socialmente relevantes que conducen a la realización de la libertad o autonomía (Casuso 2015: 60). Para Hegel la realización de la verdadera libertad es impedida por las contradicciones internas latentes de la sociedad civil, son cuatro grupos.

La primera contradicción proviene del afán de cada individuo de satisfacer sus necesidades de acuerdo a sus intereses. Hegel la llama principio de atomismo, que causa divisiones dentro de la sociedad, porque esta se convierte en un “mecanismo” de interacción desintegrado. Los miembros, al estar movidos por ese egoísmo inmanente, se relacionan en tanto pueden obtener un beneficio. Es decir, que no hay una sociedad integrada orgánicamente (Casuso 2015: 69-70). En esta sociedad, el sistema debe estar en la capacidad de satisfacer universalmente todos esos intereses particulares, al menos idealmente. No deberían existir distinciones sobre a quién pertenece el interés, por eso cualquier regulación desde el Derecho debería ser abstracta para que todos tengan la misma oportunidad (Casuso 2015: 70).

Como se ha visto en el capítulo anterior, esta abstracción parte del presupuesto que todos los individuos gozan de los mismos recursos o están en las mismas condiciones de satisfacer sus necesidades o pueden participar activamente en la sociedad civil (es decir disponen de patrimonio, capital y participan en el mercado). Sin embargo, existe un gran grupo para quienes no es un hecho el acceso a recursos mínimos para satisfacer sus necesidades, sino que se les presenta como una posibilidad, no actual. Existen asimetrías, diferencias y desigualdades que fueron pasadas por alto al momento de establecer la igualdad abstracta, de manera que hay situaciones de desventaja originarias en la sociedad moderna que se agravan y profundizan conforme esta se desarrolla (Casuso 2015: 70-71). Esta es la gran contradicción del derecho moderno al reconocer la igualdad abstracta.

La consecuencia de esta contradicción, según Hegel, es la desigualdad. Esta homogenización, que tiene como patrón el disponer de patrimonio, capital para invertir y participar en la sociedad de mercado, es nociva para la sociedad moderna, porque no toma en cuenta las particularidades de cada uno de los individuos. Al existir grupos desiguales, a los que no están en capacidad de integrarse a los “niveles de exigencia del mercado”, se les excluye (Casuso 2015: 71). Es decir, que si no pueden participar del mercado, evidentemente tampoco podrán ser partícipes de sus beneficios, de manera que en la dinámica mercantil, para el filósofo, las desigualdades conducen a la invisibilidad y a un permanente estado de necesidad. Todo esto a causa de no contar con los medios o recursos para integrarse a la sociedad de mercado (Casuso 2015: 71-72).

Otra consecuencia es la exclusión. En una sociedad donde los que no poseen medios para integrarse al sistema de mercado son invisibles, la exclusión se sustenta en la irrelevancia social de sus acciones. Además, teniendo en cuenta que la condición para la realización de la libertad es la participación social, entonces la libertad no es universal sino para unos pocos. De forma que los excluidos son aquellos que no pueden realizar su libertad, aun cuando formalmente lo “son” (Casuso 2015: 72). Hegel concluye que la exclusión existe cuando el sistema funciona correctamente, no cuando hay fallas, porque habrá a quienes la imposición del principio abstracto de autonomía condena a la desigualdad y exclusión permanente, porque son abandonados a su suerte cuando se trata de satisfacer sus necesidades, establecer los vínculos que garanticen su participación social y realizar, así, su libertad (Casuso 2015: 72).

Esta es la paradoja de la sociedad moderna que Hegel observa. Esta contradicción esencial se da porque el sistema, mediante el Derecho, se basa en aspectos meramente económicos (patrimonio, capital y la capacidad para hacer negocios) para establecer el patrón de homogenización, dejando de lado las particularidades que cada individuo posee y que podrían ser sus herramientas para integrarse a la nueva sociedad. La autonomía, por ende, queda reducida a ser un privilegio de unos cuantos frente a otro grupo que no puede “ser autónomo” dentro de la misma sociedad, porque no cuenta con los elementos “autonomizadores” (patrimonio y capital). Esta es una primera crítica contundente al dogma de la autonomía hecha desde la filosofía hacia sus consecuencias. Sin embargo, las críticas posteriores arremeterán contra los cimientos mismos sobre los que se basa esta teoría.

2.1.2. Los Maestros de la sospecha

Con ese nombre el filósofo francés Paul Ricoeur se refirió sobre los filósofos Karl Marx y Friedrich Nietzsche y el padre del psicoanálisis Sigmund Freud (Torrallba 2013: 7). Los llamó así porque ellos le sugirieron numerosas críticas y dudas sobre el paradigma de la modernidad. Consecuentemente, sus cuestionamientos pusieron en crisis los fundamentos de la filosofía moderna, de tal manera que durante el siglo XIX la promesa de la modernidad de tener al hombre como un ser autónomo y racional fue puesta en entredicho. Fueron ellos quienes pusieron las primeras piedras para el cambio de paradigma. Nos ocuparemos brevemente de Marx y de Nietzsche para comenzar con el cuestionamiento a la autonomía.

Siguiendo una línea cronológica el primer maestro de la sospecha es Karl Marx. Para este filósofo, el ser humano sí es independiente y autónomo. Sin embargo, el problema está en que se encuentra condicionado al enajenamiento. ¿A qué nos referimos? Todo empieza por la antropología filosófica de Marx. Según el filósofo el hombre es materia pura en movimiento. El mundo externo también es materia, que puede ser conocida por el hombre a través de sus sentidos (Torralba 2013: 45-54).

Al referirnos a materia, debemos recordar que para Marx no existen mundos metafísicos, por lo tanto no existen ni dios ni el espíritu, sólo existe el mundo material. En él, el hombre se crea a sí mismo con su propia acción (*praxis*) y su realización no será en ningún mundo espiritual sino que se dará cuando su acción sea autónoma e independiente. Como se trata de movimiento, ¿cuál es la acción donde el hombre se autoafirma como autónomo? Para Marx es el trabajo, mediante el cual podrá dominar la historia y sobretodo tomar las riendas de su propio destino, siendo independiente (Torralba 2013: 45-54). Sin embargo, el hombre está sometido al trabajo enajenado dentro del sistema capitalista y su acción (trabajo) no es autónoma. Al estar enajenado y además alienado por el sistema económico que le impone prácticas contraproducentes como socialmente relevantes, el ser humano debe liberarse de todos estos condicionamientos que no le permiten ser realmente autónomo mediante un hecho que le de su verdadero lugar en el mundo: la revolución (Torralba 2013: 45-54).

Hasta este punto se entiende que Marx no niega que el ser humano pueda gozar de autonomía, sino que esta se encuentra condicionada por el sistema. Inclusive para Marx, cuando el hombre sea verdaderamente autónomo, luego de la revolución, esta no será sólo en términos éticos, como en Kant, sino cuando sea amo de sí mismo en todos los aspectos, como en su trabajo y la economía. Por eso su concepción de la autonomía era más radical. No obstante estas críticas, Marx no sale del ideal ilustrado de la modernidad que busca el máximo de autonomía para el individuo.

Así mismo, tampoco deja de lado la confianza en el progreso, que es tan característica de la modernidad. En Marx encontramos que la sociedad puede llegar a un nivel de desarrollo donde todos pueden ser libres y autónomos, en su utopía comunista, lo cual implica un optimismo marcadamente moderno. En conclusión, con Marx vemos el cuestionamiento a la

autonomía en tanto que él la niega y la propone como una posibilidad para un futuro, mientras los filósofos modernos la tomaban como una condición del ser humano.

El otro filósofo que criticó fuertemente a la modernidad fue Friedrich Nietzsche. Cuestiona el fundamento mismo de la modernidad: el sujeto. Desde Descartes hasta Hegel, se ha dado como condición fundante de la substancia, que en el hombre es la razón, la existencia del sujeto. Por eso, si se niega o pone en crisis el concepto de sujeto, no habría posibilidad de ninguna metafísica ni de las nociones que han sido creadas en la modernidad “a imagen del sujeto” como la autonomía (Colomer 2002: 319). Llama a todas las construcciones hechas a partir de sujeto ficciones del yo, porque son creaciones hechas para “aprehender el devenir”: en eso radica su utilidad. De manera que podemos entender que para Nietzsche, como radical opositor a la modernidad, niega la posibilidad de una autonomía como un concepto inherente al ser humano y una condición para su desarrollo. En suma, la autonomía no es natural al ser humano.

Estos dos filósofos abrieron una puerta de cuestionamiento a la modernidad y al concepto mismo de autonomía en el ser humano. Poner en crisis la base de la autonomía como su inherencia en el ser humano o dudar de la construcción del individuo mismo (Nietzsche) o condicionarla al sistema (Marx) marcó el desmoronamiento de la modernidad. No se pudo pensar o filosofar de la misma manera luego de estos filósofos. En este punto se marca el fin de sus bases filosófico-conceptuales sobre las cuales se construyó la autonomía y que dieron sustento al individualismo jurídico. Producido del ocaso de la modernidad, sobrevino la contemporaneidad filosófica con nuevas formas de pensar al hombre, y desde luego a la autonomía, ¿En la actualidad cómo se entiende el pensamiento filosófico en cuanto al ser humano?

2.1.3. El paradigma contemporáneo

Luego de los maestros de la sospecha, se dieron dos nuevas actitudes en la filosofía. En primer lugar se dio una crisis de la fe en la razón. Ya con Marx se había puesto en manifiesto que la razón, al igual que el hombre, puede estar alienada. Esto aleja al hombre de ser pura racionalidad. Con Nietzsche se rechaza la razón y con ella la lógica y la metafísica, donde se desarrolla la razón (Colomer 2002: 23). Todo esto se tradujo en que la relación del hombre con el mundo no se va a entender desde la razón. Por ejemplo, Heidegger, filósofo alemán del siglo

XX, renuncia expresamente a los conceptos de la racionalidad que se considera autosuficiente, es decir de la razón moderna.

Por otro lado, se produjo una crisis de la subjetividad. Si bien en la modernidad se logró colocar al sujeto como ente que puede conocer de manera infinita y sin condicionamientos, en la contemporaneidad, al contrario, se rechaza esa idea y se coloca al hombre como un ser finito. El hombre no sólo conoce, no tiene solamente relaciones cognoscitivas, sino que también se relaciona con el medio que le tocó vivir, es decir tiene condiciones históricas (Colomer 2002:24). El sujeto se vuelve un ser trascendental, que no está aislado en el mundo, tiene un ámbito humano donde se reconoce a sí mismo y reconoce también al otro. Por eso ahora se sitúa al hombre en un mundo que es común a otros sujetos (Colomer 2002: 389). Este es el salto trascendental de la subjetividad a la intersubjetividad.

El nuevo paradigma de la contemporaneidad es la intersubjetividad. Esta se caracteriza por situar al ser humano en un horizonte de interpretación, es decir una ubicación histórica desde donde comprende el mundo. Este descubrimiento lo hizo el filósofo Wilhelm Dilthey quien en busca de la dimensión histórica de la vida, desarrolló la idea de conciencia histórica. Esta es el punto de partida del verdadero conocimiento porque no parte de abstracciones, sino que el ser humano reflexiona sobre sí mismo sobre lo que es (*autognosis*) y sobre lo que fue o su historia (Colomer 2002: 338-342).

En este sentido, el ser humano no va a comprender desde conceptos o abstracciones, sino desde sus vivencias. De hecho, sus vivencias incluyen recuerdos de su interacción con otros sujetos, entonces desde sus experiencias el hombre va a entender al otro y así, finalmente, comprenderá la vida en sus expresiones históricas (Colomer 2002: 343-344). En suma, para Dilthey, el ser humano comprende el mundo a partir de sus experiencias de la vida, no surgen de la razón sino que es la elevación de la vida al nivel de la conciencia (Colomer 2002: 346).

Cuando surge la fenomenología del siglo XX, los filósofos toman las investigaciones de Dilthey como la base. Edmund Husserl, el padre de la fenomenología, coloca al ser humano como un ente en el mundo, es decir que todo conocimiento estará integrado a un medio, que se plantea como un subsuelo donde se asienta el ser y lo que conoce (Colomer 2002: 393-394). En este mundo existen otros sujetos. Estos son comprendidos a partir de la reflexión de sujeto sobre sí mismo: así como el “yo” vive en el mundo, el “otro” también vive en él, entonces

ambos son sujetos (entes) en el mundo que se relacionan y se influyen recíprocamente. Para Husserl, ya no es dable entender al yo como una subjetividad aislada, sino como una “intersubjetividad” que reconoce al otro dentro de un mundo (horizonte) común a sí mismo (Colomer 2002: 385-389).

Los dos filósofos anteriores son el punto de partida para Martin Heidegger, quien lleva la reflexión de ser como intersubjetividad a un nivel de evolución más alto. Para este filósofo el ser humano se entiende en términos de un ente, cuyo ser va aconteciendo mediante su existencia. La esencia del ser es, pues, su existencia, que lo determina porque es su modo de acontecer. El punto de partida de Heidegger es la vida del ser, que se desarrolla en el mundo. Contra el sujeto sin mundo que Descartes puso como centro de las meditaciones, en el siglo XVII, Heidegger presenta al hombre como un ente que tiene una determinación de ubicuidad, es un “ser-en”. Entonces no se puede concebir al ser sino en relación con el mundo, porque ahí se desarrolla. El ser humano es eminentemente un “ser-en-el-mundo” (Colomer 2002: 499-510).

Dentro de este mundo, donde acontece la existencia del ser, este no está solo. También existen objetos, que pueden entrar en relación de funcionalidad con el ser, tomándose como utensilios. Sin embargo, el punto más importante es la presencia de los demás seres humanos, quienes para Heidegger son concebidos como otros “ser-en-el-mundo”. Al entrar en relación con los otros se forma un “mundo común” donde la interacción producirá en el ser una serie de comportamientos condicionados a su propia existencia, lo que en términos más sencillos significa: a sus vivencias. En la relación con los otros es que Heidegger establece dos formas de interacción más comunes: de dependencia o de libertad, dependiendo de las posiciones de cada uno de los seres en el mundo común (Colomer 2002: 508-514).

En conclusión, ya con Heidegger no es posible pensar al hombre sin relacionarlo con su medio y con los otros. Es la madurez del nuevo paradigma contemporáneo que se sitúa en la palestra de las meditaciones filosóficas. Así, podemos comprender que el desarrollo del paradigma intersubjetivo trajo consecuencias en la aproximación a la autonomía de los particulares, al haberse desmoronado todos los presupuestos teórico-filosóficos de esta categoría. Ya no se le puede pensar en los mismos términos.

En efecto, los presupuestos de la modernidad, que sostenían a la autonomía, en la contemporaneidad han sido rebatidos y desplazados. Se pasó de la razón subjetiva a la razón comunicativa o dialógica, es decir, aquella que no puede ser pensada sin la interacción con los otros sujetos que están ubicados en el mismo mundo (Habermas 2008: 321-343). Al analizar la evolución de la filosofía descrito en las líneas precedentes, Habermas se da cuenta que el discurso filosófico moderno, que se constituyó como base de la autonomía, fue producto de un proceso que quiso ocupar todo pero que no poseyó la fuerza para “asimilar la estructura del todo” (Habermas 2008: 341). Esto quiere decir que pretendió tener alcances generales en todos los hombres pero no tomó en cuenta justamente a todos los hombres, con sus particularidades y sus mundos de la vida, que la filosofía contemporánea descubrió para todo análisis posterior.

Aplicado a la autonomía, se explica que esta haya sido elaborada como una abstracción de alcance general, establecida como un elemento previo (un *a priori*) inherente a todo individuo. Podemos entender que, al ser pensada idealmente, no se contempló la inter-relación de los individuos autónomos más que como la realización de la libre expresión de la voluntad -que el ordenamiento debía garantizar-. Sin embargo, el problema de la autonomía moderna está en sí misma al ser un concepto abstracto. La abstracción no permite tomar en cuenta justamente lo que la filosofía contemporánea descubrió, que el sujeto se encuentra situado en un medio y relacionado con otros sujetos, es decir sus condicionamientos particulares.

Así el discurso moderno de la autonomía se presenta, en términos Heideggerianos, como una forma de ser en el mundo, que tiene un trasfondo que lo condiciona, un “mundo” donde se desarrolla. Pero existen otros mundos, con otros discursos alternativos que no tienen como fundamento a la filosofía moderna. Así, la vigencia de la autonomía y su discurso se queda limitada a los sujetos que integran su propio mundo, pero no para todos. Siendo así, ya no cumple con sus pretensiones de ser absoluto y de alcance general sino que se vuelve un ámbito restringido. Por lo tanto, la autonomía fracasó en su propio ser abstracto, no es lo que se pensaba que era. Al quedar en ese estado inconcluso, ya no hay fenómeno que el Derecho deba proteger por lo cual este también queda inconcluso.

Habiendo establecido el fracaso de la autonomía al confrontarse diferentes mundos que enarbolan diferentes discursos, diferentes maneras de ser-en-el-mundo, queda preguntar

¿cuáles son los factores que pueden hacer que las comprensiones sean disímiles? La respuesta es obvia: el mundo de la vida y sus condicionamientos. Entonces, responder la pregunta implica explorar el mundo de la vida, sus particularidades y sus predeterminaciones, objetivamente. En este punto la filosofía se vuelve insuficiente porque se trata de analizar procesos propios de la sociedad que integra -y está situada en- el mundo de la vida. Por lo tanto se debe apelar a otra disciplina que comprender las características que determinan la realidad del mundo de la vida. De esta manera es que apelamos a las ciencias sociales para encontrar una explicación.

2.2. Análisis “social” de la autonomía de los particulares

2.2.1. Hegemonía como factor previo-necesario a la desigualdad

Cuando se derrumbó el antiguo régimen, el espíritu de la modernidad desapareció la determinación social, es decir la predeterminación de un sujeto a permanecer toda su vida en el estamento donde nació. Así, los que nacían nobles morían como tales, y de igual manera los plebeyos. Luego del ascenso del nuevo régimen, donde idealmente todos los individuos son igualmente libres aparece una nueva dimensión de la sociedad: la política. ¿A qué nos referimos? En las sociedades antiguas y medievales, lo político no constituía un ámbito específico o independiente porque existían los estamentos y las personas estaban integradas a ellos por naturaleza, esto es, por una determinación económico-social sustentada en relaciones ético-religiosas sacralizadas por la divinidad (Poulantzas 1969: 57).

Sin embargo, en la sociedad capitalista, aparece el carácter político de la sociedad fundamentado en la separación de la sociedad civil y el Estado. En este orden, el conjunto de individuos, que son formalmente libres e iguales, se relacionan en el sistema capitalista y pugnan por el poder (Poulantzas 1969: 57). Al ser formalmente iguales, no existe un grupo social predeterminado para ejercer el gobierno porque en teoría este es una representación de todos los integrantes de la nación, de ahí el carácter político de esta sociedad. Así mismo, los intereses que rigen el gobierno deben encarnar los de la totalidad de sus integrantes. Sin embargo, esto no funciona así.

Desde el nacimiento del Estado moderno, la sociedad civil –entendida como el espacio de interacción donde confluyen los actores sociales, llámese ciudadanos, empresas, agrupaciones y

otros fuera de la actividad estatal— ha sido el punto de encuentro de las contradicciones de los intereses privados. El Estado debería personificar todos estos, dándoles la igualdad de oportunidad para desarrollarse, pero no lo hace porque sólo encarna los intereses de quienes detentan el poder. Al tener un alcance general en todos los ámbitos de la sociedad, debido a su estructura, la acción del Estado va a “universalizar” los intereses de la clase dominante, la que tiene el poder (Poulantzas 1969: 56). Para tener claro quien detenta el poder en el sistema capitalista, veamos la histórica. A partir de la revolución francesa, se abrió un ciclo de revoluciones que fueron destinadas a fortalecer el poder de la clase ascendente: la burguesía. Por tanto, en la sociedad moderna, el Estado, desde su nacimiento, encarna los intereses de la clase burguesa.

Así llegamos a que:

[...] en sus relaciones con las estructuras objetivas del Estado, estos intereses [de la clase dominante] no están transpuestos bajo su forma “inmediata” de intereses privados sino que deben revestir una forma mediatizada verdaderamente política y presentarse como encarnando el interés general de toda la sociedad. (Poulantzas 1969: 53)

Esto quiere hegemonía, la presentación de los intereses de la clase dominante, que son presentados como los intereses generales, formales y abstractos de toda la nación (Poulantzas 1969: 62). Es una forma de aprovechar la universalidad de los fundamentos del Estado – libertad, igualdad y autonomía- para establecer una jerarquía de intereses de hecho.

La hegemonía se va a sustentar en dos campos de dominio. Por un lado, en el dominio de las prácticas políticas, donde las clases dominantes establecen una agenda de ejercicio de derechos. Por otro lado, el dominio de las estructuras políticas institucionalizadas, es decir las instituciones que se van a encargar de ejecutar la agenda establecida anteriormente (Poulantzas 1969: 62). Es la aptitud de la clase hegemónica para estructurar el sistema, estableciendo parámetros de formalidad, de acuerdo a sus intereses (Ancada 2012: 143). De esta manera, la clase hegemónica va a ejercer el control de facto del ejercicio de los derechos de acuerdo a sus intereses. Aspectos de la vida en sociedad como las normas o el acceso a la justicia se van a ver influidos por los intereses hegemónicos, porque estos van a ser convertidos en la formalidad.

En suma, existirá un grupo hegemónico que se va a presentar como la formalidad o punto de referencia del desarrollo ideal de la nación.

Si los intereses hegemónicos son los que se encargan de establecer los derechos y su ejercicio, hay un defecto de origen: los grupos no hegemónicos no estarán en las mismas condiciones de desarrollarse plenamente, porque sus necesidades no se verán figuradas en las normas o en las políticas públicas que fueron establecidas de acuerdo a otros intereses. De manera que desde los fundamentos, el sistema establece una desigualdad de posibilidades de desarrollo. Esta disparidad se podría transformar en una barrera para el crecimiento de los sectores no hegemónicos.

