

El Derecho Internacional Privado y la Constitución

(El Derecho Internacional Privado y Comercio Internacional en la nueva Constitución)

Por ROBERTO MACLEAN U.

Profesor Principal

En esta exposición intento trazar un paralelo entre la Constitución del 33 y la nueva Constitución a efecto de señalar a dónde hemos avanzado y, por un mecanismo de proyección, tratar de vislumbrar a dónde nos estamos dirigiendo, en los aspectos vinculados de una forma u otra con el Derecho Internacional Privado y el Derecho del Comercio Internacional.

El primer aspecto, que es el que va a tomar una buena parte de la exposición, es el referente a la nacionalidad. La base de la nacionalidad es la voluntad de compartir una vida común en el futuro. Hay otros elementos: cultura, historia común, geografía, idioma, religión, lo que algunos antropólogos llaman raza, que indudablemente contribuyen a sentar sus bases. Pero todos los principios evolucionados desde el siglo pasado en cuanto a la doctrina de la nacionalidad, toman como punto de partida precisamente el hecho que la base social de ésta es, en última instancia, únicamente la voluntad de compartir una vida común en el futuro.

El tema de la nacionalidad está desarrollado, principalmente, en el capítulo II, artículos 89 a 96 de la nueva Constitución. El primer problema respecto a la nacionalidad es la forma de adquirirla. En doctrina, la adquisición de la nacionalidad se puede efectuar en forma originaria y derivada. La forma de adquirir la nacionalidad en forma originaria tiene, tradicionalmente, los tan conocidos sistemas del *jus sanguinis*, el *jus soli*, y un sistema que es el que ha sido predominante en el Perú en los últimos años, un sistema mixto que tiene elementos del *jus sanguinis* y del *jus soli*. En este aspecto la constitución del 79 no ha variado. El criterio esencial sigue siendo el mismo aunque, como veremos más adelante, hay detalles importantes en los que sí ha cam-

biado, pero que se refieren más a los aspectos concretos que a la orientación básica. Así, el artículo 89 repite en esencia la misma fórmula de la Constitución del año 33: "Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. Lo son también los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el exterior, siempre que sean inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad o manifiesten su deseo de serlo hasta después de un año de alcanzada la mayoría. Se presume que los menores de edad, residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos han nacido en el Perú".

En realidad las modificaciones introducidas al artículo correspondiente de la Constitución del 33 son, por un lado, eliminar el requisito de estar domiciliado en el Perú. La constitución del 33 decía: son peruanos —primero— los nacidos en el territorio de la república, y luego decía: lo son también los hijos de padre o madre peruanos, siempre que domicilien en la república o —como alternativa— se inscriban en el consulado o en el registro cívico. Ahora se ha reemplazado el registro cívico, porque no ha llegado a funcionar nunca; de manera que el hijo de padre o madre peruanos que nace en el extranjero se considera peruano, siempre que se inscriba, pero, aún si no se inscribe, tiene hasta los 19 años para optar por la nacionalidad peruana. Se pueden producir pues dos situaciones: 1º—El hijo de peruano nacido en el extranjero que se inscribe en el consulado de la república ya es peruano en pleno uso de sus derechos de nacionalidad y no tiene la exigencia de cumplir con ningún otro requisito. 2º—El hijo de peruano que no se inscriba en el consulado, de acuerdo a la Constitución del 33, debía domiciliarse en la República y si no se domiciliaba y si no se había inscrito no era peruano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos. Con la nueva Constitución la omisión en la inscripción no produce ninguna consecuencia, porque este peruano que no está domiciliado y que no se ha inscrito en el consulado, puede optar por la nacionalidad peruana, hasta un año después de haber alcanzado la mayoría de edad.

Considero que esta fórmula no constituye, en esencia, ninguna modificación radical del sistema anterior, sino una fórmula más flexible y más expeditiva.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene un procedimiento establecido que es bastante sencillo para el registro de hijos de peruanos nacidos en el extranjero. Este procedimiento no es muy conocido y era muy poco utilizado por lo que se cometían gran cantidad de errores de abogados que recurrían al Poder Judicial para solicitar la inscripción de la partida de un peruano nacido en el extranjero, sin saber que el método más expeditivo, rápido y menos costoso era hacer la inscripción a través de Relaciones Exteriores en un trámite de menos de quince días.