2.2.2. Desigualdad

¿Qué entendemos por desigualdad? Los enfoques que se han tratado en nuestro medio académico han sido variados en los últimos 50 años. Durante la década de los años 60 del siglo XX, predominó la teoría funcional estructuralista. Se pensaba que la desigualdad era producto de la estratificación social, donde era percibida como un estímulo para el desarrollo individual cuando existe una economía de mercado que funciona, las libertades políticas y los derechos son garantizados. Cuando estas no están vigentes y la movilidad social es limitada, el mercado no funciona, la desigualdad se convierte en un problema en el marco de la modernización –una sincronía por tener formas de desarrollo más lentas que las urbes modernas– que se debía orientar desde la política para darle solución (Tanaka 2014: 62-63).

En los enfoques marxistas, la desigualdad es una consecuencia de la teoría de las clases sociales, siendo una expresión de la explotación. La solución vendría con el cambio en la lógica de la acumulación del capital, que pase de las manos privadas a un sistema socialista (Tanaka 2014: 66-69). Para la década de los 80 se recuperó la figura de Antonio Gramsci y de la teoría de la hegemonía, donde se buscará la creación de un grupo “nacional-popular” que diera una lucha contra hegemónica a las clases dominantes. Otros buscaron el origen de la desigualdad como un problema de la informalidad (Tanaka 2014: 70-72). Finalmente, en la era del neoliberalismo, la desigualdad entró en una identificación con la pobreza, de manera que la lucha tendría que ir enfocada a los problemas de pobreza. Aquí el Estado no podría tener un papel redistributivo sino de promoción de la inversión privada como medida de solución (Tanaka 2014: 73-74).

Todos estos enfoques comparten un presupuesto clásico de la economía, donde la desigualdad se concentra en la diferenciación de la distribución de los ingresos en las personas. Tiene sentido esta definición en economía porque se concentra justamente en los términos comparativos de ingresos. El aporte de la economía es establecer que la desigualdad es un criterio relacional en tanto compara situaciones, como la dispersión del bienestar expresado en la superposición de niveles de pobreza y riqueza en un mismo territorio (Figueroa, Altamirano y Sulmont 1996: 1).

Por otro lado, el sociólogo estadounidense Charles Tilly (2000: 38) amplió los alcances conceptuales de la desigualdad y la definió en términos de desigualdad humana, como “la distribución dispareja de atributos entre un conjunto de unidades sociales tales como los individuos, las categorías, los grupos o las regiones”. Por ser más amplia en sus consideraciones, consideramos que aporta al estudio de la desigualdad una dimensión más aparte de las referidas a ingresos.

Sin embargo, un economista, Amartya Sen, criticó las posturas que sólo consideran los niveles de ingreso señalando que este tipo de desigualdad, la económica, es inacabado (Sen 1997: 18). Para tener un panorama completo de la persona en la medición de la desigualdad, se debe observar la calidad de vida de las personas, que debe ser valorada en función de sus capacidades para lograr las prácticas que tienen valor para ellos (De los Ríos 2014: 203). Previamente, para llegar a su concepción de la desigualdad, parte de una idea amplia de pobreza.

En la teoría económica clásica se ha entendido a la pobreza como la falta de ingresos o escasez de ingresos, sin embargo para Amartya Sen (1997: 240-243) la pobreza se puede concebir como una privación de capacidades. ¿Capacidades de qué? De “evitar el hambre, la desnutrición o la carencia de una casa” (1997: 240). Esta concepción de pobreza va más allá de capacidades de subsistencia personal. Abarca también lo que Sen llama “capacidades sociales”, que son las posibilidades de ejercer derechos en la sociedad. Para esto Sen utiliza como ejemplo la “participación en la vida de la comunidad” para explicar el correcto ejercicio de los derechos sociales o políticos. (1997: 244)

Esta concepción de pobreza, aunque no lo apunta Sen, abarca también una dimensión jurídica muy importante. La privación de las capacidades implica, así mismo, que las personas sumidas

en el estado de pobreza no puedan hacer valer como efectivos los derechos y **capacidades** individuales frente a los demás que si los pueden hacer valer. Una capacidad que claramente se ve limitada en su accionar es la autonomía de los particulares. Las personas que quieran hacer valer su autonomía, expresándola en elecciones libres, no podrán hacerlo debido a que estarán condicionados a las necesidades básicas. Esta condición de pobreza subordinará sus preferencias.

En ese sentido, los sectores más desarrollados son los que han logrado mayor expansión de las libertades que sus integrantes valoran. Así, la desigualdad no se queda en el concepto clásico de distintos grados de acceso a bienes y servicios para satisfacer necesidades de los individuos, sino que se ampliará a ser la diferencia de las capacidades para poder realizar actividades socialmente valoradas dentro de su medio (De los Ríos 2014: 204-205). Estas “capacidades” se refieren a las libertades de las personas para poder desenvolverse de acuerdo a sus creencias o preferencias.

¿Cómo se refleja esta desigualdad en nuestro país? Para responder esta pregunta, se va a hacer un breve recorrido por la desigualdad en la historia del Perú para tener claro que tanto nos ha venido afectando esta patología en nuestro devenir como país. Luego, veremos cómo se desarrolla la desigualdad en nuestra sociedad actualmente para entender qué libertades se afectan y cómo esto influye en la autonomía de los particulares.

2.2.3. El carácter histórico de la desigualdad

Analizando brevemente la historia de la desigualdad de nuestro país, podemos afirmar que en el Perú no hay ni ha existido un desarrollo económico equitativo para todas las regiones. Han existido varias teorías para intentar explicar el origen de la desigualdad en nuestra región, como la teoría de la dependencia o el enfoque institucionalista. El economista Carlos Contreras en su estudio de los orígenes de la desigualdad en nuestro país hace notar que, según la teoría institucionalista, en la diferencia histórica de los países desarrollados y los no desarrollados radica en que mientras las instituciones de los primeros buscaron en su origen garantizar los derechos y propiedad de las mayorías, en los países no desarrollados las instituciones creadas buscaron resguardar los derechos de las élites minoritarias en su afán de conseguir propiedad, bloqueando el desarrollo de la mayoría (Contreras 2012: 4).

Basándose en el trabajo de Acemoglu, Contreras refuerza que en las regiones donde existieron grandes imperios, la cantidad de conquistadores fue reducida debido al alto riesgo de fracasar en la empresa. Entretanto, en las sociedades pre-coloniales menos desarrolladas, la cantidad de conquistadores fue mayor. Aplicando el enfoque institucionalista, en las regiones donde hubo menos conquistadores se impusieron instituciones donde se asegurara el provecho de estos y el control sobre la gran mayoría indígena, haciéndose más sencilla la imposición de actividades extractivas, como la mita, que generaran desigualdad en el origen de la sociedad (Contreras 2012: 5-6). En la época del virreinato la desigualdad era estructural a la base de las jerarquías sociales, pues como en toda sociedad estamental, la característica principal era la inmovilidad de los individuos en los estamentos.

Sobre el final del periodo colonial y el inicio de la república peruana hay posturas que explican que la desigualdad de esta época se debió a la inestabilidad política generada por las guerras de independencia y las otras internas post-independencia (Contreras 2012: 6). Se sentaron las bases de una desigualdad que sería transversal a la sociedad peruana del siglo XIX que no dejaba sus elementos tradicionales, a pesar de que los impulsos modernizadores de las élites (Trazegnies 1992: 57-75; Gonzales 2014).

A lo largo del resto de la historia republicana del Perú, como Flores Galindo y Burga nos muestran, las diferencias que existían entre la ciudad y el campo se mostraron más marcadas en cuanto a sus desarrollos económicos durante todo el siglo XIX y los inicios del XX. Durante este tiempo la costa, punto de asentamiento de la oligarquía, estableció su hegemonía no sólo económica, sino política y social (Burga y Flores 1987: 12-19). Más adelante, en el resto del siglo XX, la preeminencia del desarrollo se consolidó en la costa con el establecimiento de los precarios espacios industriales.

Se debe añadir un elemento muy importante: la balanza de la población, que a la par que aumentó se volvió mucho más urbana, debido a los fenómenos migratorios desde la sierra hacía las urbes costeñas. De dos millones y medio que registró un censo de 1950, en donde la mayoría era la población del campo, en 1993 la población del Perú creció a más de 19 millones, de los cuales dos tercios habitaban en las regiones urbanas (Bonilla 2009: 145). Todo esto trae como consecuencia desigualdad en tanto posibilidades de desarrollo en cada área geográfica. En la actualidad, la tendencia no ha cambiado. El desarrollo capitalista se ha asentado

hegemónicamente en las zonas urbanas, mayoritariamente en la costa, mientras que en las zonas rurales, el sistema económico tiene un desarrollo diferente, de características tradicionales, agropecuarias de menor cuantía y con poco desarrollo capitalista. En suma, la desigualdad estructural y originaria de nuestra sociedad continúa presente.

2.2.4. La desigualdad actual

No es novedad decir que nuestro país padece de desarrollos desiguales en toda la extensión de sus territorios. Así podemos ver que históricamente las zonas de la costa han tenido un desarrollo industrial más amplio que en la sierra o en la selva, como también se puede ver que la economía de la sierra es eminentemente agrícola. Otro aspecto de nuestra diversidad es que la densidad poblacional mayoritaria se encuentra en la costa, mientras que en las otras zonas naturales el panorama es distinto.

Esto quiere decir que el desarrollo en materia económica también es desigual. Mientras que en la zona costera el desarrollo capitalista se ha dado con más impulso, en las zonas de la sierra no ha ocurrido la misma suerte. La economía de la sierra, en su mayoría, mantiene un tinte distinto al capitalista, por eso es que en muchos casos, últimamente, hemos sido testigos de numerosos conflictos sociales en todo el país. Estas han sido protagonizadas por mineras (es decir, empresas, un fenómeno propiamente capitalista) y poblaciones, que mantienen una serie de elementos tradicionales en su haber cultural.

La lectura que se le puede dar a estos fenómenos es que dos tipos de economías, además de estar conviviendo, se están confrontando. Se confrontan dos formas de organización social. Por un lado, la del hombre o población que no cuenta con las condiciones para el desarrollo del capitalismo y por el otro a la persona o empresa, que viene de un centro de desarrollo capitalista avanzado.

Estas diferencias económicas, ¿qué consecuencias pueden tener en el desarrollo cotidiano de las personas? En un lenguaje sencillo: la diferencia de los desarrollos económicos hace que el menos desarrollado sea excluido del ámbito de acción del más desarrollado. Esto se nota aún más en la lógica del mercado, que coincidentemente es la que mantiene la parte de mayor desarrollo en nuestro país. El despliegue de la lógica de mercado genera dos grupos: los que tienen acceso al mercado y los que no lo tienen. Lamentablemente, consideramos que no hay

punto intermedio, ya que tener un pequeño o mediano acceso al mercado, es ya un acceso en sí mismo.

2.2.5 La Exclusión

¿Qué se entiende por exclusión? Es la limitación que se da en ciertos grupos sociales de participar en ámbitos de la vida social o colectiva considerados relevantes (Figuroa, Altamirano y Sulmont 1996: 19). Esta es consecuencia de la desigualdad, en tanto es contraria a la integración social. Encontramos tres tipos de desigualdad. La primera es la económica, cuando los individuos no pueden participar activamente del sistema productivo hegemónico. La exclusión cultural es comparada con la marginación de grupos sociales que no comparten los códigos básicos de comunicación o no pueden interactuar en espacios relevantes dentro de la sociedad, por causas de idioma, educación, entre otros. En la exclusión política, los individuos no tienen garantizados el ejercicio de sus derechos. Es decir, se les limita prerrogativas básicas como la libertad, la participación política o el desarrollo de la personalidad. Este tipo de exclusión se refiere en general a los derechos civiles y sociales. El activo social, de tipo político, que se está restringiendo es el acceso a derechos (Figuroa, Altamirano y Sulmont 1996: 20-22).

Figuroa resalta que la exclusión es un rasgo persistente de los gobiernos de corte elitista, como a nuestro parecer es el sistema neoliberal del Perú. Trae consecuencias en el ejercicio de la ciudadanía, que se sustenta en el libre ejercicio de los derechos fundamentales. A su vez, la garantía de estos se sujeta en los principios de la igualdad y de la autonomía (Figuroa, Altamirano y Sulmont 1996: 39-40). Por lo tanto, el “campo de batalla” de la realización de los derechos es el mismo que combate la desigualdad económica, porque no es compatible con la igualdad política o jurídico formal.

¿Cuál es la contradicción? Las situaciones de desigualdad colocan, así mismo, dos posturas excluyentes: las que están en el ejercicio del poder político y económico, correspondiente a la clase hegemónica; y las que no son integrantes de esta parte dominante, que se ven excluidas. A esta última clase la llamaremos marginal porque la entendemos como el grupo social, que perteneciendo a un mismo orden político, no se encuentra identificado o incluido en la organización de la estructura política ni en las prácticas derivadas (Rosas 2011: 15).

En este sentido, las clases marginales no podrán mantener un estándar de negociación paritaria con los sujetos de la posición hegemónica, lo cual ocasiona que en el campo de lo político tampoco se les permite ejercitar plenamente sus derechos y prerrogativas, manteniéndose al margen del goce pleno de los derechos.

El problema es el reconocimiento formal de los derechos y su entrega efectiva. Cuando se trata de derechos en general, sean civiles o fundamentales, la ruptura entre la formalidad y la praxis se expresa en la administración desigual de justicia, conductas discriminatorias o tratamientos diferenciados que no son sancionados jurídicamente. Estas prácticas diferenciadoras generan la exclusión de derechos fundamentales. Así se crean distintas categorías de ciudadanías, a pesar de que en la formalidad todos los individuos deben estar incluidos en esta categoría (Figueroa, Altamirano y Sulmont 1996: 41-46).

Así es como llegamos a la paradoja de Okun (1975), según la cual la democracia capitalista, como la nuestra, funciona bajo una doble norma (moral): mientras el sistema de mercado genera desigualdad y exclusión, el sistema político predica la igualdad. Si los excluidos no tienen cómo garantizar sus derechos y desarrollarse autónomamente, ¿cómo es superar esta contradicción de origen de nuestro sistema? Según Okun mediante la garantía de derechos. ¿Cómo llegar a garantizar el ejercicio de los derechos?

2.2.6. Ciudadanía inconclusa

De manera similar a la paradoja de Okun, Sinesio López, anota una tensión entre la desigualdad y un concepto clave en las democracias modernas: la ciudadanía (López 2012: 83). Nos encontramos ante la contradicción de la lógica de mercado y el sistema democrático: la igualdad formal de derechos contra la desigualdad práctica generada por el sistema económico. Si bien existe la idea de que en la sociedad moderna, todos los ciudadanos, al ser titulares de derechos igualitariamente, tienen acceso igualitario a todos los espacios de participación social, en la práctica, la desigualdad económica, al generar sectores excluidos, no permite que esa participación no sea plena.

Siendo la ciudadanía el campo de la realización de los derechos de los individuos, vemos que esta correlación se ve desfigurada cuando existe desigualdad porque en principio se reduce el acceso a los recursos y a las prácticas socialmente relevantes –exclusión–, se limita el ejercicio

de derechos, tanto fundamentales como sociales, y se disminuyen las condiciones de bienestar (Remy 2014: 159). Así, las brechas de desigualdad rompen con la universalización formal de los derechos, generándose una superposición de grados de ciudadanía diferenciadas (Remy 2014: 160). Por un lado, los que si pueden ejercitar sus libertades y derechos. Por otro, los que ven limitadas su campo de participación social frente a la formalidad.

El Derecho se presenta como un ideal de regulación igualitaria, universal y abstracta para todos los individuos-ciudadanos. Por eso no contempla en su regulación las contradicciones que se producen a raíz de la desigualdad (Araujo 2009: 46) ya que es el campo de la formalidad. No se debe perder de vista que este ordenamiento encarna el discurso hegemónico, sustentado en el dominio de las estructuras políticas institucionalizadas (Poulantzas 1969: 62), de manera que el sistema debe garantizar lo establecido. Así, este discurso de universalidad abstracta se presenta como una plantilla que se debe aplicar a la totalidad de la sociedad civil como si se tratara de un terreno uniforme. Sin embargo, esta no es homogénea sino desigual y fragmentada por la exclusión.

El carácter universal y abstracto, tal como en la filosofía moderna, son la clave de su fracaso. Los desequilibrios en las relaciones de poder económico y político no permiten que el desenvolvimiento sea el esperado, porque el desarrollo del Derecho no es uniforme en las situaciones desiguales. La función del Derecho formal en las clases hegemónicas y en las marginales es dispar, porque las prácticas socialmente relevantes en ambos extremos cuentan con sus propias particularidades.

Ambos sectores reaccionan de una manera diferente. Por un lado, el hegemónico utiliza de acuerdo a sus necesidades las herramientas que brinda el ordenamiento, y por otro, los marginales se valen en un grado mínimo o no se valen en absoluto del sistema formal para sus relaciones interpersonales. Estas situaciones responden a criterios de desarrollo económico, en la clase hegemónica las relaciones económicas y sociales son las de una sociedad capitalista-industrializada, mientras que en el sector marginal, por el hecho de encontrarse excluidos, sus relaciones revisten un carácter tradicional. Sin embargo, no quiere decir que los grupos sociales de las clases marginales sean disfuncionales o tiendan a la desaparición. Existen y subsisten. Esto es porque cuando un conjunto de sujetos pertenecientes a un mismo grupo social, se relacionan entre sí, sus prácticas socialmente relevantes son valoradas uniformemente por ellos

mismos. Se maneja un mismo código de interpretación. El problema se suscita cuando se tienen que relacionar con sujetos de otro grupo social que maneja otro código de interpretación, como por ejemplo el hegemónico.

Lo que ocurre es que la clase hegemónica tratará de imponer su lógica económica. Este hecho traerá repercusiones en el Derecho, porque la economía predominante también carga consigo su razonamiento jurídico. Así es como ambas entran a relacionarse con las otras comprensiones. Más aún, si este discurso económico y sus implicancias jurídicas son discursos oficiales y sustentan la formalidad, el Estado mismo será quien garantice no que estas lógicas diversas se relacionen, sino que imponga la lógica formal. Ugo Mattei, describe a esto en términos de imperialismo jurídico (2013: 141) porque se habla de un trasplante no sólo de formas económicas, sino de imposición sobre otros habitantes de “las reglas e instituciones jurídicas formales” que corresponden a la economía hegemónica.

En estas situaciones de tensión es que se puede evaluar si el acceso a los derechos es garantizado por el Estado o, en su defecto, qué es lo que ocurre con ellos. Uno de los aspectos básicos de los derechos es la autonomía, porque en teoría es un elemento fundante del sistema jurídico formal. Vamos a medir lo que sucede con la autonomía de los particulares cuando sujetos de las clases marginales son abordados por sujetos de la clase hegemónica.

2.3. La autonomía desde los márgenes

Para poder hacer una evaluación de lo que ocurre con la autonomía de los particulares, se necesita de un parámetro desde el cual partir. Para el presente caso, se va a recurrir a un criterio utilizado en la antropología jurídica: la performatividad de los derechos. Se hace referencia a la capacidad que tiene el Derecho de hacer que expresiones pensadas en forma ideal, como las normas, los principios, las sentencias, adquieran vigencia en la realidad y la transformen (Guevara 2009: 111-112). Este efecto se da porque los mismos operadores jurídicos le dan legitimidad mediante su ejercicio o, en el caso de los derechos, permitiendo el acceso. Es decir, su actuación se hace real, no queda en una mera declaración (Guevara 2009: 111-112). Consideramos a este carácter performativo del Derecho de suma importancia porque nos puede ayudar a medir si la autonomía de los particulares tiene validez social y se aplica en la realidad social.

En el caso de una institución como la autonomía de los particulares veremos que tiene diferentes grados o formas de performatividad en virtud de su desarrollo en situaciones de conflicto. Por ejemplo, en la situación descrita líneas arriba donde personas pertenecientes a un mismo medio se relacionan y realizan sus actividades cotidianas, podemos notar que todos gozan del mismo grado de autonomía, expresada en que todos son titulares de la misma libertad dentro su propio medio, donde todos valoran de acuerdo al mismo código de conducta.

En ese sentido, las operaciones –negocios- que realizan son conocidas entre ellos, de manera que cuando manifiestan su voluntad, esta se encuentra formada libremente porque conocen los alcances del negocio que han celebrado. De esta manera están expresando su autonomía dentro de su ámbito habitual. Entonces, al no se ve afectada, el grado de performatividad será pleno porque pueden expresarse libremente conociendo los alcances que tendrá su manifestación de voluntad. Siempre dentro del mismo entorno. Análogamente, ocurrirá tanto en las economías con mayores desarrollos capitalistas, como en las de corte tradicional. En una con operaciones –negocios jurídicos- más complejas y en la otra con situaciones consuetudinarias, respectivamente, pero en ambas habrá un ámbito de libertad en donde sus integrantes se pueden desenvolver autónomamente, porque al conocer los alcances de sus decisiones, se conducen en un ámbito de libertad.

¿Qué sucede cuando las clases hegemónicas y las marginales se encuentran? Los ámbitos de negociación ya no serán los cotidianos. De manera que habrá una coalición de formas de abordar la autonomía de los particulares. Mientras un extremo goza de mayores conocimientos sobre el ámbito de negociación, el otro no cuenta con la información necesaria para negociar al mismo nivel. Las esferas de libertad de elección se encuentran limitadas por el desconocimiento, por lo tanto la autonomía de los particulares se ve, también, menoscabada. El grado de performatividad de la autonomía se reduce considerablemente.

La marginalidad también se expresa en términos baja performatividad de la autonomía frente a la clase hegemónica. Se puede advertir que como criterio relacional la desigualdad económica - que comprende la exclusión del mercado y a la información-, tiene consecuencias también relacionales. Una persona excluida, en comparación a una que está incluida, no puede desenvolverse con total libertad dentro de la lógica del mercado, porque no conoce todos los

elementos necesarios para poder ser completamente autónomo y poder manifestar su voluntad con total libertad.

Como afirma Mattei, cuando se relacionan las clases hegemónicas y marginales no sólo se trata de imponer reglas e instituciones, ni solamente una lógica de mercado, sino de todo un aparato ideológico que se encuentra detrás, que se puede entender como “conciencia jurídica” (2013: 141). En este contexto imposición de no sólo mercado, sino de instituciones y conciencia jurídica, la autonomía de los particulares que son víctimas se ve bombardeada por todos los flancos. La lógica no se queda en el mercado meramente, porque se extiende a los aspectos que van de la mano con este, como es la información: el mercado trae consigo información sobre los bienes y servicios que comprende. Esta posibilidad de conseguir información sobre diferentes aspectos, no sólo de las relaciones económicas que trajo el mercado, sino políticas, sociales y hasta jurídicas, inclusive, se ven acotadas a los límites del mercado. Entonces, no será extraño que en las zonas donde la lógica de mercado, y el capitalismo, no se ha desarrollado ampliamente, las posibilidades de acceso a información también estén limitadas.

Como se puede apreciar, cuando la clase hegemónica se relaciona con operadores sociales marginales se produce la imposición de lógicas económicas y jurídicas. Esta se da porque frente a las racionalidades hegemónicas, las personas ubicadas dentro de las clases marginales no cuentan con las herramientas suficientes para hacer un frente contra-hegemónico. La autonomía de los particulares se ve inmersa en este juego de imposición y poder. Por eso resulta menoscabada al no poder contar con los medios suficientes para proveerse de la información necesaria para ejercerla con dignidad o re-equilibrar la situación de información. Valerse del Derecho formal ocasiona que la vulnerabilidad de los marginales se ahonde frente a los grupos de poder económico. Por el lado contrario, para las clases hegemónicas la formalidad jurídica se presenta como un abanico de posibilidades de imposición de su racionalidad o de sus pretensiones, lo cual resulta peligroso porque esto puede significar una forma de dominación y de abusos, amparados en la formalidad.

2.3.1. La instrumentalización de la autonomía de los particulares.

¿Qué consecuencias puede traer la situación descrita en la parte anterior? Que esa condición desproporcional sea utilizada instrumentalmente. Es decir, que la baja performatividad de autonomía de los particulares, expresada en el desconocimiento de las instituciones, es utilizada

por las clases hegemónicas para que sus intereses prevalezcan, muchas veces (en su mayoría) en desmedro de los grupos marginales. Como resultado se instrumentaliza a las instituciones para que los grupos de poder económico-político hegemónicos puedan continuar como poder predominante.

Se desencadena una situación de abuso, entendido como la forma en que una parte, en una relación multilateral, obtiene beneficios económicos, sociales o políticos valiéndose de encontrarse en una posición dominante dentro de una negociación. Tratándose de los casos en cuestión, se observa que en las relaciones bilaterales se puede ejercer un abuso por parte del grupo social hegemónico contra el grupo social marginal, porque el sujeto del grupo social hegemónico se valdrá de su mayor conocimiento que el del otro grupo social en temas del Derecho formal-hegemónico, para hacer que aquel pueda seguir los intereses de este.

Valiéndose de las instituciones y de la formalidad, la parte abusiva hace valer sus pretensiones a un nivel de seguridad que le es satisfactorio. En estas condiciones se observa que las ideas que inspiraron el Derecho formal no se encuentran vigentes socialmente. El proceso de desigualdad, exclusión y abuso consolidan el quiebre de la autonomía de los particulares. Si el desarrollo de un derecho sólo es accesible para un grupo, el ordenamiento y el Estado no están cumpliendo con su función de universalizar los derechos.

En conclusión, la pregunta que quedó abierta en el sub-capítulo anterior “¿Cuáles son los factores que pueden hacer que las comprensiones de distintos seres-en-el-mundo sean disímiles?” ha sido respondida. Es la desigualdad la que produce que grupos sociales excluidos del sistema económico no puedan desarrollar su autonomía cuando se encuentran en una situación dialógica con la clase hegemónica. Luego de haber recurrido a las ciencias sociales para analizar la realidad social en la que se desenvuelven los sujetos, podemos confirmar el fracaso del ideal de autonomía establecido por la modernidad. Entonces surge la necesidad de encontrar una forma en la que la autonomía pueda tener sustento dentro de la sociedad contemporánea. ¿Cómo sustentar una nueva teoría de la autonomía adecuado para una realidad plural como el Perú?

Capítulo III. La formalización del fracaso de la autonomía privada a nivel jurisprudencial: El primer pleno casatorio.

Luego de haber recorrido los fundamentos filosóficos que sustentaron la aparición de la autonomía de los particulares como categoría en el Derecho y constatado que este ideal moderno ha fracasado en la época contemporánea a causa del desgaste de su base epistemológica y de la desigualdad del sistema en el que se desarrolla, en la presente sección se comprobará lo afirmado en el capítulo anterior a partir de un caso ejemplar: el derrame de mercurio en la localidad de Choropampa que dio origen al Primer pleno casatorio civil del año 2008.

El objetivo es constatar que la autonomía de los particulares se quiebra cuando se suscitan situaciones de conflicto entre dos comprensiones del mundo disímiles a causa de la desigualdad económica. Para lograrlo nos basaremos en dos tipos de fuentes: estudios empíricos y la sentencia de la corte suprema. Estas brindarán los elementos de la realidad que hacen falta para demostrar de manera verificable nuestro objetivo. De los testimonios que presentan los trabajos empíricos extraeremos los hechos para un recuento. Además estos nos serán útiles para fundamentar nuestra aproximación con elementos reales. Por otro lado, la sentencia ayuda a demostrar los niveles de legitimidad que el discurso esgrimido mantiene en la formalidad.

3.1. Los hechos

El viernes 2 de junio del año 2000, el señor Esteban Arturo Blanco Bar, que era chofer contratado por la empresa de transportes Ramsa, salió desde las instalaciones de la empresa minera Yanacocha, trasladando un cargamento de mercurio propiedad de la minera (Velit y Carrasco 2013: 48). Dado que este se encontraba mal de salud, solicitó el relevo, que llegó al día siguiente por la mañana (Valencia y Servan 2013: 86). En ese momento se dan cuenta de que se había derramado una cantidad considerable de mercurio desde el poblado de San Juan hasta Choropampa, pasando por Magdalena. Fueron 150 kilos aproximadamente en una extensión de 40 kilómetros.

Al percatarse de la situación, los trabajadores de Ramsa llamaron a su empresa, quienes avisaron a la minera para que pudiera encargarse de limpiar el derrame. Habiendo llegado el

mineral hasta las localidades, los pobladores comenzaron a recogerlo del suelo con sus propias manos. Consideraban que se trataba de un material importante para la mina (Velit y Carrasco 2013: 49). Cuando el personal de Yanacocha llegó hasta Choropampa para recolectar el mineral se dieron cuenta de que los habitantes habían almacenado buena parte del material derramado. Al solicitar su devolución, los pobladores se negaban a entregarlo a menos que hubiera una suma de dinero a cambio (Velit y Carrasco 2013: 49). Ante este panorama, ofrecieron 100 soles por cada kilo de mercurio que devolvieran (Valencia y Servan 2013: 87). Según un testimonio, Yanacocha recién envió la maquinaria necesaria para levantar el mercurio de las vías públicas el 16 de junio, dos semanas después. Durante todo ese tiempo la población entera estuvo expuesta al mineral y a esas alturas, por el tiempo transcurrido, ya se presentaban los síntomas propios de la presencia de mercurio en el cuerpo humano (Valencia y Servan 2013: 90-92).

Los síntomas que con frecuencia se presentaron entre los afectados en Choropampa fueron dolores de cabeza, empañamiento de la vista, mareos, dolor de huesos, adormecimiento de extremidades, presencia de ronchas, temblores en el cuerpo, afectaciones en los riñones, sangrados y niños nacidos con deformidades (Palacios y Campos 2013: 67). Las acciones que tomó la minera junto al Ministerio de salud fue evaluar cerca de 4000 personas, de las cuales la cuarta parte resultó con niveles altos de mercurio en el cuerpo. Los tratamientos que se aplicaron fueron de acuerdo al nivel de intoxicación, desde ambulatorios hasta traslados a clínicas y hospitales de Lima (Palacios y Campos 2013: 62; Velit y Carrasco 2013: 52).

Por otro lado se aplicó un programa de seguros de salud para los pobladores que habían sido afectados. Las restricciones de los seguros eran de tres niveles. En el territorial, se limitó la atención a tres centros de salud: el de San Juan, el de Magdalena y la Posta médica de Choropampa. En el nivel temporal, los seguros se limitaban a una vigencia de máximo 5 años. Finalmente, en lo que respecta a especialidad, se limitó a tratamientos de enfermedades derivadas “que guarden relación directa” con la exposición a mercurio (Acuña y Paucar 2014: 208-211). Estas restricciones sólo lograron que el uso de los seguros fuera incierto, ya que el determinar si una afección que surgía años después se debía o no al mercurio era complicado.

En cuanto a los remedios legales que utilizó Yanacocha para terminar con el conflicto de intereses que surgió se utilizó a la transacción extrajudicial. El objetivo era obvio, evitar llegar a juicios de responsabilidad civil. Por eso desde agosto del año 2000, se negociaron las

transacciones. Hay diversas versiones sobre cómo se negociaron, por una parte se cuenta que se hizo de manera plenaria con acuerdos de los pobladores y por otro que se hicieron con tratativas hostiles que hacían alarde del poder económico de la minera: “Tú vas a meter un abogado y nosotros te vamos a meter cien. Por eso, tú acepta y si no quieres es tu problema” (Sisniegas 2015: 24; Valencia y Servan 2013: 92-94). Finalmente, gran parte de los afectados firmaron las transacciones cuyas prestaciones consistían en, por un lado, entregar sumas de dinero que bordeaban los 2000 soles en promedio por cada persona afectada, y por el otro los pobladores renunciaban a cualquier acción de responsabilidad por los daños causados por el derrame de mercurio o relacionados a el (Corte suprema de justicia de la República 2008: 703-719).

Sin embargo, en mayo del año 2002 una persona afectada, Giovanna Angélica Quiroz Villaty a nombre propio y en representación de sus tres hijos menores, planteó una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra Yanacocha. Inmediatamente la minera solicitó la conclusión del proceso deduciendo una excepción por transacción extrajudicial. El fundamento fue claro: dado que ambas partes celebraron una transacción en septiembre del año 2000, se ponía fin “al derecho indemnizatorio” de los demandantes (Corte suprema de justicia de la República 2008: 270). En el caso de los menores de edad, se señalaba que las transacciones fueron aprobadas por los respectivos juzgados de familia. Para la minera, esto significaba que ya no existiría ningún daño que resarcir. Todo este argumento amparado en el artículo 1302 del código civil, que refiere que las transacciones tienen valor de cosa juzgada y en el artículo 446 del código procesal civil que contempla la excepción aducida.

La respuesta del abogado fue contundente. La transacción, en su aspecto procesal, no puede ser tomada como medio de conclusión del proceso porque el supuesto alegado no coincide con lo estipulado por la norma, no se trata de una transacción extrajudicial homologada por un juez. Por otro lado, si el artículo 452 del CPC exige que exista una identidad de procesos hay un problema de presuposición. Las transacciones estipulan en sus artículos que la minera no reconoce responsabilidad y que la celebración de ese negocio jurídico no puede “interpretarse como la admisión de responsabilidad alguna” (Corte suprema de justicia de la República 2008: 707). Entonces el carácter de la suma, deduce bien el abogado, no es resarcitorio y lo que se pretende mediante el proceso es el resarcimiento por los daños ocasionados por el derrame del mercurio, por lo tanto, no se cumple la identidad de procesos.

Por otro lado, en cuanto al aspecto de validez de la transacción, el abogado señala que estas son nulas porque se está contraviniendo el artículo 5 del código civil, donde se prohíbe la disposición de los derechos inherentes a la persona como es el derecho a la salud. Lo celebrado por las partes estipula justamente la disposición del derecho a la salud y a la integridad. Si estas transacciones son nulas de pleno derecho, no pueden ser interpuestas como una excepción de conclusión del proceso (Corte Suprema de justicia de la República 2008: 279-281)

Sin embargo un argumento de interés para nuestro análisis es el que señala que “la enorme diferencias existentes entre las partes y el grado apremiante de necesidad en que nos encontrábamos los afectados por el derrame del mercurio” (Corte suprema de justicia de la República 2008: 281) fueron determinantes para la celebración de las transacciones. Señala que si esta es la razón por la cual las partes afectadas firmaron las transacciones, la renuncia al ejercicio de derechos es nula.

Las excepciones fueron declaradas fundadas y los abogados de los demandantes apelaron. Los argumentos sustancialmente fueron los mismos, aunque incluyeron más argumentos de tipo procesal. La resolución de la corte superior fue favorable para la minera. Ante esta situación se interpuso un recurso de casación. Esta integró un grupo de procesos que tuvieron una suerte similar. Las sentencias casatorias no tenían un criterio uniforme, algunas confirmaban lo actuado y otras impugnaban. Ante esta situación la corte suprema decidió convocar a un pleno para establecer un criterio definitivo que los procesos posteriores de iguales características deberían seguir. Así se llegó al Primer pleno casatorio civil, en donde se le dio la razón a la minera señalando esta decisión como “Doctrina jurisprudencial”. Los razonamientos y argumentos que fijaron fueron los siguientes.

Utilizando un “criterio sistemático”, la corte establece que las transacciones pueden ser alegadas como una defensa de forma (excepción). Afirman que si se interpreta el artículo 453 inciso 4 del CPC de manera literal no se podría solicitar la excepción por transacción, pero si se interpreta ese artículo junto con el 1302 del CC, donde se establece que las transacciones tienen como finalidad evitar pleitos futuros, se llegaría a la conclusión de que interponer la excepción sí es posible. Su argumento es básicamente de economía procesal:

37.- [...] resultaría excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial para arribar finalmente a la conclusión que el fondo

de la controversia ya ha sido resuelto por ellas mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta. (Corte suprema de justicia de la República 2008: 135)

Para la corte alimentar la litigiosidad significaría desincentivar conductas, como el hecho de que menos personas apostarían por celebrar transacciones para resolver sus conflictos, al saber que de todas maneras se terminaría en un juicio.

El segundo punto importante es el que trata sobre la validez de las transacciones. Según la sentencia, los magistrados no analizaron este criterio porque, en principio, no fue solicitado por la parte demandante y además ninguna de las instancias previas lo discutió. Argumentan que en una casación no se puede aplicar el principio *“iura novit curia”*, porque se trata de un recurso extraordinario (Corte suprema de justicia de la República 2008: 137).

Acto seguido, establecen como criterio de la corte la teoría de los actos propios. Hacen un desarrollo de la teoría como una regla de Derecho que se desprende del principio de la buena fe. Sobre los alcances de esta teoría se hará un análisis más adelante. Luego se hace un breve examen sobre si las transacciones fueron lesivas. Al igual que con la validez del negocio jurídico, no se entra a analizar si el caso es lesivo porque no fue demandado. Sin embargo, sí se hace una declaración importante. Se dice que la demandante y su conyugue no son incapacitados cultural o legalmente, de manera que su aceptación de las transacciones fue hecho conscientemente libre.

Habiendo señalado los hechos en general y los argumentos del primer pleno casatorio, podemos analizarlos desde la perspectiva de la autonomía de los particulares. Dividiremos el estudio en cuatro partes. La primera establecerá las condiciones de marginalidad de Choropampa frente a Yanacocha. La segunda tratará sobre la autonomía quebrada en las transacciones. La tercera descompondrá la teoría de los actos propios como limitante de la autonomía de los particulares. La cuarta parte se hablará de la invalidez del negocio jurídico por la inexistencia de una verdadera autonomía.

3.2. Estableciendo los bandos: “Ya nadie para a comer en Choropampa”

Choropampa, hasta el momento del derrame de mercurio, era una localidad dedicada a la venta de comida turística. Los buses que trasladaban turistas hacían paradas en esta localidad para

que puedan degustar la gastronomía local. Esa era una fuente importante de ingresos. Por otro lado, mantenía un carácter agrícola y ganadero limitado, predominantemente dedicado a la venta de chirimoyas. Cuando se produce el derrame, la economía de Choropampa se derrumba. (Sisniegas 2015: 15; Díaz y Poves 2014: 195)

Según testimonios de los mismos pobladores, luego de que se dio el derrame de mercurio, las visitas turísticas se redujeron considerablemente, las ventas de sus productos agrícolas se hicieron mínimas, la precaria producción ganadera se vio terriblemente afectada. En pocas palabras, si antes del desastre la economía era de corte tradicional y pobre, luego se sumergió en la pobreza extrema, “como un pueblo fantasma” (Sisniegas 2015: 15-16; Díaz y Poves 2014: 195). En suma, su ubicación dentro del sistema económico es la típica de una sociedad marginal, donde la lógica de mercado no abarca la totalidad de sus relaciones económicas ni de su participación en actividades socialmente relevantes.

Por otro lado, Yanacocha representa una inversión multimillonaria. Es la mina de oro más grande de América del sur, cuenta entre sus accionistas con Newmont Mining Corporation, empresa líder a nivel mundial en lo que respecta a producción de oro. Sus procesos de producción son diversos y todos a gran escala. Evidentemente, esta minera cuenta con una importante presencia e influencia no sólo en la economía regional de Cajamarca sino en todo el país siendo una de las cinco mineras que más ganancias ha obtenido en los últimos años. Conociendo esta información es claro que Yanacocha pertenece a la clase hegemónica del país.

Cuando se produce el derrame de mercurio, Choropampa no contaba con un sistema de riesgo, y la minera no aplicó ninguno. Por eso hubo una demora para la actuación tanto de la empresa como del gobierno local. Esto sumado a la falta de preparación del Instituto Nacional de Defensa Civil con sede en Cajamarca y de la misma Oficina Adjunta de Riesgos de Defensa Civil de Cajamarca, tuvo como resultado que la población quedara en una condición de vulnerabilidad frente al desastre (Olarte y Valiente 2014: 181). Esto evidenciaba que, a nivel local, no existía un plan de prevención ante los desastres que podrían suscitarse. No había un plan de información ni de concientización de los peligros a los que los poblados cercanos a las minas están expuestos (Cavero y Chávez 2014: 132-134). Por eso, producida la situación de emergencia, la respuesta de los mismos pobladores fue de desconcierto, no sabían con certeza de qué material se trataba, si era valioso para la empresa minera y si era dañino o no. Además,

los centros médicos no se encontraban equipados con los insumos necesarios para una coyuntura como la que acaeció en Choropampa. La carencia de planes tanto de prevención como de reacción de las instituciones del Estado profundizó el estado de vulnerabilidad de los pobladores de Choropampa, que se hizo patente cuando los síntomas de intoxicación se hicieron evidentes.

Se hacía necesario un plan de contingencia, porque las necesidades de la población se hacían cada segundo más urgentes. Los derechos a la salud y a la integridad estaban vulnerados, los pobladores presentaban cuadros severos de envenenamiento por mercurio en el cuerpo. Se generó lo que Hineirosa (2005: 113) llama un estado de necesidad, al no tener los recursos necesarios, tanto económicos como de información, lo cual implicaba una situación de desamparo generado por fuerzas externas a los mismos sujetos, pero que los afecta gravemente en su normal desarrollo limitando sus capacidades por tiempo prolongado. En este contexto de crisis es que la minera Yanacocha plantea el sistema de transacciones, como un medio para que los habitantes de Choropampa puedan obtener recursos monetarios en compensación al continuo desmedro a su salud a cambio de asegurarse que ellos no recurrirán a acciones de responsabilidad civil por los daños ocasionados. ¿Qué hay detrás de estas transacciones? ¿Cuáles son las limitaciones que plantean? ¿Qué puntos subyacentes no observó la justicia?

3.3. La desigualdad en la negociación de las transacciones.

En sentido concreto ¿Qué es una transacción? En nuestro código civil está presentada como un medio de extinción de las relaciones obligatorias (artículo 1302). Si bien por su estructura de consenso de dos voluntades, es un contrato, su sentido es el de extinguir una situación controvertida, es decir litigiosa (Bonilini 2007: 461). En ese aspecto, se trata de una expresión de la autonomía de los particulares que busca terminar con una relación jurídica preexistente (D'Onofrio 2007: 460). Si no hay una relación jurídica que existe previamente a la celebración de la transacción, este contrato no tendría sentido puesto que consta de prestaciones recíprocas que van a determinar esa situación precedente, que será extinguida, y van a establecer una nueva situación (D'Onofrio 2007: 460). En conclusión, el celebrar una transacción implica el reconocimiento de una relación jurídica anterior, si no, no tendría sentido, podría elegirse cualquier otro tipo de contrato si lo que se busca es no reconocer que existe una situación litigiosa (de la cual nace una relación obligatoria) previa.

Un rasgo importante es que las prestaciones establecidas por la transacción son recíprocas entre las partes, “concesiones recíprocas” para nuestro código civil. Esto quiere decir que si una de las partes renuncia totalmente a sus intereses, pretensiones o derechos, las concesiones ya no serían recíprocas, el negocio jurídico se desfigura. Ya no sería una transacción (Bonilini 2007: 461). Esa es una limitación a la autonomía de los particulares, si bien existe un poder de disposición sobre ciertos derechos, hay márgenes expresados por el ordenamiento.

Existe otra limitación a la autonomía de los particulares en cuanto a situaciones preexistentes. Como bien lo apunta Miccio, si bien puede ser una prerrogativa de la autonomía regular situaciones para futuro partiendo de hechos actuales, no tiene la potestad de establecer cuál es la verdad de una situación (2007: 454-455). Es una discusión sobre si la autonomía de los particulares cuenta con la potestad de juicio, es decir con el poder de determinar la verdad de los hechos previos mediante la manifestación de voluntad. Somos de la opinión que esa es una potestad privativa de los jueces, quienes a partir de elementos probatorios establecen objetivamente cuál es la situación jurídicamente verdadera entre las partes. Ese poder de determinar la realidad no puede ser potestad de la autonomía de los particulares, menos en la celebración de una transacción, porque se la motivación son intereses personales.

De manera que la determinación de la realidad no sería objetiva como en un juicio donde hay un tercero sin intereses que va a establecer y dirimir la verdad de los hechos, sino condicionada a la subjetividad de las partes y sus intereses (Miccio 2007: 454). Menos aún si se da una situación como la de Choropampa donde una de las partes, Yanacocha, valiéndose de su posición hegemónica, establece una realidad acorde a sus intereses: “La indemnizante declara que no reconoce tener responsabilidad por el accidente” (Corte suprema de justicia de la República 2008: 707). El tener o no tener responsabilidad por los hechos ocurridos no depende de la declaración de una de las partes, sino de quien tenga la potestad de juicio, es decir un juez.

Una de las características clave en las transacciones es la negociación. El acuerdo de las concesiones recíprocas. En este punto se da el despliegue de la autonomía de los particulares, porque se va a expresar la voluntad de modificar la situación conflictiva existente. El presupuesto de esta situación es que ambos sujetos que negocian se encuentran en una posición igualitaria, ya que el resultado del transar será el negocio jurídico que compondrá la

situación conflictiva. Sale a relucir la igualdad formal que sustenta el ordenamiento jurídico, esa universalización que no contempla las particularidades de cada individuo ni las situaciones que determinan su acontecer. Se entiende que todas y cada una de las personas se encuentran en la misma posición de satisfacer sus necesidades dentro de la sociedad.

No obstante, en la realidad no todas las personas se encuentran posicionadas igualitariamente dentro de la sociedad. Como se ha estudiado en el capítulo anterior, la desigualdad quiebra esa igualdad formal establecida por las normas. Formalmente, tanto los habitantes de la localidad de Choropampa como la empresa minera Yanacocha gozan de una autonomía suficiente para establecer y determinar sus relaciones jurídicas mediante la celebración de negocios jurídicos. Sin embargo, en la práctica los pobladores de Choropampa no cuentan con la capacidad suficiente de satisfacer el íntegro de sus necesidades, lo cual los sitúa en una posición de marginalidad frente a Yanacocha que sí goza de esa capacidad. En ese sentido, no hay igualdad de condiciones de negociación.

Cada uno de estos extremos de la sociedad tiene su propio lenguaje. La formalidad jurídica utiliza un lenguaje especial característico que es comprendido por los profesionales que han sido formados en su práctica y por quienes recurren a su uso en busca de beneficios. Es decir, es utilizado por quienes están integrados a la formalidad. Quienes no se encuentran integrados a la formalidad no necesariamente estarán hábiles a ponerlo en práctica. Las clases marginales, excluidas de las lógicas formales, utilizan un lenguaje no especializado para sus prácticas socialmente relevantes como sus actividades comerciales porque estas tienen un carácter tradicional. Las actividades comerciales, ganaderas y agrarias precarias de Choropampa compartían esta naturaleza, por lo que al confrontarse al lenguaje formal traído por Yanacocha se encontraban en una posición de desventaja.

De esta forma la celebración de las transacciones se convierte en un medio de imposición de la lógica de la formalidad jurídica. Es usada a favor de Yanacocha porque los pobladores de Choropampa no se encontraban en posición de negociar de manera igualitaria al no estar familiarizados con el lenguaje formal por su misma condición de excluidos. Aquí se quiebra la autonomía para los de Choropampa al no poder establecer condiciones en las negociaciones por no manejar el lenguaje jurídico formal extraño a ellos. En los testimonios sobre las negociaciones, se nota que lo que está en “negociación” el monto que Yanacocha va a entregar

a los pobladores. En ningún momento se negocia la responsabilidad de la minera a pesar de que en los documentos si aparece esa cláusula (Concha y Navarro 2014: 235-236). Evidentemente los pobladores no contaban con el dominio suficiente del lenguaje jurídico formal que les permitiera negociar las condiciones de responsabilidad que contienen las transacciones. Los abogados y directivos de Yanacocha eran conscientes de esta situación.

Otro aspecto que contribuyó a la desigualdad de posiciones de negociación fue la falta de información. Como se ha visto en el acápite anterior, a causa de la carencia de un plan de prevención en el poblado de Choropampa, los habitantes no podían contar con toda la información necesaria para poder saber cuáles serían todos los efectos del derrame de mercurio. En cambio, la empresa minera si estaba en todas las condiciones de saberlo porque trabaja con mercurio cotidianamente. Esto se demostró cuando en la situación inmediata después del derrame por orden de Yanacocha se solicitó la devolución del mercurio (Valencia y Servan 2013: 87; Velit y Carrasco 2013: 49).

Conociendo las afectaciones de salud que podría traerles a los habitantes del poblado y los costos que le significaría, la habilidad de la empresa minera constó en elaborar unas transacciones, que los eximieran de toda responsabilidad por cifras minúsculas. Eran conscientes de que si se les entablaba una demanda por responsabilidad civil, los costos del resarcimiento serían con seguridad más altos. Entonces, no encontraron mejor herramienta para proteger sus intereses que las transacciones.

Tomando en cuenta la falta de información que padecían los pobladores de Choropampa, se presentaron con un programa de compensación por los posibles daños que les podrían ocurrir a los pobladores (Concha y Navarro 2014: 236). Según un testimonio, al preguntar a dos directivos de Yanacocha si el material derramado era dañino recibió como respuesta que no (Valencia y Servan 2013: 87). Por eso, la desinformación generaba incertidumbre entre los pobladores. Al no conocer las posibilidades totales de los daños, las personas no pudieron expresar de manera completa su autonomía, porque de acuerdo al escaso conocimiento que tenían, aceptaron las transacciones. Los planes de acción tampoco incluyeron programas de información sobre las consecuencias que se aproximaban.

Atendiendo estas dos situaciones descritas surge la pregunta, ¿Cómo ser autónomo en una situación donde no se tiene información ni se maneja el lenguaje que se impone? No hay

posibilidades de ser hacer un juicio certero de la situación, lo cual hunde a los que se encuentran en esta situación a un estado de vulnerabilidad frente a la parte contraria. Esta inconsciencia no fue favorable para los habitantes de Choropampa, pero sí fue aprovechada por Yanacocha al imponer sus medios de solución de conflicto sobre los pobladores afectados que buscaban un medio para solucionar sus problemas.

Valerse de las condiciones de desventaja estructural de la parte contraria para imponer condiciones de negociación favorables a la minera hizo que las transacciones se consolidaran como mecanismo de abuso. En esta situación de abuso, la autonomía formal establecida por la norma fue usada instrumentalmente en contra de los mismos pobladores. No pudieron configurarse por ellos mismos en este acuerdo, no hubo autonomía.

3.4. La inoportuna consagración de la “doctrina de los actos propios”: el blindaje judicial del abuso

Existen bolsas argumentativas de Derecho. Estas son aquellas argumentaciones que, fundándose en la práctica, hacen o buscan hacer que el operador jurídico deje de aplicar derecho y se base en criterios, aparentemente lógicos pero carentes de fundamentación jurídica. Es muy sencillo caer en ellos, puesto que es un medio rápido para “argumentar” fácilmente con estimaciones que no son de Derecho, por lo cual podemos concluir que el objetivo no es buscar la justicia, sino algún interés ulterior, mayoritariamente económico.

En nuestro medio estamos plagados de estos, como son los célebres “Daño al proyecto de vida”, “Interés superior del niño” y, el que nos ocupa el día de hoy, “La doctrina de los actos propios”. Esta doctrina tiene un desarrollo nada deleznable en nuestra doctrina nacional. Su aplicación en el caso pertinente del primer pleno casatorio y establecimiento como “doctrina jurisprudencial” es una muestra clara de su vigencia en nuestro país. Sin embargo, puede ser un limitante injusto de la autonomía de los particulares. En las siguientes líneas nos ocuparemos de desenmascarar los alcances de los pretendidos fundamentos jurídicos de esta pretendida “doctrina” que desarrolló el tribunal.

Los antecedentes de esta interpretación no son recientes. El trabajo que se considera precursor en esta materia es del profesor Luis Diez-Picaso, escrito en los años 60's y es este texto el que señala el derrotero del desarrollo de los postulados de los que sostienen y

defienden esta postura (1963). Luego, en América, su desarrollo se dio en los años 80's básicamente en Argentina donde profesores como Borda transcribieron lo trabajado por el profesor español (1987). Es así que a inicios de los 90's, el primero que escribió sobre la llamada doctrina de los actos propios fue el profesor René Ortiz Caballero (1991: 265-285), no se encuentran trabajos anteriores en la bibliografía nacional que hagan referencia expresa a esta pretendida doctrina. Tuvieron que pasar diez años para que el tema vuelva a ser puesto en el tapete, esta vez varios profesores nacionales como De la Puente (2003), Bullard (2010) y O'neill (2005) trataran el tema, pero siempre en la misma dirección que lo señalado por sus antecesores y fuentes de sus trabajos.

Todo lo que dicen estos autores se puede resumir en estos puntos. En principio se considera que la buena fe es un principio del Derecho y contiene una plétora de conceptos que envuelve. Se sostiene que es el punto de coincidencia de la ética, la moral y el Derecho (O'neill 2005: 62). Dentro de estos conceptos, se encuentra el "Deber de no contradecirse". Este se entiende también como un deber de coherencia que deben mantener las personas al momento de efectuar un primer acto que deriva de su voluntad y los siguientes actos que realiza. Basándose en este deber es que formulan los requisitos, presupuestos, que hacen que esta teoría sea válida. En primer lugar, la existencia de una conducta que vincule al sujeto que la está realizando, es decir un comportamiento que sea una clara manifestación de la voluntad del que actúa. En segundo, otra conducta que sea contradictoria con la conducta anterior. En este aspecto, tenemos que se realiza una conducta que "no es coherente" con el primer accionar del sujeto. Es un hecho que vulnera la confianza generada por la primera conducta. Para alguno, esto se cristaliza en una pretensión judicial, sin embargo para otros sólo importa que sea una mera conducta para invocar esta doctrina. Finalmente, y aunque resulte obvio, los autores hacen hincapié en que el sujeto que realiza las dos conductas descritas anteriormente sea el mismo. Como lo señala Bullard: "la identidad del sujeto es parte inherente a la existencia de contradicción, pues si dos hacen cosas distintas ninguno se está contradiciendo" (Bullard 2010: 60). Esta formulación contiene muchos puntos controvertidos. Las malas interpretaciones de aforismos y el pretender crear una doctrina desde el pragmatismo deben ser develadas, por eso se analizarán estos presupuestos para desmentir malos entendidos jurídicos.

Para poder establecer la crítica a la “doctrina” de los actos propios de manera certera y severa, se debe analizar desde raíz. Primero, hay que estudiar la regla de la no contradicción en la doctrina nacional y en general. Segundo, se debe analizar el aforismo “*Venire contra factum proprium*” que es el invocado e interpretado como el fundamento de la doctrina de los actos propios y tercero, se debe analizar si es que realmente esta doctrina está presente en alguno de los artículos del Código Civil, como se pretende hacer creer.

Sobre la regla de no contradicción, Bullard anota que “la regla por la cual nadie puede contradecir sus propios actos se deriva de un principio que inspira el derecho peruano” (2010: 55). Cuando habla de un principio, debemos entender que se refiere a la buena fe. Así es como se pretende fundamentar la introducción de esta regla en la doctrina nacional. No es el único que cree que esta regla se deriva de la buena fe, pues O’neill afirma que “su propósito [de la buena fe] es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones” (2005: 47).

No se explica que del principio de buena fe se derive esta regla de la no contradicción, es más, se cuestiona la existencia de la regla de no contradicción. En la doctrina nacional, de lo poco que se ha escrito sobre esta teoría de los actos propios, sólo estos dos autores son los que han apelado a esta regla o su equivalente, el deber de coherencia. Las fundamentaciones son puramente y solamente personales, ya que cuando Ortiz Caballero y De la Puente y Lavalle fundamentan esta teoría, lo hacen sin recurrir a este tipo de “reglamentos” jurídicos.

Franz Wieaker al analizar el parágrafo 242 del BGB (El deudor está obligado a ejecutar la prestación según la buena fe y atendiendo a los usos del tráfico.) analiza a la buena fe, dentro del derecho de las relaciones obligatorias, como un plan de ordenación, que quiere decir que toda relación obligatoria tiene un conjunto de deberes u obligaciones que nacen de la naturaleza misma de la obligación, entre ellas se encuentran los deberes de protección (1982: 56). Somos de la idea de entender que el plan de ordenación al que hace referencia el autor es el plan de vida que desarrollan las partes en la formación de un contrato, tanto económico, social y jurídico. Este plan va a comportar el nacimiento de diversas obligaciones que son inherentes a la naturaleza de los requerimientos que se necesitan para que las obligaciones que están contenidas en el contrato puedan ser ejecutadas con normalidad y sin irregularidades. Estas obligaciones que nacen son los deberes de protección.

¿Dónde queda la regla de no contradecirse? Puede entenderse a esta regla como una mala interpretación del desarrollo del principio de buena fe, adicional al desconocimiento de la construcción de la relación obligatoria como estructura compleja. Si se conociera la estructura compleja de la relación obligatoria, que comporta, además de las partes y la prestación, a los intereses, tanto del deudor como del acreedor, y a los deberes de protección inherentes a la ejecución de la obligación, se entendería que uno de los intereses del deudor es que la prestación se llegue a ejecutar satisfactoriamente.

Así, queda libre de la relación obligatoria, por lo cual se puede colegir que si nace una obligación que vincula a este deudor por una manifestación de su voluntad, será propio de su interés que este tenga los cuidados debidos –“interés de protección” para Adolfo di Majo (2007)- para que se lleve a cabo la prestación. Dentro de estos cuidados necesarios podemos ubicar que este no se negará a ejecutar la obligación que ha asumido, es decir, que este no se contradirá con su primera conducta que fue vinculante, porque de hacerlo, incurrirá en responsabilidad y eso irá en desmedro de él, que no ejecutó la obligación asumida. En suma, si se conociera la estructura compleja de la relación obligatoria, no habría por qué detenerse a inventar o creer descubrir principios y reglas que no tienen ni han tenido asidero en nuestra doctrina, ni se tendría por qué caer en discusiones que no aportan al estudio dogmático del derecho civil.

Por otro lado, ¿es ilegal o rompe el principio de la autonomía de los particulares el hecho de cambiar de voluntad? Cuando una persona, en virtud de su autonomía celebra un negocio jurídico, si bien queda obligado no queda vinculado de manera permanente. Esto quiere decir que cuando uno asume una obligación jurídica voluntariamente no queda privado de su autonomía respecto del negocio jurídico ni de la relación obligatoria. El poder de disponer sobre sus relaciones jurídicas que le es inherente a su autonomía nunca queda suprimido, porque sería como eliminar su autonomía (Miccio 2007: 454).

Cuando un sujeto tiene la voluntad de modificar sus relaciones jurídicas preexistentes, está ejerciendo su poder de disposición. Estas modificaciones pueden ser, en algunas situaciones, contradictorias con relaciones jurídicas que el mismo sujeto estableció anteriormente. El ordenamiento no puede obligar al individuo a quedar vinculado a una relación jurídica si su voluntad es no seguir siendo parte de esta. Sería un caso de imposición heterónoma, ya no de

una autoconfiguración, por lo cual consideramos que legitimar a nivel judicial una regla del tipo “deber de no contradecirse” sería totalmente lesivo de la autonomía de los particulares.

En segundo lugar, sobre el “Venire contra factum” debemos decir que se suele fundamentar la doctrina de los actos propios en este aforismo. No es entendida como un principio autónomo y distinto que la buena fe. Manuel de la Puente y Lavalle dice:

Así se comprende que la admisibilidad de la regla *venire contra factum*, que no es sostenible como autónomo principio general del derecho, sea fácilmente viable como desviación necesaria e inmediata de un principio general universalmente admitido: el principio que impone el deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe) (2001: 355).

Ortiz Caballero trata de fundamentar la inclusión de la doctrina de los actos propios, dándole identidad a ambos aforismos. No es, pues, el “venire contra factum” la doctrina de los actos propios. Los demás autores nacionales remarcan que la doctrina de los actos propios proviene de este aforismo, acuñado por los glosadores del derecho romano. Más aún, el mismo Díez-Picazo lo anota como fundamento de su doctrina de los propios actos y también del Estoppel, del derecho anglosajón (O’neill 2005: 47). En suma, ese error de partida no permite seguir analizando su desarrollo.

Cuando Wieaker analiza a este aforismo, la enfoca desde una óptica distinta. Parte viéndolo desde un punto de vista más abstracto, señalando que, de acuerdo al principio de la buena fe, se debe actuar tomando en cuenta lo que la otra parte pueda interpretar (1982: 61). Entonces, de acuerdo a lo señalado anteriormente sobre la estructura compleja de la relación obligatoria y a lo recientemente dicho, se debe actuar cuidando que los actos no sean tomados por la otra parte como contrarios al interés en la realización de la prestación, que no se esté actuando en contra del primer hecho que vinculó a las partes. Para esto, los comportamientos que se quieran tomar como contrarios al interés de la relación obligatoria deben tener un claro matiz de voluntad de querer infringir el interés en la ejecución de la prestación. Esto se conoce como comportamientos concluyentes.

Los comportamientos concluyentes son el problema, no son los comportamientos contradictorios como se pretende explicar. Los comportamientos concluyentes como el hecho de omitir una conducta de tal manera que esta genere la lesión al interés de la otra parte. En ese caso se puede tener una prueba fehaciente de que se está yendo en contra de la manifestación de la voluntad anterior. Wieaker llama a esto “caducidad” (1982: 61), es decir, la inactividad por determinado tiempo de tal manera que se genere que la obligación o el derecho se extinga. Ocurre lo mismo con la renuncia a derechos, pues, como apunta Paolo Gallo, en el caso de la renuncia, la manifestación de la voluntad debe ser o bien expresa o puede colegirse de comportamiento o hechos concluyentes (Gallo 2009).

Se puede concluir que cuando se habla del aforismo “venire contra factum proprium” no se hace referencia a la doctrina de los actos propios ni puede tenerse a este como su fundamento pues, como ya se ha observado por la doctrina internacional, su orientación y su finalidad son distintas a las de la doctrina de los actos propios. Por lo tanto, se van develando dos fundamentos claves en la pretendida fundamentación de esta doctrina, por un lado tenemos que la regla de no contradicción no existe y no tiene ningún desarrollo doctrinario en nuestro medio, y por el otro lado observamos que el aforismo *venire contra factum* no es el fundamento de esta doctrina. Sólo falta que se analice en la codificación nacional y se verifique que esta teoría no tiene tampoco amparo en la legislación nacional, como se ha querido hacer creer.

La mayoría de los textos pretende fundamentar su teoría en la presencia nacional con artículos del Código Civil. El primero y más citado, como era de suponerse, es el artículo VIII del C.C.: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.”. Se pretende sustentar que la doctrina de los actos propios se basa en dos columnas fundamentales que son: a) el deber de no contradicción o deber de coherencia y b) el venire contra factum. Luego, estas dos son desplegadas del principio de la buena fe, y el principio de la buena fe es un principio general del derecho y además inspira a nuestro derecho, para esta parte de la doctrina queda legitimada la aceptación de la doctrina de los actos propios. Sin embargo, ya se ha desmentido a ambos fundamentos y sentamos desde ya la posición que la doctrina de los actos propios no tiene fundamento legislativo en nuestro país.

En el artículo 285 (“El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe.”) es el caso del matrimonio invalidado que celebró negocios jurídicos. En este caso, no estamos hablando de la doctrina de actos propios ni de su aplicación puesto que ante el error existen remedios propios desde la perspectiva del negocio jurídico. Siguiendo con artículos del libro de familia encontramos al artículo 351: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”. En este artículo no se entiende dónde se encuentra la teoría de los actos propios, se trata de otorgar un resarcimiento por un daño moral que se irroga del divorcio, el que deberá seguir las reglas de la responsabilidad civil extracontractual para poder hacer el análisis pertinente y determinar la suma que se le debe otorgar.

Así mismo, se quiere incluir al artículo 1316: “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...) la obligación se extingue (...) [cuando] el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento.”. En la lista de los artículos que recogen la doctrina de los actos propios amparándose en que el acreedor que pierde interés en la ejecución de la prestación ya no podría exigirla otra vez más adelante. Para esos casos, el código civil provee un plazo de exigir el pago, y luego se somete a las reglas de la prescripción y caducidad, luego de eso por el tiempo de la inacción del derecho, como se ha indicado líneas más arriba se entiende por comportamientos concluyentes que ya no se exigirán. Este ejemplo es más favorable a fundamentar la inaplicación de la doctrina de los actos propios en nuestro derecho que su aplicación. Con estos claros ejemplos basta para poder fundamentar que lo que se aplica en nuestro país no es doctrina de actos propios, sino que existe una gama de remedios eficaces para resolver los problemas que se plantean en nuestro desarrollo del Derecho.

En la sentencia del primer pleno casatorio el uso de la doctrina de los actos propios no llega a puntos tan complejos como los que hemos tratado. Se centra en tres argumentos. En primer, se afirma que el hecho de firmar la transacción y luego pretender desconocerla mediante la pretensión de responsabilidad constituye una contradicción en las conductas de los demandantes (Corte suprema de justicia de la República 2008: 143). Por otro lado, se sostiene que el hecho de alegar nulidad de pleno derecho de las transacciones al responder la defensa de

la minera y no alegar lo mismo al momento de absolver las excepciones planteadas por Arturo Blanco (codemandado), constituyen conductas contradictorias. En este punto la corte considera que es una afectación de la regla *venire contra factum*. (Corte suprema de justicia de la República 2008: 144). Finalmente, la sentencia considera que si los demandantes estimaban que las transacciones padecían de algún vicio en su formación debieron plantear la nulidad de las mismas. El hecho de no demandar la nulidad, es decir aceptar la validez del negocio jurídico, y plantear una acción judicial, en el presente caso, se toman como comportamientos contradictorios (Corte suprema de justicia de la República 2008: 145).

La lógica que está detrás de la aplicación de esta doctrina es forzada. Se entiende que iniciar un juicio de responsabilidad civil implica la declaración de una obligación resarcitoria. Buscar este resarcimiento es contradictorio a la celebración de la transacción porque, en teoría, mediante este contrato las partes voluntariamente han convenido en un monto resarcitorio, a pesar de que en el documento se haya escrito expresamente que la minera no asume la responsabilidad civil de los daños ocasionados por el derrame de mercurio ni que exista un obligación de pagar indemnización (léase obligación resarcitoria). Entonces, podemos colegir que el monto de la transacción no tiene un carácter resarcitorio. Sin embargo, ¿si expresamente no hay carácter resarcitorio en las transacciones, por qué se las toma como documentos que han satisfecho la pretensión de responsabilidad civil? La corte no responde esta pregunta.

¿Qué es lo que ha logrado la corte suprema con esta argumentación en la sentencia? Qué se consolide la limitación a la autonomía de los particulares. Plantear en estos términos la doctrina de los actos propios significa que los actos nacidos de la autonomía no pueden ser modificados por la misma autonomía. Resulta un contrasentido porque cada persona tiene la capacidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. De la misma forma en que las crea, también puede disponer del futuro de estas, como ya se dijo anteriormente. Esta aplicación forzada de la doctrina de los actos propios es causa de que la autonomía de los habitantes de Choropampa quede reducida considerablemente porque les bloquea la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad civil al obligar a los pobladores a considerar la suma entregada por Yanacocha, que no tiene carácter resarcitorio, como tal e inclusive como satisfactoria. En este extremo la corte ha legitimado el abuso cometido por Yanacocha contra los habitantes de Choropampa. Lecturas de este tipo sobre relaciones jurídicas establecidas en estas condiciones degradan la imagen de la corte suprema y resta motivos de respeto intelectual.

3.5. Balance: La nulidad

Los daños a la salud no pueden ser materia de transacción, así lo estipula el artículo 1305 del código civil: “Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. Como tampoco el uso contra actos contrarios al orden público y a las buenas costumbres”. Mucho menos de una aplicación tan perversa como la que se dio con las personas afectadas de esta pretendida doctrina (Morales 2008: 46). Este fue un argumento central de los abogados de la parte demandante para deslegitimar las transacciones celebradas por los pobladores de Choropampa y Yanacocha. Estaba en toda la razón, sin embargo la respuesta de la corte suprema se basó en que si el pedido de nulidad no formaba parte de las pretensiones originales del juicio no podían manifestarse sobre el hecho: “no es admisible la aplicación del principio jurídico *iura novit curia*” (Corte suprema de justicia de la República 2008: 137).

Por otro lado, cuando se revisa la relación entre lesión y la transacción, dado que es evidente que los montos entregados por Yanacocha son a todas luces irrisorios, la argumentación para no tratar el conflicto es similar a la que se esgrimió para la nulidad. Sin embargo, en esta parte se hace una acotación que llama a la atención:

[...] se verifica que tanto la demandante como su cónyuge, tienen la condición de profesores, ergo, al no estar incapacitados cultural o legalmente, no se halla elemento impediendo alguno para no hayan podido apreciar los hechos con claridad. Y no es que se les esté exigiendo, en este caso, el haber tenido o desplegado una capacidad de análisis de juristas o peritos, sino tan solo nos remitimos al sentido común que todo profesional tiene y que le permite formarse un juicio sobre la realidad que lo rodea y de ese modo saber qué actos le son más o menos ventajosos a sus intereses personales (Corte suprema de justicia de la República 2008: 148)

Debemos tener en cuenta el mensaje detrás de estas líneas. No importan las condiciones vivenciales en las que se desarrollan las personas, para la corte suprema un profesor de Choropampa cuenta con los mismos estándares de formación que cualquier profesional del resto del país como para hacer una evaluación concreta de una situación de crisis. Esta opinión está viciada por un estereotipo que no considera el desarrollo particular de los profesores de acuerdo a la realidad de su medio. De manera clara, si Choropampa era un pueblo alejado,

ubicado en la periferia, de una economía precaria marginal, sus profesores no cuentan con los recursos suficientes para desenvolverse de manera idónea en su profesión. No podemos pretender utilizar el mismo índice de medición que con un profesional ubicado en las zonas más desarrolladas.

Encontramos presente un argumento típico de los liberales del siglo XIX, los cuales fueron los que fundaron el individualismo jurídico. Si se recuerda de lo explicado en el primer capítulo, uno de los fundamentos de esta doctrina era que si el contrato era basado en la libertad, se consideraba justo. El espíritu de esta afirmación no consideraba si había equivalencia en las prestaciones o si se establecía en virtud de una relación desigual (Gounot 1912: 73-79). Es el terreno de la equivalencia objetiva de las autonomías, es decir, el establecimiento de la igualdad formal en desmedro de la desigualdad existente. En conclusión, para la corte suprema si el negocio es nulo o es lesivo carece de importancia porque, en primer lugar, no han sido solicitados en la pretensión y, en segundo lugar, porque fueron celebradas “libremente”.

En cuanto a nuestra postura sobre la validez de la transacción consideramos que el negocio jurídico debe ser considerado nulo, en virtud de las diferencias estructurales que existen entre las partes. Se deben tener en cuenta tres elementos: la desigualdad de condiciones estructurales de los pobladores de Choropampa y Yanacocha, la situación de crisis que se suscitó gracias al derrame de mercurio y el abuso de la posición hegemónica de Yanacocha. ¿Cómo pueden estos tres elementos incidir en la declaración de nulidad de un negocio jurídico? El elemento decisivo es el abuso que ejerce Yanacocha de su mejor posición para establecer formas de negociación y valerse de estas a su favor. Más aún si se trata de un contexto de crisis. Como se ha estudiado a lo largo del capítulo, esta coyuntura limita la autonomía, en tanto que no se tienen las condiciones necesarias para el sujeto pueda desenvolverse y elegir libremente. En consecuencia, la exteriorización de la autonomía, que es la manifestación de voluntad se encontrará viciada porque no tendrá una correcta percepción de la realidad desde su condición limitada. Este vicio de la voluntad, resumiendo, fue causado dolosamente por Yanacocha al imponer las condiciones de negociación y valerse de estas para su propio beneficio, en desmedro de los pobladores de Choropampa. Podría invocarse el inciso 2 del artículo 221 del código civil para amparar este razonamiento en una pretensión judicial.

Si bien esta es nuestra opinión, ¿Cómo afronta por otro lado, la doctrina estos escenarios de limitación de la autonomía de los particulares? Por ejemplo, Rómulo Morales (2008: 56) habla de esta limitación como una situación de debilidad negocial:

...en el mercado y en la contratación se dan situaciones de debilidad negocial en los casos en que la formación de la voluntad es invalidada por el error, dolo o de una amenaza injusta. [...] Una situación de debilidad negocial respecto a la contraparte se individualiza en el adherente a un reglamento negocial unilateralmente predisposto por la contraparte. También hay una posición de debilidad en el contratante que se halle en una situación de “dependencia” económica [...]

En estos términos, la posibilidad de llevar a cabo un negocio jurídico, es decir realizar un acto de autonomía expresando la voluntad, se ve mermada por una situación de debilidad, que bien puede ser la falta de información u otras circunstancias. El autor señala en concordancia con la legislación civil que en estos casos los negocios celebrados deben ser declarados nulos.

Por otro lado, el autor se expresa en términos del proyecto igualitario que es transversal al Derecho civil. Según este autor las leyes del mercado son opuestas al proyecto igualitario, ya que el mercado responde a patrones de justicia proporcional en donde se favorecen los iguales “por excelencia” mientras que en el proyecto igualitario se busca que la justicia sea distributiva, buscando favorecer a los que no son pares en la relación: es decir a los que están en condiciones de desigualdad (Morales 2008: 56). Coincidimos con la postura de Morales, ya que si la propuesta del Derecho civil, históricamente impulsada, es tratar a todos los individuos por igual con derechos paritarios y de esa forma se propone una sociedad en la que los titulares de derechos (léase ciudadanos) sean iguales, lo justo será que las instituciones puedan moldearse a la realidad social para que en casos de desigualdad, las relaciones desiguales puedan tenerse como igualitarias.

Dejemos este aspecto por un momento y pasemos a otras circunstancias, diferentes a las de la falta de información, que limitan la autonomía de los particulares. Para esto es importante recordar que Fernando Hinestrosa(2005) ha desarrollado la teoría de los estados de necesidad y de peligro. Argumentando que existen situaciones en las que las personas se encuentran en casos de necesidad, apremio económico, ignorancia que son aprovechados por otras personas.

Sin embargo, Hinestroza recalca que no sólo puede ser aprovechado por personas concretas, sino que personas pueden aprovecharse de situaciones fuera de lo común surgidas por hechos concretos, tales como por ejemplo desastres naturales (2005: 113).

Para tomar las ideas de Hinestroza, extrapolarlas y someterlas a un contexto de desigualdad económica veamos cómo en los contextos de desigualdad se dan casos de necesidad que son aprovechados por los grupos hegemónicos. Cuando estos casos se dan, en la práctica, se debe establecer un valor de justicia para las exteriorizaciones de la autonomía que se ve atacada por fenómenos como la pobreza o un desastre sea natural o artificial (entendido como desastre provocado por la mano del hombre) cuya consecuencia es la pobreza de los afectados.

En estos casos de necesidad y peligro, recalca Hinestroza, la fuerza o intimidación no viene dada por una persona en particular sino por las condiciones concretas de un peligro eminente que haga que los individuos necesiten un remedio para aquella situación. Aquí es justamente donde aparece la situación del abuso de la parte que propone la realización de un negocio, que se aprovechará de la situación, sin necesidad de entrar en situaciones de intimidación o de fuerza o de violencia. No habrá un equilibrio entre las dos libertades, porque una de ellas se encuentra condicionada por la situación de necesidad o de deseo que la exposición al peligro cese (2005: 115).

En conclusión, coincidiendo y profundizando con las ideas de Morales e Hinestroza, podemos colegir que aquí nos encontramos ante una situación de abuso que vició la formación de la voluntad. Esta ya no fue libre, porque principalmente se limitó la autonomía de los particulares. Tal situación acarrea la nulidad del negocio jurídico, porque no hay una correcta formación de la voluntad, cuya manifestación podría cambiar ante una situación cotidiana, ecuaníme. Por eso está viciada.

3.6. Conclusión ordenadora

A lo largo de este trabajo se ha recorrido las bases filosóficas, económicas y políticas de la autonomía en la modernidad, entre los siglos XVII y XIX. Luego se constató que ese paradigma de la razón objetivamente libre y autónoma ha caído en crisis por las nuevas reflexiones filosóficas que resaltan los condicionamientos sociales e históricos de los seres humanos. Estos condicionamientos se dan en el marco del carácter del sistema económico

capitalista, que desde su origen estableció relaciones de poder desiguales entre los hombres. En este sistema, la igualdad formal de los sistemas políticos se quiebra dada la exclusión económica y social que no permite que ese ideal igualitario sea cierto en la realidad.

Con la ayuda de un caso real, que dio origen al primer pleno casatorio, hemos podido constatar que las desigualdades económicas y sociales quiebran la autonomía de los particulares cuando se genera una situación de conflicto o crisis. Al buscar solucionar la situación, la parte hegemónica impondrá los mecanismos de solución al conflicto y podrá usar el derecho formal de manera instrumental para su propio beneficio. La parte afectada será la que pertenece a la clase marginal porque no tendrá el poder suficiente para hacer una negociación equilibrada en los términos de solución del conflicto, por lo tanto se someterá a la propuesta de la clase hegemónica.

Con esto podemos constatar que el concepto mismo de autonomía está en crisis. La realidad nos da la clave: la desigualdad. Mientras el Derecho, o la política, permanezca en la tradición de considerar la igualdad formal como elemento fundante del sistema, el problema persistirá. Sin embargo, si hacemos un cambio de paradigma en la concepción de la autonomía y se da el salto a la intersubjetividad, tomando en cuenta las diferencias y particularidades de cada grupo social o de cada individuo, la justicia tendrá un salto cualitativo hacia una correcta distribución de autonomía entre todos los actores sociales.

Conclusiones

1. La autonomía de los particulares tiene bases filosóficas en el paradigma moderno de la razón (siglos XVII-XIX), económicas en el capitalismo y políticas en los principios de igualdad y libertad. Estas tres raíces influyeron en el individualismo jurídico, que considera a la autonomía como el dogma que no debe ser intervenido nunca por fuerzas extrañas.
2. La autonomía es parte importante en el desenvolvimiento de las actividades cotidianas de los sujetos, como la celebración de sus negocios jurídicos. Está contemplada como parte integrante del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Por eso la autonomía de los particulares debe entenderse en concordancia con los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad
3. Las bases filosóficas originales de la autonomía, ancladas en la modernidad, han entrado en crisis desde el siglo XX. La autonomía del sujeto fue arrastrada a esta crisis porque en el paradigma filosófico contemporáneo se pone énfasis a las determinaciones histórico-sociales de los individuos. Entonces la autonomía de los particulares se debe evaluar de acuerdo a los condicionamientos de su realidad social.
4. En la realidad social los sujetos están relacionados dentro de un sistema económico que los condiciona. Desde el origen del capitalismo se establecieron desigualdades al existir tensión en las relaciones de poder entre las clases hegemónicas y marginales. Estas desigualdades se hacen patentes cuando generan exclusión tanto económica como social. La autonomía de los particulares también es condicionada a estas características y se limita cuando sujetos de la clase hegemónica se relacionan con otros de las clases marginales.
5. En junio del 2000 se dio un derrame de mercurio, propiedad de la minera Yanacocha, en la localidad de Choropampa. Ante esta situación de crisis, la minera resolvió el conflicto celebrando transacciones extrajudiciales con los afectados. Estas transacciones fueron producto de una imposición de la minera en la negociación, valiéndose de la situación de necesidad de los afectados y de su nula información sobre la situación y del negocio que estaban celebrando. Esta situación limita la autonomía de los particulares en tanto no hay libertad para negociar.

6. Cuando una persona afectada demandó responsabilidad civil por los daños del derrame de mercurio, la corte suprema resolvió el caso estableciendo la validez de las transacciones sin contemplar las particularidades del caso. Esto constituyó una legitimación de la limitación de la autonomía de los particulares porque la corte se basó en la igualdad formal de las partes y no contempló las desigualdades estructurales que no permitían que los pobladores puedan ser verdaderamente autónomos frente a la minera.
7. Tanto las transacciones como la sentencia deben ser descalificadas como inválidas e injusta respectivamente, porque al limitar la autonomía de los particulares valiéndose de las desigualdades y de la posición marginal de los pobladores para negociar existió un abuso que vició la formación de la voluntad.
8. La crisis de la autonomía de los particulares no pasa solamente por causas filosóficas o teórico sociales, sino que está materialmente presente en la realidad cada vez que se comete un abuso como el ocurrido en la localidad de Choropampa. Es urgente revisar las bases de esta concepción para que pueda ser reinterpretada de acuerdo a las necesidades de la realidad.

Bibliografía

ACUÑA VALENCIA, Dante y Monica PAUCAR MONTORO

2016 “Choropampa y el seguro de salud fantasma: la ineficiencia del seguro de salud otorgado por la compañía minera Yanacocha en el ocaso del derramamiento de mercurio en Choropampa en el año 2000”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 201-215. Inédito.

ALEXY, Robert

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ANCADA, Jorge Luis

2012 “Una reflexión sobre la hegemonía y la contrahegemonía en tiempos de crisis”. En HIDALGO FLOR, Francisco (ed.). *Contra hegemonía y buen vivir*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

ARAUJO, Kathya

2009 *Habilitar lo social: usos y abusos en la vida social en Chile*. Santiago: LOM Ediciones.

BONILINI, Giovanni

2007 “La Transacción III”. En LEÓN HILARIO, Leysser L. (ed.). *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, pp. 461-464.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo.

2010 “Los fantasmas sí existen: la doctrina de los Actos Propios”. *Ius et veritas*.

Lima, número 40, pp. 50-62.

BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO

1987 *Apogeo y crisis de la República aristocrática*. Lima: Rickhay Perú.

CASUSO, Gianfranco

2015 “Libertad como participación social. El problema de la exclusión en Hegel”.
En GIUSTI, Miguel (ed.). *Dimensiones de la libertad: Sobre la actualidad de la
Filosofía del Derecho de Hegel*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 68-81.

CAVERO MENDOZA, Abelardo y Miluska CHÁVEZ LÓPEZ

2016 “Sistema de prevención de Choropampa”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.).
El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio. Lima: Pontificia Universidad
Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría
General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 127-140. Inédito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2008 *Primer Pleno Casatorio Civil*. Lima: Fondo del Poder Judicial.

CONCHA TAKESHITA, Yoshie y Ana NAVARRO ELGUERA

2016 “Transacciones extrajudiciales: ¿mecanismo adecuado en una situación de
desastre? Análisis en el caso de derrame de mercurio en Choropampa y San
Juan”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de
mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho,
Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y
2014-I, pp. 227-259. Inédito.

CONTRERAS, Carlos

2012 *Orígenes históricos de la desigualdad en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad
Católica del Perú, Departamento de Economía.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

2003 “La doctrina de los actos propios”. En *Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos: libro homenaje a Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DE LOS RÍOS, Carlos

2014 “El modelo de los extremos y la desigualdad económica en el Perú”. En COTLER, Julio y Ricardo CUENCA (eds.). *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*. Lima: IEP.

DI MAJO, Adolfo.

2007 “Delle obbligazioni in generale”. En LEON HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lima: Jurista editores.

DIAZ DELGADO, María Gracia y Joyce POVES MONTERO

2016 “El rol subsidiario del Estado frente a los poblados de San Juan, Choropampa y Magdalena a raíz del derrame de mercurio”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 189-200. Inédito.

DIEZ-PICAZO, Luis.

1963 *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*. Barcelona: Boch.

D'ONOFRIO, Paolo

2007 “La Transacción II”. En LEÓN HILARIO, Leysser L. (ed.). *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, pp. 459-461.

ECHEVARRÍA, Rafael

1988 *El búho de minerva: introducción a la filosofía moderna*. Santiago de Chile: Programa Interdisciplinario de Investigación en Educación de la Academia de Humanismo Cristiano.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2011 *Los principios contenidos en el título preliminar del Código civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Grijley

EUSEBI, Colomer

2002 *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*. Barcelona: Herder.

FERRI, Giovanni Battista

2002 *El negocio jurídico*. Lima: ARA editores.

FERRI, Luigi

1969 *La autonomía privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2000 “El supuesto de la denominada Autonomía de la voluntad”. *Gaceta Jurídica*. Lima, Tomo 75-B. Pp. 9-35.

FIGUEROA, Adolfo, Teófilo ALTAMIRANO y Denis SULMONT

1996 *Exclusión social y desigualdad en el Perú*. Lima: OIT.

FLUME, Wener

1998 *El negocio jurídico: parte general del derecho civil. 4ta edición.* Madrid: Fundación cultural del notariado.

GALLO, Paolo.

2009 *Contratto e buona fede, Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto.* Turín: Utet Giuridica..

GARCÉS PERALTA, Carolina

2012 *El derecho al libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico peruano vigente.* Tesis de Magister en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

GONZALES ESCUDERO, Damian Augusto

2014 “¿Qué relación tienen Techito y la Ilustración?: Sobre la modernización en el Perú desde el Derecho”. *Enfoque Derecho*. Juristoria. Lima, 16 de Julio. Consulta: 03 de marzo de 2016.
<<http://enfokederecho.com/otros/que-relacion-tienen-techito-y-la-ilustracion-sobre-la-modernizacion-en-el-peru-desde-el-derecho/>>

GOUNOT, Emmanuel

1912 *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit prive. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique.* These pour le doctorat in science juridique. Paris: Université de Dijon, Faculté de Droit.

GROSSI, Paolo

- 1993 *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.
- GUEVARA GIL, Jorge Armando
- 2009 *Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la antropología e historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- HABERMAS, Jurgen
- 2008 *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz.
- HEIDEGGER, Martín
- 1951 [1927] *El ser y el tiempo*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura económica.
- HESPANHA, Antonio Manuel
- 2002 *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- HINESTROZA, Fernando
- 2005 “Estado de necesidad y estado de peligro”. *Revista de Derecho Privado*. N° 2.
- IOFFE, O. S.
- 1960 *Derecho Civil Soviético*. México: Editorial universitaria.
- KUHN, Thomas S.
- 2004 *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica
- LANDA ARROYO, César
- 2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- LEÓN BARANDIARÁN, José

- 1997 *Acto jurídico*. Segunda edición. Lima: Editorial Gaceta jurídica.
- LEÓN HILARIO, Leysser Luigi
- 2003 “Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)”. En *Estudios sobre el contrato en general: Por los sesenta años del código civil italiano (1942-2002)*. Lima: ARA, Pp. 877-936.
- LOPEZ, Sinesio
- 2012 *La desigualdad económica y la política: aproximaciones conceptuales*. Lima: PUCP.
- MATTEI, Ugo y Laura NADER
- 2013 *Saqueo: Cuando el Estado de Derecho es ilegal*. Lima: Palestra Editores.
- MICCIO, Renato
- 2007 “La Transacción P”. En LEÓN HILARIO, Leysser L. (ed.). *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, pp. 453-458.
- MORALES HERVIAS, Rómulo.
- 2002 *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima: ARA editores.
- NÚÑEZ, Estuardo
- 1937 *La influencia alemana en el derecho peruano*. Lima: Imprenta GIL.
- ORTIZ CABALLERO, René.
- 1991 “La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano”. *Derecho PUCP*. Lima, Volumen 45, pp. 265-285.
- O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia.
- 2005 “El cielo de los conceptos jurídicos versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. *Themis*. Lima, época 2, número 51, pp. 43-55.

OKUN, Arthur M.

1975 *Equality and efficiency, the big trade off*. Washington: The Brookings Institution.

OLARTE SACO, Marcia y Sonia Sofía VALIENTE CABELLO

2016 “El trabajo del sistema de riesgos del Gobierno Regional tras un desastre: caso Choropampa”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 177-188. Inédito.

PALACIOS YABAR, Yoneko Wendy y David Neftali CAMPOS FLORES

2016 “Derecho a la salud: El mercurio y sus efectos en la salud humana”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 59-70. Inédito.

POULANTZAS, Nicos

1969 *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*. Córdoba: Pasado y Presente.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

1997 *El código napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

2001 *Historia del Derecho Civil peruano: siglos XIX-XX. Volumen II: La codificación del S. XIX: Los códigos de la confederación y el Código civil de 1852*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

2011 *Historia del Derecho Civil peruano: Siglos XIX-XX. Volume VII: La dogmática en triunfo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

REMY, María Isabel

2014 “Democracia y desigualdad: poderes fácticos, régimen político y ciudadanía diferenciadas”. En COTLER, Julio y Ricardo CUENCA (eds.). *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*. Lima: IEP.

ROSAS LAURO, Claudia

2011 *Nosotros también somos peruanos: la marginación en el Perú*. Lima: EEGLL-PUCP.

ROUSSEAU, Jean-Jaques

1981 *El contrato social*. Tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe.

RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SARTRE, Jean Paul

1993 [1966] *El ser y la nada: ensayo de ontología fenomenológica. Novena edición*. Buenos Aires: Editorial Lozada.

SAVIGNY, Friedrich Karl von

1847 *Sistema de derecho romano actual. 2da edición*. Madrid: Centro de estudios Góngora.

SCOGNAMIGLIO, Renato

2004 *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Grigley.

SCHNEEWIND, Jerome B.

2009 *La invención de la autonomía: una historia de la filosofía moral moderna*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

SCHWABE, Jurgen

2003 *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.

SEN, Amartya

1997 *La desigualdad económica.* Segunda edición. México. Fondo de Cultura económica.

SIEYES, Emmanuel-Joseph

1993 *Escritos políticos.* México DF: Fondo de Cultura Económica.

SISNIEGAS RODRÍGUEZ, Adrián

2016 “Choropampa: el precio de Conga”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 15-30. Inédito.

SOSA SACIO, Juan Manuel

2007 “¿Jolgorio, esparcimiento, diversion? Sobre la real trascendencia del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, reconocido como derecho fundamental innomindado en el caso “Calle de las Pizzas”. (Exp. N° 0007-2006-PI/TC, STC 3760/2007)”. *Palestra del Tribunal Constitucional.* Lima, año 2, número 11, pp. 669-677.

SOSA SACIO, Juan Manuel

1988 *Derecho constitucionales no enumerados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.* Consulta web hecha 20-04-2015. (<http://www.academia.edu/3827691/>)

STOLFI, Giuseppe

1959 *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de derecho privado.

TANAKA, Martín

2014 “La desigualdad en las ciencias sociales peruanas: itinerario y temas de la agenda actual”. En COTLER, Julio y Ricardo CUENCA (eds.). *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*. Lima: IEP.

Tilly, Charles

2000 *La desigualdad persistente*. Buenos Aires: Manantial.

TORRALBA, Francesc

2013 *Los maestros de la sospecha: Marx, Nietzsche, Freud*. Barcelona: Fragmenta Editorial.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1992 *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

VALENCIA SAENZ, Krystal del Carmen y Henry Eduardo SERVAN MONTALVO

2016 “Caso Choropampa: Testimonio de la señora Verónica Ruiz”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 85-95. Inédito.

VELIT ADRIANZÉN, José Roberto y Verónica Patricia CARRASCO NUÑEZ

2016 “El caso Choropampa visto desde la perspectiva de la empresa minera Yanacocha”. En PEÑA JUMPA, Antonio (ed.). *El caso “Choropampa”: el derrame de mercurio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, Semestres 2013-II y 2014-I, pp. 47-58. Inédito.

WIEAKER, Franz.

1982

El principio general de la buena fe. Madrid: Editorial Civitas.





Anexo 1 – Informe de trabajo de campo

1. Introducción

En las postrimerías del fujimorato, y a pocos días de haber culminado un proceso electoral polémico, el 2 de junio del año 2000, en la localidad de Choropampa, se produjo un derrame de mercurio, propiedad de la empresa minera Yanacocha. Esta había contratado a la empresa Ramsa S.A. para que trasladara el material, sin embargo ese día la falta de cuidados ocasionó un desastre que hasta el día de hoy tiene consecuencias. 16 años después este hecho suscita cuestionamientos por dos hechos controvertidos. En primer lugar, la forma reprochable en que la empresa minera trató de compensar los daños producidos a partir del derrame y una sentencia de la corte suprema que legitimó estos abusos cometidos por Yanacocha.

Nuestro cuestionamiento, en esta tesis, viene por la forma en que se limitó la autonomía de los pobladores impidiendo que estos pudieran expresarla, mediante su voluntad, al no contar con información suficiente sobre los alcances de los daños. Como también se limitó la autonomía al negarles poder de negociación sobre los términos –clausulas– de los resarcimientos. Los elementos teóricos esgrimidos a lo largo del trabajo dejan notar que hay situaciones en las cuales las desigualdades económicas y sociales dificultan o quiebran el equilibrio ideal que se debería dar entre todos los particulares al momento de negociar y celebrar negocios jurídicos. Sin embargo, para poder cumplir con los objetivos de un estudio de este tipo, se hacía necesario un trabajo de campo. La finalidad de este trabajo es que el estudio no quede en el terreno de lo meramente teórico-especulativo y se pueda comprobar con datos empíricos las limitaciones de la autonomía de los particulares en nuestra realidad.

Por eso se hacía importante para este trabajo ir a la misma zona del derrame, conocer la situación misma desde el testimonio de los agraviados, saber sus pareceres a 16 años del abuso, pero sobre todo observar su condición actual. En el presente informe revisaremos los pareceres e impresiones que resultaron de la visita a Choropampa. Es importante dejar claro que en este breve informe sólo se verterán apreciaciones del tesista sobre la visita a Choropampa, ya que los elementos empíricos que son considerados para los objetivos de la tesis se encuentran oportunamente en el cuerpo de la misma.

2. Visita a Choropampa

Choropampa es un pueblo situado aproximadamente a una hora de Cajamarca, cuando se llega a esa capital desde Lima se pasa por este poblado. Se encuentra entre los pueblos de San Juan y Magdalena, razón por la cual cuando se sale desde Cajamarca, tomando los buses o autos en el “paradero de la costa”, se hace una parada previa en San Juan y luego de parar en Choropampa la movilidad sigue hasta Magdalena, donde es su último paradero. Una vez ubicado en el pueblo a estudiar, difícilmente se observa a alguna persona caminar, dando la impresión de que no hay mucha población en el lugar –aun sabiendo de antemano que la población no excede las 1500 personas–, lo cual es razonable dado que la extensión de Choropampa no es más de 1km. de largo por 2 km. de ancho, es decir se trata de un pueblo pequeño. Un detalle que se puede apreciar a primera vista es que el terreno donde ha sido construido el pueblo es empinado, una situación geográfica que facilita que cualquier material derramado en la pista central se pudiera extender por toda la ciudad (Ver “Fotografía 1”). Es importante decir que los paisajes son un gran atractivo del lugar, por donde se mire la localidad se encuentra rodeada de cerros llenos de vegetación coronados por el cielo despejado.

Nuestra primera parada es el puesto de salud de Choropampa (Fotografía 8). La información de un colega natural de Cajamarca nos lleva a este punto. En la acera del frente se encuentra el restaurante de la señora Verónica Ruiz, es la única puerta abierta. Cuando me acerco, encuentro una señorita vestida con un mandil color guinda. “¿Sí?”, me pregunta, “¿a quién busca?”. Luego de saludar le comento que venía desde Lima buscando a la señora Verónica Ruiz. Me indicó que estaba en el lugar correcto, llamó a la señora y salió de la casa. Una persona de mediana estatura, de rostro circunspecto pero amable se acerca y me dice: “Sí, yo soy”. Sin pausa le cuento el objetivo de mi presencia en el pueblo, solicitándole una entrevista. Aún desconfiada me repregunta sobre cómo había llegado a ese lugar, su casa, y lo que iba a hacer con la información que ella podría brindarme. Me pareció comprensible su cautela, dado que no han sido pocas las veces que personas externas se han acercado con la finalidad recabar información, dándoles esperanza de apoyo que finalmente nunca llegó. Le comenté que fueron colegas, que se habían acercado previamente a su domicilio, los que me dieron la referencia. Ella los recordó y con más confianza me brindó la entrevista.

No fue larga esa primera conversación, pero quedó claro que aún se sentía que restaban asuntos pendientes. “¿Usted cree que hay justicia?” me preguntó casi al final del diálogo, mi silencio fue tomado como una negativa, “Yo tampoco, no creo que haya justicia”. Acabada esa primera entrevista, me pidió que regrese en la tarde para seguir conversando. Por otro lado me recomendó que busque a la señora Juana Martínez, quien, a su criterio, tenía muchas cosas que decir sobre Yanacocha y el derrame de mercurio. Saliendo de la casa de la señora Verónica crucé la pista para observar el lugar que ella había indicado como el punto donde comenzó el derrame (Fotografía 2). Es la entrada a Choropampa y es el espacio más alto del pueblo, un lugar propicio para que cualquier derrame producido en esa zona se extienda hasta la parte más baja del pueblo y lo atraviese completamente. Entendí por qué fue tan sencillo que el mercurio se desperdigara rápidamente por el largo de la avenida central de Choropampa.

Ya que me encontraba cerca a la puerta del puesto de salud, decidí entrar para revisar sus condiciones. Al ingresar volví a toparme con la señorita del mandil guinda, ella trabajaba ahí. Le pregunté por los médicos, sin embargo su respuesta fue desalentadora, mientras un médico se hallaba de vacaciones, el otro había renunciado. En suma, no había médicos en Choropampa. Cuando salía, me topé con un técnico que trabajaba en el puesto pero recién llegaba. Pude hablar con él dos minutos, me comentó que también firmó una transacción en su momento, pero que nunca quiso demandar porque sabía que la empresa minera ganaría. Seguí el camino que me habían señalado rumbo a la casa de Juana Martínez. Llegué a una tienda. En Choropampa sólo pude contar tres tiendas, dos de ellas muy pequeñas, que tenían productos para el consumo diario, pero la tienda a la que había llegado era más grande, no sólo tenía abarrotes y productos de limpieza, sino productos de ferretería, útiles de oficina e, inclusive, zapatos. La señora Juana no se encontraba, su hija me dijo que había “salido a la chacra”, que regrese en un par de horas.

Dado que en Choropampa ya no hay muchos lugares para comer, salvo algunas casas que brindan comida, decidí recorrer el pueblo. Recordando que la persona que fue parte del proceso del primer pleno casatorio era profesora en el colegio, fui con dirección hacia allí. A lo lejos se podía apreciar que este cuenta con infraestructura moderna, supuse que se trataban de las construcciones que Yanacocha hizo luego del derrame. Cuando llegué, me atendió el portero, le hice dos consultas: en primer lugar por la señora Giovanna Quiroz Villaty, en segundo lugar, por las obras que hizo Yanacocha en el colegio. Sobre la primera me indicaron

que luego de desempeñarse como directora de la escuela primaria (en Choropampa hay una diferencia entre instituciones educativas, al nivel primaria le llaman escuela y al secundaria, colegio) ella se mudó a Cajamarca hace tres años. Sobre lo segundo me indicaron dos pabellones, uno de salones de clase y otro de servicios higiénicos. Finalmente el señor me indicó que Juana Martínez podría contactarme con la señora Quiroz.

Caía la hora de almorzar, y dado que las opciones para elegir un lugar para comer son limitadas, decidí regresar a la casa de la señora Verónica. Cuando llegué fui atendido de la mejor forma. Luego de terminado mi almuerzo, con la señora iniciamos una conversación extensa. Los temas fueron variados, desde política, las elecciones hasta la actividad minera en Cajamarca. Durante este diálogo descubrí dos informaciones de gran importancia. Por un lado, la razón por la cual los pobladores de Choropampa recogieron el mercurio derramado. Es importante recordar que este hecho ha sido causa de cuestionamientos por parte de los abogados de la minera, quienes lo plantearon como una auto exposición al peligro por parte de la población. Sin embargo, no tienen en cuenta que los habitantes de Choropampa recogieron el material derramado porque pensaron que se trataba de “Azogue”. Este material es conocido como mercurio tratado y purificado de los componentes altamente tóxicos, o como decía la señora misma: “es mercurio limpio, que no hace mal porque ya no es en bruto”. En la creencia popular de los Choropampinos, el azogue se utiliza para curar a los niños de lo que ellos llaman “el susto”. Se coloca el material en un pomo pequeño y se le cuelga al niño en el cuello o lo carga en su bolsillo. Se cree que así el “susto” se alejará del niño. Entonces el objetivo de los pobladores era comerciar con este material, venderlo en los caseríos aledaños como cura para el susto. No pensaron que este mercurio no era lo que ellos llamaban azogue, sino que era altamente tóxico.

Por otro lado, descubrí un caso importante, el de la señora Luisa Arribasplata Mestanza, quien padeció las peores consecuencias del derrame que han sido registradas. Conocer este caso es fundamental porque se piensa que la gravedad de su estado se debe a que ella misma hirvió, dentro de su casa, el mercurio que recogió. Esta versión fue difundida por Yanacocha, pero la señora Verónica la desmiente. Natural de Cajamarca, Luisa Arribasplata llegó a Choropampa en 1997 para trabajar como enfermera en el puesto de salud, por eso durante su estancia arrendaba una habitación al frente de su centro de trabajo, al costado de la casa de la señora Verónica (Ver Fotografía 4). Ahí se alojaba con su hija Esthefany Abanto Arribasplata, quien el

momento del derrame tenía aproximadamente 5 años de edad. Cuando se produjo el desastre, la señora recogió un poco de mercurio junto a su hija, y lo almacenó dentro de su casa. Al día siguiente, cuando iniciaron los síntomas en la mayoría de la población, cayó enferma. En este momento la señora Verónica comenzó a atenderla, a pesar de sus propias dolencias, porque su estado era crítico. Al día siguiente la trasladaron a Cajamarca y le entregó las llaves de su casa a la señora Verónica, ya que era de su entera confianza. Días después se enteraron que en el hospital de Cajamarca había sufrido un “paro-shock” que la postró en estado vegetal.

“Ella era como una hermana para mí” me dijo Verónica Ruiz. Así mismo recordó que al día siguiente del derrame, cuando aún no se tenía conciencia de que el material derramado era altamente tóxico, se encontraba lavando el mercurio recogido junto a su hija y la hija de la señora Arribasplata. Pensaban que el color plomo oscuro que tomaba el agua era producto de la tierra que se había impregnado en el material al estar esparcido sobre la pista. Recuerda un detalle, cuando metieron el mercurio a la casa de la señora Arribasplata, se derramó una porción sobre la parte central. Al día siguiente fueron trasladadas a Cajamarca y esa habitación, cuya única ventilación era la puerta quedó cerrada por 5 días, hasta que llegaron los ingenieros de Yanacocha junto a representantes del ministerio de salud y del ministerio público a verificarla. Tomando en cuenta que en la zona de Choropampa la temperatura es elevada en esa parte del año, en palabras de la señora Verónica: “se hizo un horno, donde se evaporó el mercurio que se había derramado en la parte central del cuarto”. Por eso los valores de contenido de mercurio que marcaban los medidores de los ingenieros eran tan altos. Según la señora Verónica, ella misma fue la que les abrió la puerta de la habitación y estuvo presente durante toda la diligencia. En un momento escuchó que conversaban entre ellos y susurraban que para que los valores estén tan altos y la señora Luisa en estado grave, debió haber hervido el mercurio, no se les ocurría otra explicación. La señora, al escucharlos, replicaba que no era posible lo que decían puesto que en ningún momento se había hervido el mercurio, pero no le hicieron caso. Ella lo sabía porque había estado con ella en todo momento hasta que partió para Cajamarca. Tiempo después, esa ha sido la única versión que se conoce sobre el hecho hasta el día de hoy, hecho que le resulta injusto a la señora Verónica.

Se supo que al poco tiempo la señora Luisa Arribasplata fue trasladada a Lima. Unos cuantos pobladores fueron a visitarla al año siguiente y al regresar contaron que el estado de la señora era peor: había perdido peso gravemente, perdió una parte de la dentadura y, lo que ya se sabía,

se encontraba en estado vegetal. Desde ese momento no se sabe nada de ella, entre los pobladores especulan que ha fallecido, pero otros prefieren creer que está viva. Lo que sí es cierto es que la señora Verónica desea encontrarla y me solicita ayuda para hacerlo. Los únicos datos con los que cuenta es su nombre, el de su hija que a la fecha tiene aproximadamente 22 años de edad, y que Yanacocha las aseguró de por vida. Es un caso grave y merece ser conocido desde otra perspectiva, me comprometí a ayudar a encontrarla en lo que me fuera posible, aunque resulte un tanto complicado.

Luego de esta larga conversación, debía partir al encuentro de Juana Martínez. Esta vez sí la ubiqué. El diálogo fue también amplio, una característica importante de esta señora es que no firmó transacción con Yanacocha, además fue parte del proceso que se siguió en Estados Unidos. Su testimonio es ilustrativo de lo que era Choropampa antes del derrame: una zona comercial muy productiva, un punto de interacción entre Cajamarca y la costa, además de ser una zona de atractivo turístico por los diversos establecimientos de comida típica. Hoy nada de eso existe, el impacto del derrame de mercurio ha causado estragos en todos los aspectos de la vida en Choropampa. La señora Juana es un ejemplo vivo de todo esto. Su economía ha empeorado progresivamente desde el día del derrame, ella es una víctima de primera mano porque se ha dedicado al comercio toda su vida. ¿Quién y cómo puede resarcir todas las pérdidas económicas y la transformación de la vida en el pueblo? Es difícil responder esta pregunta, pero, por lo menos, queda claro que Yanacocha ni lo ha intentado.

Al no aceptar las transacciones de Yanacocha, y al no tener noticia del proceso en Estados Unidos, decidió demandar a la empresa minera antes de que concluya el plazo de prescripción. Aunque los abogados representantes de la firma estadounidense le solicitaron que no realice la demanda para no afectar el proceso que ellos tenían en marcha, ella optó por hacerlo porque a su criterio la acción de estos abogados era inconstante. Según ella, su comunicación era limitada, ellos no informaban sobre el avance del proceso y había mucha incertidumbre. “Por dos años no supimos nada de ellos” me dijo. Ante este escenario, la señora Juana no quería dejar escapar la posibilidad de tener justicia de alguna manera. Sin embargo ella no demandó sola, sino acompañada de 70 personas más, quienes tampoco habían firmado transacciones. Desde ese momento, la firma estadounidense y sus representantes peruanos perdieron el contacto con ella, al punto que cuando regresaron con la noticia de que se había ganado el juicio y debían repartir el resarcimiento obtenido, fue excluida de la convocatoria, de manera

que nunca recibió nada. En cuanto al juicio que tiene en el juzgado de Cajamarca, van 14 años sin respuesta, en primera instancia se declaró infundada porque los niveles de mercurio que contenía en el cuerpo era menor a 150 microgramos. ¿Cuál fue el criterio de ese juez para establecer esa cantidad como base? No se sabe, como tampoco se sabe si este criterio arbitrario se mantendrá en la sala donde se apeló la sentencia ya que hasta la fecha no se ha emitido una sentencia. La señora Juana sólo quiere justicia, no se trata de ganar una suma de dinero, sino de una reivindicación moral para ella, su familia y su pueblo. Antes de partir de regreso a Cajamarca, la señora Juana me ofreció el número de contacto de su abogado, pero este nunca contestó cuando intenté llamar. También me ayudó a contactar a la señora Giovanna Quiroz. Agradecido por el apoyo brindado, partí con rumbo a Cajamarca.

No obstante había anochecido, me sentía en el deber de comunicarme con la señora Giovanna Quiroz. Llamé y contestó una persona de voz desconfiada, me presenté, le comuniqué el objetivo de mi llamada y aun con recelo aceptó una reunión para el día siguiente. Esta entrevista resultaba importante porque su nombre fue el medio para que el primer pleno casatorio legitimara los atropellos del poder económico sobre la necesidad. Digo nombres porque es probable que los magistrados de la corte suprema sólo vieran un nombre en un expediente en vez de una persona que sufrió abuso, con problemas y necesidades de salud de ella y su familia. Tenía la seguridad de que había mucho por decir.

A la tarde siguiente volví a llamar aproximadamente a las 4 de la tarde y me pidió que vaya hasta su domicilio. Una vez allí, comenzó la entrevista. Es complicado comenzar una conversación con un extraño sobre un tema que aún resulta espinoso. Por eso comprendí la desconfianza inicial, conforme íbamos avanzando, su apertura abonaba más a los contenidos del encuentro. Sus palabras dejaban una sensación entre coraje y resignación. Hasta cierto punto culpabilidad por no haber evacuado a sus hijos y por firmar las transacciones. “¿Usted qué tiene que decir? ¿Se puede hacer algo, joven?” me preguntó cuando terminó la entrevista. Ella buscaba una esperanza y yo una respuesta. Le di mis pareceres sobre la sentencia y le expliqué lo complicado que sería revertir una sentencia como el primer pleno casatorio. La resignación de su rostro no cambió, sin embargo aun así me agradeció por el interés. Yo le agradecí por su tiempo, su ayuda, pero sobre todo porque ahora el nombre del expediente tenía un rostro, que quizá los magistrados no conocieron y posiblemente no conocerán.

3. Conclusión

¿Cómo no involucrarse de manera personal en un caso de injusticia como este? Son 16 años que está la herida abierta, aún quedan muchos aspectos pendientes. Aún se espera ayuda y sobre todo justicia. Sin embargo, para el Estado y para Yanacocha, el caso está cerrado. Los testimonios recogidos en este trabajo de campo demuestran que desde ninguna perspectiva de hizo justicia: ni desde los que firmaron transacción y no demandaron (Verónica Ruiz), ni desde los que no firmaron transacción y aún esperan un resarcimiento (Juana Martínez) y menos desde los que firmaron una transacción y luego demandaron (Giovanna Quiroz). La insatisfacción de la “justicia” recibida no alienta sino desconfianza y disconformidad con el sistema jurídico, judicial y económico.

Si bien es considerado por muchos “académicos” que un trabajo de tesis debe guardar una pseudo-objetividad académica, esta pretendida neutralidad sólo esconde una incapacidad para tomar postura o para ser críticos. Hay momentos en la vida, y más en la vida académica, en donde se debe sentar una postura. El verdadero intelectual es aquel que se involucra con su medio. Este trabajo de campo confirmó la postura de esta tesis, la justicia es quebrada por los intereses externos a esta. Por eso se debe conocer y criticar el proceso del caso Choropampa. Más cuando la coyuntura nos indica que los discursos, que en el cuerpo de la tesis hemos llamado hegemónicos económicamente hablando, se han legitimado electoralmente. Resulta irónico que Choropampa tenga pintas y propaganda políticas mayoritariamente del partido del presidente que les dio la espalda cuando se produjo el derrame (ver Fotografía 12). Para que estos hechos no se repitan, este trabajo de campo y esta tesis proponen un punto de vista crítico al sistema que legitimó estos abusos en Choropampa.

Anexo 2- Fotografías



Fotografía 1. Vista panorámica del pueblo de Choropampa.



Fotografía 2. Lugar señalado por Verónica Ruiz como el punto donde comenzó a extenderse el derrame de mercurio en Choropampa.



Fotografía 3. Señora Verónica Ruiz Portilla



Fotografía 4. Fachada de la vivienda de la Señora Verónica Ruiz Portilla, donde actualmente tiene una pensión de alimentos. La puerta que se mantiene cerrada era el único acceso para la habitación donde vivía Luisa Arribasplata Mestanza. Como se puede apreciar, no existe otra entrada de ventilación.



Fotografía 5. Señora Juana Martínez.



Fotografía 6. Municipalidad de Choropampa.



Fotografía 7. Plaza de Choropampa



Fotografía 8. La posta de salud de Choropampa.



Fotografía 9. Puerta principal del Colegio “Jesús de Nazaret”. Único colegio nivel secundario en el pueblo.



Fotografía 10. Pabellón construido por la empresa minera Yanacocha como parte de las mejoras hechas a la población choropampina. Se puede apreciar a los escolares en su momento de descanso.



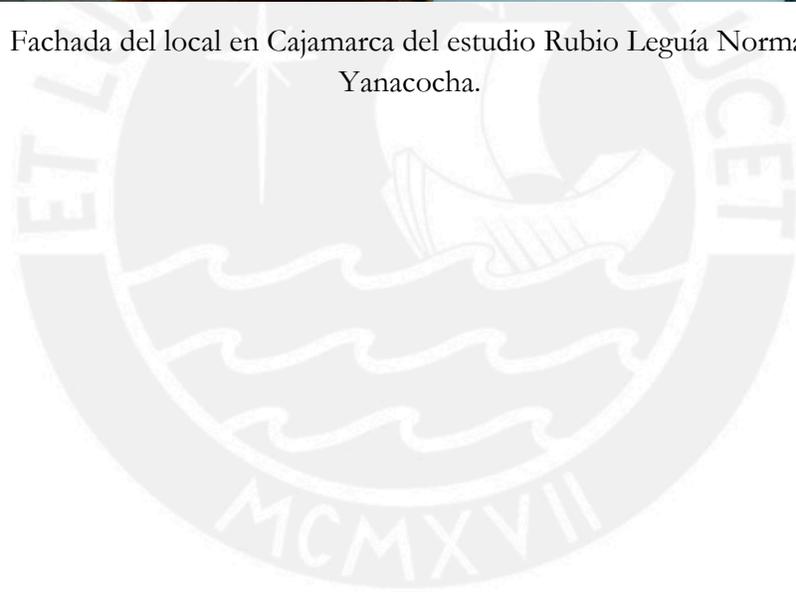
Fotografía 11. Baños construidos por la empresa minera Yanacocha como parte de las mejoras hechas a la población chorompampina.



Fotografía 12. Propaganda política del candidato al congreso por la agrupación fujimorista “Fuerza Popular”, Osías Ramírez Gamarra, quien fue electo manteniendo vínculos al narcotráfico.



Fotografía 13. Fachada del local en Cajamarca del estudio Rubio Leguía Normand, asesores de Yanacocha.



Anexo 3 - Entrevistas

1. Entrevista Verónica Ruiz-Parte 1

Verónica Ruiz: Mi nombre es Verónica Ruiz Portilla, tengo 52 años, vivo acá, esta es mi casa. El 2 de junio del año 2000, el derrame fue al frente, a la altura de la casa de mi papá. Entonces cayó el mercurio de un tráiler. Nadie conocía lo que era el metal. Yo lo conocía por azogue. Dicen que el azogue es también mercurio pero, que le digo, es limpio, pero ese era contaminado, tenía muchos metales. A raíz de eso la gente comenzó a recoger. Y después comenzaron los dolores, los problemas.

Damian Gonzales: ¿A nivel de la mayoría de las personas, nadie sabía qué era mercurio en bruto? ¿Y por ende nadie sabía las consecuencias de tener mercurio en el cuerpo?

VR: No, nadie sabía hasta el día 3 que vienen las autoridades y ahí nos dicen que era dañino. Pero había una contradicción entre dos médicos: el que era director regional y el que era director del hospital. El director regional decía que era dañino y el otro decía que no era dañino. ¿A quién se le hacía caso si los dos eran médicos? Bueno, pasaron todas las cosas y a los dos días la gente empezó a enroncharse, a sentir como cansancio, vómitos, dolores de cabeza, calambres y desde ahí empezaron las cosas fuertes. Hasta el día 10 que empezaron a sacar los primeros análisis a un promedio de 14 personas, nos dijeron que esperemos los resultados. Mientras eso, la obstetrix del puesto de salud se enfermó, el día 11 le dio un paro-shock hasta el día de hoy. La enfermera se enfermó, se fue con su hija a Lima, luego nos llamó un día antes de que nos dieran resultados positivos, ella nos llamó que era mercurio y que era dañino, que tengamos cuidado al no recoger o tratar de evadirlo. Cuando ella ya estaba en Lima, el día 13 que estaba allá con su niña. Y el día 14 recién dieron por un médico en Cajamarca que era mercurio nuestro problema en Choropampa.

DG: ¿Las empresas se hicieron presentes de algún modo?

VR: Yanacocha sí. Desde el día siguiente estuvieron acá, pero en ningún momento nos dijeron que era dañino. En todo momento nos negaron.

DG: ¿Nunca hubo la información de que ese material era dañino?

VR: NO, nos negaban que era dañino, y después al final nos dijeron que nos iban a indemnizar con unos cuantos centavos. Y con eso nos iban a reparar los daños en la salud.

DG: Entonces, la minera dijo que iba a reparar los daños ¿de qué forma?

VR: Económicamente, de manera personal y también con obras a la población.

DG: ¿De forma personal se dieron las transacciones?

VR: Extrajudiciales

DG: ¿Usted firmó una transacción extrajudicial?

VR: Sí

DG: ¿Usted sabía qué era una transacción en ese momento?

VR: No.

DG: ¿Primera vez que veía una transacción?

VR: Era la primera vez y la verdad que yo no entendía muchas cláusulas, porque nosotros ni siquiera teníamos un asesor legal. Ellos nos pusieron asesor legal, nos pusieron los jueces, nos pusieron todo.

DG: ¿Ellos fueron los que se encargaron de todo el trámite?

VR: Todo el trámite...

DG: ... ¿sólo para que ustedes firmen?

VR: Nada más.

DG: ¿Sabía qué estaba firmando?

VR: No, no sabía, porque yo no entendía.

DG: ¿Le explicaron los términos, qué significaba todo eso?

VR: No, sólo decían así: “aquí está la transacción, toma, léela, bueno, si te parece la firmas y sino también”. Y cuando ya a veces la gente se negaba a firmar, por decir en octubre,

noviembre y diciembre, nos decían: “o lo tomas o lo dejas, porque aquí la empresa se va y nunca más va a volver para darte nada”.

DG: ¿Desde cuando empezaron a firmarse las transacciones?

VR: Más o menos del 25 ó 26 de agosto.

DG: ¿Las transacciones incluían una suma que se entregaba al momento de la firma?

VR: No, al momento era el 50% y cuando estaba documento allá, o sea con los jueces y los abogados y todos listos los documentos nos daban la otra parte.

DG: ¿Cuánto eran las sumas de las transacciones?

VR: Variaban. Era de acuerdo al análisis que tenía la persona en orina.

DG: Esos análisis, ¿Quién los hacía?

VR: Yanacocha, los análisis los hicieron en San Marcos, con los dueños de los laboratorios que eran unos hermanos Anaya.

DG: ¿De acuerdo a eso, se establecía una escala de sumas?

VR: Así es. Ellos hacían esas cosas, nunca nadie sabía.

DG: Y por otro lado, las obras que dijeron que iban a hacer...

VR: Ah, la plazuela, el colegio, unas gradas en el campo de fútbol. Eso fue todo.

DG: ¿Implementaron cuestiones de salud? ¿Mejoraron la posta?

VR: Un poco, remodelamos un ambiente y lo equipamos un poco.

DG: Volviendo a las transacciones, ¿estas sumas de dinero alcanzaron para que las personas pudieran curarse?

VR: No, mil soles, dos mil soles, amigo por favor... si volvieran a ofrecer no aceptaría ni loca. Las secuelas son muy duras, muy fuertes.

DG: ¿Usted considera que Yanacocha abusó de su desinformación?

VR: Sí, son unos abusivos, son unos criminales. Eso es lo es Yanacocha para nosotros, bueno, no sólo para nosotros acá en Choropampa, sino que para toda la gente cajamarquina que realmente es demasiado abusiva esa empresa. Debería irse y de repente nunca más hacer daño a la población.

DG: Al día de hoy... ¿usted tiene secuelas?

VR: Sí.

DG: ¿Conoce personas que tienen secuelas?

VR: La mayoría

DG: ¿Usted en algún punto empezó una demanda contra Yanacocha?

VR: Sí, pero qué le digo, Yanacocha lo maneja todo. Nuestras transacciones, nuestras demandas fueron a Lima, y allá el señor Távara como que las revertieron, dijeron “no, ellos han transado extrajudicial y ya no se puede hacer nada, no tienen derecho a nada”. En nuestro país, mientras exista esa gente corrupta, nunca habrá justicia para la gente que lo necesita.

DG: ¿Sabe usted que hubo una firma estadounidense que también llevó el caso a cortes de Estados Unidos? ¿Sabe qué pasó con esa suma?

VR: A ellos sí les han dado, porque fue un grupo de personas, no todos, sólo un grupo de personas que seleccionaron. Mayormente fue gente que nada tenía que ver, que nunca conoció el mercurio, gente que nunca ha vivido acá, gente foránea. Todo se lo manejaron ya ellos y les dieron desde cien dólares hacia arriba. El mínimo 50 ó 60 mil dólares.

DG: ¿Usted estuvo en ese grupo de personas?

VR: No, porque nosotros transamos extrajudicial.

DG: ¿Yanacocha les informó que luego de firmar la transacción no podrían demandarlos o se dieron cuenta después?

VR: No, nos dimos cuenta mucho después.

DG: ¿Qué tendría que decir sobre la justicia de estas transacciones y la justicia que ha recibido usted después del daño?

(Segundos de silencio)

VR: ¿Usted cree que hay justicia?

DG: No

VR: Yo tampoco, no creo que haya justicia. Mientras exista gente corrupta, mientras haya gente que maneje poder, mientras Yanacocha maneje todo, mientras los fujimoristas están ahí, peor todavía. En ese tiempo, el señor Fujimori fue el presidente, estaba en Cajamarca y quisiera vino a ver el problema. La señora María Cuculiza, que es una señora de un corazón negro diría yo, vino acá y nos dijo: “No busquen abogado para nada, que mejor abogado que el señor presidente. Él va a ver su caso y les va a defender”. Tenemos hasta la fecha los videos. Ojalá que el dinero que ellos hayan ganado les sirva para que tengan una vida eterna y sigan haciendo daño a más gente inocente como nosotros, que lo fuimos.



2. Entrevista Verónica Ruiz-Parte 2

Verónica Ruiz: Usted quiere saber sobre la señora obstetrix Luisa Arribasplata Mestanza. Digamos, todo el Perú y todo el mundo piensa que ella hirvió el mercurio pero eso no es cierto. Yo desmiento totalmente eso porque yo he vivido con ella, yo le cocinaba, yo veía televisión en su cuarto junto a ella, la dejaba dormida. No había momento en el que ella estaba, digamos, tanto ahí en la cocina porque en la mañana se hacía su desayuno, a las 12 le cocinaba yo y dejaba para la tarde, en la tarde calentaba y eso era todo. Lo que pasa es que cuando ella se enferma se va a Cajamarca, a mí me deja sus llaves y al quinto día que ellos vienen a monitorear, la empresa Yanacocha, el ministerio, defensoría del pueblo, fiscalía. Bueno, vinieron también unos gringos que eran, lógicamente, norteamericanos. Ellos vinieron y cuando abrieron la puerta dijeron que estaba muy alto el valor. No sé qué ellos percibían porque yo no percibía nada ya. Dijeron que estaba muy alto y para que estuviera tan alto ha tenido que hervir el mercurio. Lo cual no es cierto. Eso sí yo le aseguro que no es cierto, lo que pasa que la niña que recogió el mercurio derramó en el cuarto, se cayó en el cuarto, cosa que yo mismo les enseñé a ellos. Y lo otro era porque ella se encerraba en ese cuarto donde ahí había mercurio, ¿no? Entonces, con el calor se evaporaba y en la noche otra vez bajaba y eso fue lo que le hizo daño a la señora.

Damian Gonzales: ¿En ese cuarto no había ventilación?

VR: Claro, la ventana y la puerta, pero cuando ya estaba cerrado los 5 días, no entraba nadie ya a su cuarto, imagínese pues. Cuando ellos vienen era un horno, acá hace mucho calor y la puerta estaba cerrada, para nada se abría. Durante los 5 días yo no abrí la puerta a pesar de que ella me dejó las llaves. Eso fue todo, entonces cuando yo eché lavando, como ya le expliqué, lavé el mercurio, se nos derramó un poco al piso y el resto de agua yo eché al balde de agua sucia del chanco. Esa agua sucia yo le di a mis chanchos, sin saber qué tan dañino era. Cuando más o menos para el mes de agosto, mis chanchos empezaron a morir. ¿Cuáles eran los síntomas de los chanchos? Temblaba su cuerpo, sus ojos lloraban y sólo estaban echados, ya no comían, tenían fiebre, después les provocó diarrea a los chanchos y empezaron a morir uno a uno. Cuando empezaron a morir, vinieron los de SENASA para hacer exámenes a los chanchos y al mes de diciembre a mi me entregan el examen positivo de los chanchos que habían muerto por mercurio. Yo tengo todas esas pruebas. Si de verdad hubiera justicia un día

y empezarían a buscar el tema, nosotros tenemos todas las pruebas para decirle a Yanacocha “mire todo lo que hizo usted y todo lo que nos mintió diciendo que no era por mercurio”. A mi me pagaron los chanchos, pero no era su valor, pero bueno. Tenía plantas que se me secaron, tenía animales que se me murieron. Tengo las muestras, las pruebas para decir “sí, señor, por esto fueron”. Como le digo, la señora Luisa desde ese momento, se enfermó, se fue, hasta el día de hoy no sabemos nada. Más bien, si usted tiene la oportunidad de ir a un medio ahora que vamos a tener un cambio de gobierno y decir señores ya pues tomen el caso de esta señora, queremos saber nosotros cómo está, queremos saber a qué estado ha llegado. Porque realmente no hay justicia, Yanacocha todo lo encierra, paga no sé a quienes, pero todo lo cierra y no nos deja saber nada de ella. Entonces para nosotros, para la población choropampina, el ministerio de salud que trabaja acá que son sus amigos y todos los que la conocimos lo único que nos gustaría saber es en qué estado está, porque recuperarla a lo que fue, no vamos a poder jamás. Que investiguen su caso, de repente será muy difícil porque Yanacocha pone todas las trabas porque la tiene bien segura.



3. Entrevista a Giovanna Quiroz Villaty

Damian Gonzales: Quisiera comenzar esta entrevista preguntándole ¿donde se encontraba el 2 de junio del año 2000?

Giovanna Quiroz: Bueno, en el año 2000 me encontraba en Choropampa porque ahí trabajaba y ahí vivía con mi familia. Sábados y domingos inclusive yo alquilaba una casa en Choropampa.

DG: Cuando sucede el derrame y Yanacocha empieza este plan de transacciones, ¿usted firmó una transacción a nombre suyo y a nombre de sus hijos?

GQ: La extrajudicial la firmo yo en representación de mis hijos, porque eran menores de edad.

DG: Habiendo firmado estas transacciones, ¿por qué decidió entablar una demanda de resarcimiento de daños?

GQ: Porque fue realmente muy injusta la transacción que ellos habían hecho. Incluso ellos llevaban los documentos hechos y nos llamaban a nosotros para firmar donde ellos tenían como una oficina en una plataforma.

DG: ¿Usted sabía que el material que se había derramado era mercurio?

GQ: En un inicio, decían que era residuos químicos de lo que trabajaban en la minera. Y resulto ser cierto porque a la semana del derrame la gente empezaba a sufrir los estragos como desmayos e intoxicación masiva.

DG: ¿Eso fue lo que se empezó a decir? Pero cuando empezó el derrame, ¿sabía a ciencia cierta qué era ese material?

GQ: No, porque decían que era un azogue. Netamente, realmente no sabíamos si era mercurio o no, porque nunca lo dijeron tampoco.

DG: ¿Entonces tampoco hubo una información de parte de Yanacocha?

GQ: No, de inmediato no, fue trascurrido los sucesos de la gente que se intoxicaba, que iba a la posta con cólicos, dolores de cabeza, enronchamientos, ahí recién ellos asumen la responsabilidad pero no de manera trasparente porque decían que eso no era nada

contaminante, pero sin embargo a la gente trataban de buscarla para recuperar ese material derramado.

DG: Vayamos ya al juicio, en un punto su abogado expresa que es injusto que una empresa tan grande como Yanacocha abuse sobre personas comunes que frente a ese poder económico muy grande no les quedaba en cierto modo otra que firmar las transacciones, a lo cual Yanacocha y los jueces respondieron que era imposible que, dada su calidad de profesora, no supiera qué material era ese.

GQ: Mi esposo trabajaba lejos. Y por mis hijos, los menores, por representación, por ser su papá, tuvo que venir al poder judicial, leer el documento que nos hacían firmar y seguir el proceso.

DG: Entonces ¿era cierto eso que dice la corte que usted por su calidad de profesora debía saber de qué material se trataba?

GQ: Bueno, ellos en ningún momento asumieron que se trataba de un material altamente tóxico, ellos no afrontaban de una manera sincera esto. Porque decían que no, más le echaban la culpa a la empresa que transportaba y no asumían la culpabilidad ellos. Tanto era su cinismo que cuando la gente estaba cayendo en el hospital por la intoxicación decían que podría ser por lo que habían comido unos mariscos o pescado, pero en Choropampa la gente casi no consumía esos productos. ¿Y donde más se empieza a contaminar la gente? Porque cuando ellos tomaron trabajadores no lo hacían de una manera protegida, la gente por su desesperación de ganar dinero trabajaban sin ninguna protección. Ya cuando empiezan a caer los trabajadores recién empiezan a mandarles un tipo de protección como unos mamelucos blancos, algo plastificados.

DG: Cuando usted plantea la demanda, en las dos primeras instancias, se le deniega el caso. Los jueces de la primera y segunda instancia fallan a favor de Yanacocha, luego usted decide ir hasta la corte suprema. Cuando esta emite su sentencia y más aún toma el caso suyo para ser el ejemplo de cómo se debía juzgar en los demás procesos de las mismas características. ¿Cómo se sintió usted?

GQ: Bastante decepción por parte de la justicia, porque lejos de ser una justicia, hicieron una injusticia. Porque no absolvieron a favor de las personas agraviadas en este caso, como mis

hijos, porque es bien cierto que como profesora debí evacuar a mis hijos acá a Cajamarca porque tenía una familia acá, pero los que no podían seguían contaminándose. Y reclamado esto que fuesen justos y que dieran una indemnización justa porque también de cierto modo ellos ya habían acomodado todos los papeles. Y digo acomodo porque a nosotros nos llamaron sólo para poner las firmas. Entonces no era ni una audiencia pues a público, era solamente una cosa de autoridad, la minera y la persona afectada.

DG: ¿Usted en ningún punto negoció esa transacción?

GQ: No, ellos ya tenían tarifas establecidas. Persona que ha sido afectada o encontrada en sus análisis con niveles de mercurio a menos de 50 o mayores de 50, tienes derecho a tanto. Incluso, en las primeras transacciones extrajudiciales, eran, por ejemplo, si tenías menos de 40 y no eras afectada, no tenías efectos como la gente que quedó hospitalizada decían sólo 1200. Luego cuando se hizo una apelación por un doctor Palacín, se dio una adenda, y ahí reconocieron una cantidad similar a la primera, el doble, o sea si nos dieron 1500 en la segunda nos dieron 1500 más, hacían un total de 3000.

DG: ¿Usted sintió que por su parte había libertad en la firmas de esas transacciones? ¿o se sentía atada de manos?

GQ: ¿No le digo que eso era manejado? Casi un poco manipulado, porque las primeras transacciones extrajudiciales incluso no se hicieron en el poder judicial, llevaron ellos sus abogados, su notario y colocaron su plataforma allá.

DG: ¿Cómo cambió su vida a partir del derrame de mercurio?

GQ: En mis hijos bastante. Yo tengo mi hijo el mayor, que, bueno, es profesional ahora, pero se intoxicaba y hasta ahora persisten sus dolores musculares.

DG: Es decir, ¿los efectos se sienten hasta ahora?

GQ: Así es, hasta ahora. Y no solamente en mis hijos, yo he trabajado allá en Choropampa. Se sentía eso en la misma población que ya eran generaciones nuevas supuestamente, pero seguían con los síntomas, esos malestares.

DG: ¿Cree usted que ha habido justicia?

GQ: Desde un primer momento no ha habido justicia. Bastante injusticia porque ellos mismos como trabajadores que estaban allá consumían aguas envasadas y nosotros seguíamos consumiendo el agua de Choropampa. Injusticia porque a nosotros en ningún momento no nos daban los lujos de evacuarnos a un lugar donde podían proteger su salud, seguían contaminándose.

DG: ¿Qué reflexión final podría tener usted habiendo pasado 16 años desde el derrame de mercurio y 8 desde el pleno casatorio?

GQ: Realmente que el poder, ellos como son muy poderosos, podían comprar autoridades, podían comprar especialistas, médicos profesionales. Porque diciendo a un señor de un laboratorio que los niveles de mercurio de las personas era elevadísimo, en el ambiente también, en el agua, en todo. De tal manera que era hasta un veneno para la gente, pero sin embargo, ellos compraron a esos médicos, recuerdo bastante, a esos hermanos Anaya, que luego de decir que sí se dio, que había contaminación, peligro en la salud de las personas, luego, en una semana, sin ningún tratamiento los niveles de mercurio bajaron a cero, cosa que es inconcebible. No se puede pues, porque de la noche a la mañana o de un día para otro niveles tan altos de mercurio no se podían eliminar así por así porque ya queda también en sangre, solamente a través de la orina se le podía expulsar. La gente ahí nomás se dio cuenta que estaban manejados, autoridades, de la salud, también los representantes del ministerio público.

DG: ¿Usted aún ahora busca justicia?

GQ: Le diré que como tantas veces se ha insistido y no solamente yo sino grupos que han apelado a la corte interamericana. Los que transamos en el Perú, bastante descontento, eso quiere decir que las leyes en el Perú ni la vida en el Perú valen tanto. Yo ya no hice más porque cuando hice una consulta para ver sobre este caso mía que se había dictaminado un pleno casatorio me dijeron que era imposible porque ya lo habían dictaminado por mayoría de la sala, entonces quiere decir que todos están ahí confabulados con Minera Yanacocha.

4. Entrevista a Juana Martínez Sáenz

Damian Gonzales: ¿Cuál es su nombre y donde se encontraba usted el día 2 de junio del año 2000?

Juana Martínez: Mi nombre es Juana Francisca Martínez Sáenz, tengo 46 años. Nosotros fuimos afectados por el mercurio un 100 por ciento. El mercurio se derramó acá en nuestro propio pueblo, en la carretera la parte alta, pero como el mercurio era un líquido que corría, se derramó en toda la población, en las casas. Y mucho más nosotros y nuestros hijos trajimos el mercurio a las casas porque nuestros antepasados nos decían que el mercurio era bueno para el susto, que curaba el susto y como que hicimos, mucha gente, no lo cogimos el mercurio como Yanacocha nos incriminó diciendo que nosotros les hemos robado el mercurio creyendo que era oro. ¿Cómo vamos a creer que un líquido, un metal que era blanco metálico vamos a creer que va a ser oro, sino que por lo que nos decían los ancianos así.

DG: ¿Entonces ustedes no sabían que lo que se había derramado en la localidad era mercurio?

JM: No, en realidad nos decían que era azogue y ese azogue curaba el susto.

DG: ¿Ustedes sabían las consecuencias del mercurio en el cuerpo?

JM: No, no sabíamos. Por eso que nosotros nos asustábamos porque la gente y muchos empezamos a enrroncharnos, a tener dolores de cabeza, mareos, algunas personas sangrados, y eso nos preocupaba pero ya había más o menos un 80 por ciento de la población enrronchados, y nos parecía algo raro. Estábamos intranquilos, ahí es cuando nosotros llamamos a las autoridades, llamamos a las emisoras para que vengan acá Essalud y detecten qué es lo que tenemos pero lamentablemente todos, incluso Essalud y los señores de Yanacocha se hacían los que no sabían de nosotros, sino que ellos sabían en realidad lo que teníamos, ¿verdad? No nos decían. Al contrario, el señor Luis Terán, que estaba de director regional de Cajamarca, nos dijo que seguramente habíamos comido mariscos malogrados, por eso es que estábamos así, enfermos. Y todo era falso, porque nosotros no habíamos comido mariscos. Es algo que ahora ya ha pasado un poco, la verdad que a veces nos da risa y a veces nos da rabia. ¿Qué clase de autoridades? ¿Qué clase de personal de salud que tenemos en el Perú? Pero en verdad me da pena. No puedo detenerme a decir que son unas personas inútiles, que no se valoran ni a sí mismos porque por lo menos deben defender su ética profesional,

pero en realidad nadie lo hizo, ni siquiera los abogados, ni siquiera personas de salud, médicos, cuantos médicos han venido acá, cuantos periodistas han venido acá, cuantos ingenieros, cuantos jueces, pero lamentablemente nadie ha hecho nada por Choropampa, joven. Y eso es lo que nos duele mucho y lo que nos da mucha cólera es que Yanacocha diga que el caso Choropampa es un caso cerrado, el caso Choropampa no es un caso cerrado, joven, el caso Choropampa es una herida abierta. Más lo que existe acá en Choropampa, por la mucha mortandad de gente, por las muchas personas que están postradas en cama que necesitan de pañales y por muchos niños que han nacido mal, por muchos abortos que ha habido en muchas mujeres y diferentes enfermedades que ha habido en cada uno de nosotros.

DG: ¿Qué hizo la empresa en Choropampa para reparar los daños?

JM: Bueno, hasta ahora lo que vemos es nada, porque a nosotros nos decían que nos iban a dar un seguro de vida para apoyarnos, para vernos con la medicina, con los doctores, pero lamentablemente nunca lo hicieron. Porque a nosotros nos han puesto un seguro, pero solamente de pantalla, o no sé qué pasa con nuestras autoridades, porque nosotros sabemos que Yanacocha deposita año por año un dinero a la aseguradora, pero la aseguradora a nosotros no nos atiende, joven. Por eso que decimos que nuestras autoridades son unas persona negligentes que no les interesa nada con la salud de nadie. No se ponen en lugar de otros, sino solamente se defienden ellos nada más. Entonces, no participamos de ese seguro como debe ser.

DG: Entonces la empresa miera Yanacocha comenzó con un plan de resarcimiento a través de transacciones. ¿Usted firmó una transacción?

JM: No, ninguna transacción, hasta ahora.

DG: ¿Ha demandado a Yanacocha?

JM: Si, inclusive hicimos un proceso en Estados Unidos con los abogados de allá. El problema con los abogados de Estados Unidos es que durante un año y medio casi o casi dos años no nos dieron ninguna respuesta, cuando les preguntábamos como que se molestaban, entonces usted sabe que al cumplirse dos años y un día se da la prescripción y ya no tenemos derecho a nada. Entonces por ese motivo yo tuve que implantar una denuncia [*léase demanda*] en Cajamarca. Entonces seguimos un proceso judicial hasta el día de hoy, que lo iniciamos el 26

de mayo del 2002 que hasta ahora no tenemos ninguna respuesta de nada, solamente que el año pasado, el 2014, tuvimos una información de parte del abogado que el juez de la sala de Cajamarca había informado que nosotros para tener derecho a una indemnización tendríamos que tener de 150 microgramos de mercurio hacia arriba para tener parte de una indemnización. Mire hasta donde han llegado las autoridades que nos ven que la gente estamos muriendo, estamos enfermos en diferentes maneras.

DG: ¿Se les ha informado cual es el criterio en el que se ha basado para establecer como mínimo a 150 miligramos de mercurio?

JM: No, pero tuvieron la astucia de decirlo así, el juez. Esa es la respuesta que tuvimos de parte de nuestro abogado.

DG: ¿Entonces ese juicio ha quedado sólo en Cajamarca?

JM: No, ha ido a Lima, de la suprema, ha venido acá de nuevo a Cajamarca y nos dan ese resultado. Entonces mi abogado lo que ha hecho es apelar nuevamente. Hay algunos que han llegado a los 150 y otros más, pero la mayoría, como nuestros análisis fueron extraviados. Por decir, yo, me sacaron un primer análisis, y luego un segundo análisis con 111.87 microgramos de mercurio, pero ya los primeros análisis nunca nos dieron, los desaparecieron. Y ahí seguimos en esa lucha, son ya 16 años que cumplimos el 2 de junio del derrame de mercurio acá.

DG: ¿Qué más ha hecho Yanacocha aquí en Choropampa?

JM: Bueno, joven, hablándote la verdad, también se le implantó un juicio en Estados Unidos con unos abogados Larrué, que se hizo por intermedio del alcalde de Cajamarca, cuando estaba el señor Hoyos Rubio, pero en el 2009 dieron una reparación de 3 millones de dólares que se repartan en tres lugares, entre Choropampa, Magdalena y San Juan, la cual se ha repartido. Hay que ser realistas y decir la verdad, han hecho una calle, después han hecho, han cerrado dos pasajes. Eso es lo que han hecho hasta ahora, el resto no sabemos hasta ahora qué van a hacer, si es que van a hacer.

DG: ¿Y ellos no han intentado firmar con usted una transacción todo este tiempo?

JM: No, es que yo, lamentablemente, le digo joven, soy el dedo malo de Yanacocha. Yo, en dos oportunidades fui agredida por Yanacocha. Una vez me quisieron pegar. Otra vez balean a una señora por balearme a mí. Le traspasan su pierna. La señora dice bien claro, porque ella nada tenía que ver, que ella estaba pasando nada más, sino que el problema fue que se equivocaron, se confundieron conmigo porque estábamos puestas con la misma ropa. Dice que la balearon, la cayeron al suelo y entonces el policía le estaba apuntando al otro y le hizo botar el arma y le dijo: “esa no es la Juana” y le hizo botar el arma, porque si no la mataban. Le dio otro balazo y disparó al suelo. Entonces, yo lamentablemente porque reclamaba siempre desde un principio al ver la maldad que había a mucha gente, a mi persona, a mi esposo mismo, mi familia, mis hermanas y todos al ver la manera que nos encontrábamos por eso es que yo me puse a reclamar joven. No quizás porque, de repente, quise calumniarle o hacerle algo de maldad a Yanacocha sino que reclamábamos la realidad que pasó acá joven.

DG: ¿Estos atentados se dieron más o menos en qué época?

JM: En el 2000 y 2001. Ellos tenían cólera porque yo reclamaba y no querían que reclame, que me calle.

DG: ¿Luego de esos atentados ha vuelto a tener alguna amenaza?

JM: No, pero con mi salud, sí. Vivimos sólo enfermos, mi esposo fue operado de sus dos vistas, mi hija de igual manera. Enfermos con dolores muchos de cabeza, sangrados, inclusive dos niños que tengo, uno que es nacido el 2005 y el otro nacido el 2008 a veces tienen muchos sangrados y se paran enrronchando.

DG: ¿Las consecuencias son visibles?

JM: Sí, joven, a veces nos enrronchamos, de vez en cuando nos seguimos enrronchando. No solamente mi persona sino toda la población.

DG: ¿Y al ver Yanacocha todas estas situaciones, de manera posterior a las transacciones, ha vuelto a tener algún tipo de reparación para los daños de las personas que presentaban nuevos cuadros, es decir, para los niños que nacieron después?

JM: No, joven, nunca lo ha hecho Yanacocha ni nunca se atrevió a hacer una investigación, o un examen o un chequeo a toda la población porque eso es lo que le reclamamos toda la vida y

no lo hicieron ni lo hacen. Ni siquiera Essalud, nisiquiera las autoridades dicen nada por Choropampa, o sea que Choropampa nos han tomado como pueblo de nadie.

DG: ¿Cree usted que hay justicia?

JM: Yo creo que si hay justicia, que sé que sí. Yo sé que un día va a llegar la justicia y lo peor es que va a llegar la justicia del cielo, porque la justicia de cielo no será solamente para unos sino será para muchos porque pensemos en eso que no es broma lo que han hecho con nosotros. Porque es una cosa grave, imagínese dejarnos para morir de diferentes maneras, sufriendo mucho. Y hay mucha gente que se ha quedado ciego. Por decir, yo estoy apunto que me tienen que operar también igual de la vista, o sea que todos tenemos el mismo problema de la vista. Imagínese, para mi es algo raro que yo esté mal de la vista y que sea operada. Yo ahorita para leer cualquier papel, usted me ha visto, ni siquiera una DNI puedo leerlo. En realidad yo no puedo casi leer, tengo que coger lejos el cuaderno para poder leer, mi esposo igual y él es operado de las dos vistas, lo operaron en Piura. Ahora mi hija también la tuvieron que operar porque ella ya no veía. También la han operado. Mi hijo también para con dolores de huesos, para con adormecimientos en el brazo, la boca. Y ahora nosotros hemos quedado totalmente hemos perdido la memoria porque rápido nos olvidamos las cosas, resulta que estamos adormecidos, tanto las piernas, los brazos, la boca, la mitad del cuerpo. Lo que ha pasado es que muchas personas se han muerto. El alcalde le pasó eso y murió. No se pudo recuperar y eso es lo que pasa con muchos acá de la población. Todos tenemos cirrosis, por ejemplo a mi hijo le han detectado cirrosis. Acaso mi hijo es un alcohólico o es una persona que de repente lo ven de desgracia en la cantina o en algún lugar donde él podría ser una persona para que pueda tener cirrosis. Igual a mi esposo, le han dicho que tiene cirrosis y él no toma licor, nada, mi hijo peor. Desde que nació, yo si fuera una persona que toma licor como sería, ya me habría terminado. Eso es lo que ha pasado con la vida de muchos jóvenes, se ha terminado. Acá los que han muerto más son jóvenes, señoritas, ¿por qué motivo? Porque han recogido el mercurio, atacó al sistema nervioso, se han muerto locos. Acá es triste la vida en Choropampa, sino que a veces tenemos que hacernos los fuertes, criar valor para poder reclamar y poder estar juntos con nuestros familiares y atender y ayudar a nuestros hijos y no haya tanta desesperación, tanta preocupación, porque cómo sería si nosotros reaccionáramos de alguna manera al ver la situación en la que nos encontramos.

DG: Entonces usted me dice que no hubo seguimiento por parte de Yanacocha. ¿Qué pasó con los seguros que pusieron?

JM: No sirven joven. Nosotros vamos a que nos atiendan y nos dicen que ese seguro no sirve. El seguro no lo cubre, esto no lo cubre, esa enfermedad no lo cubre, nada cubre. Entonces a nosotros así nos vean muertos, no nos cubre nada. Ese seguro no nos cubre, a veces por decir nos coge el dolor, como la vez pasada a mi esposo, diocito prácticamente quería que él viva lo salvamos de la muerte. Yo lo llevé a Cajamarca, a la clínica, para que le atiendan que estaba grave que ya no podía, estaba mal, pero me dijeron que no, que primero yo lo traiga a Choropampa y regrese nuevamente para que le hagan su referencia para que recién lo atiendan en Cajamarca por el seguro. ¿Qué es eso, joven? Eso no sirve de nada. La verdad yo no voy a esperar que mi familia se muera, tuve que sacar plata de donde no hay y usted sabe que eso de las clínicas es caro. Yo en verdad he gastado mucho y sigo gastando demasiado por ver a mi familia y tratar que ellos se curen y yo misma.

DG: ¿Qué perspectivas tiene sobre el juicio que usted está siguiendo?

JM: Mire joven, en realidad, yo solamente he puesto mis esperanzas en Dios que veo que cuantos años y hasta ahora no tengo ninguna respuesta. Ya acabó con todo, tengo muchos gastos por mi salud, mía y de mis hijos y no tengo ningún apoyo de ningún lado, ni de Yanacocha ni de las autoridades ni de nadie, porque yo he visto que en otras personas tienen tal vez un seguro integral, aunque no será mucho, pero les apoyan. En cambio yo no, mi caso es diferente, a mí no me apoya nadie, ni siquiera con 10 céntimos. Yo todo tengo que ver y ver de dónde puedo sacar. Antes el trabajo era aquí más, yo hasta tenía 10 obreros diarios, trabajadores que me ayudaban. Ahora no tengo ninguno.

DG: En ese sentido, ¿cómo ha cambiado Choropampa luego del derrame?

JM: Ha cambiado, le diré, un 90 por ciento. Más antes acá, los carros de donde vinieran, porque acá es un movimiento nacional e internacional, desde Lima, Tumbes, Piura, se iban pues hasta la frontera los camiones, venían a llevar acá de Choropampa como de Cajamarca. Los carros, en esa pista de la avenida Lima, le diré, de polo a polo se estacionaban para venir a comer a todos los restaurantes. Había restaurantes, ahora ya no hay ningún restaurante. Si yo te hablo, acá nosotros teníamos una entrada buena, mi esposo trabajaba con mis dos camiones

desde Trujillo hacia Cajamarca, él tenía su chofer y su ayudante en cada carro. Yo tenía acá mis ayudantes y en mi depósito para que vea, tenía otra tienda en Asunción igual, yo trabajaba muy bien, te digo así. Cuando viene el derrame de mercurio, mi esposo empieza a perder la vista, empieza a tener adormecimiento del cuerpo, sangrados, se mareaba, muchos dolores de cabeza y tuvo que quedarse en casa y ya no irse a trabajar. Ahí es donde empieza la caída porque él ya empieza a cansarse, ya no podía administrar los carros, tuvo que venderlos y quedarse acá en mi casa porque ya no podía. Empezó a perder la vista totalmente, en la noche ya no puede manejar. Entonces ahora ya no hay entradas como antes había. Entonces yo me dedicaba a mi casa con mis ayudantes, mis hijos que eran ya grandes me ayudaban, pero más con mis ayudantes. Y el trabajo era muy bueno porque aparte que dábamos trabajo, había salida para todos porque como te digo había restaurantes, mi esposo a veces dejaba mercadería acá, a Cajamarca, a veces un camión completo iba para Cajamarca y otro camión completo se quedaba para Choropampa. Y eso hacía mi esposo dos veces a la semana. Él se iba lunes y se iba miércoles, dos viajes a la semana. Y ahora no hace ninguno. ¿Por qué? Porque hemos tenido una pérdida total, él por perder su vista ya no podía administrar los carros, porque ese era nuestro trabajo y acá la gente nos compraba de todo porque nosotros teníamos 30 caseríos a la redonda más los departamentos, Cajamarca, Chiclayo, todito que venían a comprar hacia acá. Los distritos Cospán, Magdalena, San Juan, Asunción venían acá, a Choropampa. Llevaban de todo porque acá de todo traen, es un mercado bien grande porque de todo encuentras. Entonces unos llevaban y otros traían. Y los restaurantes, ellos nos compraban las comidas, nos compraban todo para que cocinen. Inclusive las gaseosas, te digo, nosotros no comprábamos una caja, dos cajas como ahora compramos, antes comprábamos camionadas de gaseosa. Inclusive a mí me faltaba depósito para guardar mis cosas. Te digo con sinceridad, que todos te lo contarán, pero ahora, lamentablemente, estamos acabando con todo porque ver la salud de mis hijos, mía y de mi esposo. Más paramos por Trujillo, Chiclayo y Cajamarca, en las clínicas, en los doctores que a veces hasta los naturistas que dicen esto y lo otro, te dicen un montón de cosas. Por decir, yo caí mal en el 2001 casi me muero, ahí nomás gasté como 3800 soles en pura medicina naturista, todo naturista, pero gracias a Dios todo me quitó, porque tuve como un bronquio, o sea que no me dejaba la tos para nada ya, pero gracias a diocito me recuperé, pero nuevamente a dos años caí mal y otra vez vuelta caí mal y el año pasado mal y así venimos de rutina, si no soy yo, son mis hijos, mi esposo, pero la cosa es que todos vivimos mal.

DM: Entonces los cambios no fueron sólo en cuanto la salud, sino que también en el aspecto comercial y hasta turístico...

JM: Sí, acá venían de todos lados, mucha gente venía, comercial nos han dañado un 90 por ciento nos han malogrado el comercio. Transporte, había bastante transporte, yo tenía, como te digo, dos camiones. Y ahora lamentablemente tuvimos que vender al ver que mi esposo ya no podía y con eso mismo hacerse curar. Pero en realidad a veces él se pone mal, cae en cama. Y, tu sabes, la salud es lo que vale más, tenemos que ver de dónde sacar.

DM: ¿Existe algún tipo de compensación que pudiera reparar los daños?

JM: Joven, hay que ser realistas, yo creo que sí, si he pedido y estoy pidiendo una indemnización, pero de caso contrario, por lo menos un seguro de salud para todos, porque todos estamos mal. Vemos la realidad de todos y vemos el daño que nos han hecho a todos.

DM: ¿Alguna reflexión final?

JM: Sí, decir que el caso de Choropampa no es un caso cerrado como dice la minera Yanacocha, el caso de Choropampa es una herida abierta, es un daño que es interminable, por eso es que nosotros pedimos siempre que nos pongan toxicólogos que nos pongan personas especialista en este caso. Que nos hagan un seguimiento por las secuelas, porque nunca lo han hecho ni Essalud ni minera Yanacocha ni nadie. A nosotros nos han abandonado, Choropampa es tierra de nadie ahorita, a nadie le importa, nadie tiene que ver con nada de Choropampa.