Este procedimiento de Relaciones Exteriores no tiene por qué desaparecer, porque no sustituye a la inscripción en el consulado, ni sustituye a la opción que da esta Constitución para optar por la nacionalidad peruana antes de cumplir los 19 años. Este registro de hijos de peruanos en el extranjero solamente se lleva a efecto de evitar dificultades en la probanza. Ocurre muchas veces, que al sacar una Libreta Electoral con una partida de nacimiento expedida en Bruselas el funcionario desconoce que no se requiere la inscripción en el consulado, porque nunca ha habido la exigencia ineludible de inscribirse en el consulado. La inscripción en el consulado era y sigue siendo completamente opcional.

El sistema peruano respecto a la adquisición de la nacionalidad es un sistema pues mixto, es decir que se adquiere la nacionalidad peruana por el *jus soli* y por el *jus sanguinis*, es decir por el lugar geográfico donde ocurrió el nacimiento o por la nacionalidad que tenían los padres en el momento del nacimiento. Pero este sistema, tiene una ligera tendencia a fortalecer o subrayar el aspecto del *jus soli*, por la presunción que tiene la parte final del artículo 89, que dice que se presume que los menores de edad residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos, han nacido en el Perú. El artículo 90 trae una innovación muy saludable: "Puede optar por la nacionalidad peruana al llegar a su mayoría de edad el hijo de extranjero nacido en el exterior, siempre que haya vivido en la República desde los cinco años de edad".

Esta es una innovación que denota una fuerte tendencia de tratar de asimilar a la nacionalidad peruana a los extranjeros que por su vida están vinculados al país. Me parece que es perfectamente adecuado a la realidad del Perú, que es un país que trata de estimular la inmigración en todo lo que está a su alcance. Lo importante de este artículo es que no establece una posibilidad, como la nacionalización o naturalización. No se trata de la situación en que el Estado peruano puede aceptar o rechazar según lo crea conveniente como es el caso normal de la naturalización. Se trata de una opción a ser peruano que el hijo del extranjero, que reside en el país, desde los cinco años de edad, puede ejercer, sin que nadie se lo pueda impedir. En cierta forma esto se asimila a la nacionalidad de origen, porque es una opción automática, aunque no me atrevería a clasificarlo dentro de los moldes clásicos de nacionalidad de origen o de nacionalidad posteriormente adquirida. Es verdad que se trata de una persona que ha tenido una nacionalidad anterior, pero el procedimiento que va a seguir no es un procedimiento de naturalización en el que siempre cabe la posibilidad de que el Estado diga "no". En este caso el Estado no puede hacer nada, porque es un derecho adquirido por el hijo de extranjero nacido en el exterior, siempre que haya residido en el Perú, desde los cinco años de edad.

La nacionalidad se puede adquirir, también en forma derivada, es decir por hechos o circunstancias que ocurren después del nacimiento de la persona. La adquisición derivada de la nacionalidad, puede ser en forma individual y colectiva. No vamos a tratar de la forma colectiva, porque no es un problema del que se habla en las constituciones; no lo ha tratado la Constitución del 33, ni la actual, porque no se determina por un principio constitucional, sino por un sistema de tratados. Nosotros lo hemos adoptado y hemos establecido un sistema especial en los tratados con Chile, Colombia y Bolivia para los casos de anexiones parciales de territorio. Pero ese sistema está fuera de la Constitución, de manera que no vamos a tratarlo en esta exposición. Pero, lo que sí estaba en la anterior y está en la Constitución actual es la adquisición de la nacionalidad en forma derivada individual. Esta forma derivada individual, tradicionalmente se subdivide en dos clases: la adquisición de la nacionalidad en forma voluntaria y la adquisición de la nacionalidad en forma semivoluntaria que existía en la Constitución anterior y que ha desaparecido en la actual.

La adquisición de la nacionalidad en forma individual voluntaria es típicamente el caso de las naturalizaciones. Una persona que a través de los años de su vida se ha vinculado afectiva, cultural, social, políticamente con un país distinto a su nacionalidad de origen, puede cambiar de nacionalidad por la de este país.

Este es un principio que se reflejó muy bien en un enunciado tradicional de hace muchos años que decía que la nacionalidad no es una camisa de fuerza y por lo tanto puede cambiarse conforme varían estas circunstancias. Porque como decía al comenzar esta exposición, la nacionalidad refleja la voluntad de la persona de compartir una vida común social en el futuro con los miembros de una sociedad determinada. Para la adquisición de la nacionalidad en forma individual voluntaria, generalmente se exigen en todos los países tres requisitos: 1º) La capacidad; no puede adquirir la nacionalidad en forma derivada individual voluntaria un menor de edad o un mayor de edad incapaz; 2º) Se exige una residencia mínima que varía de acuerdo a los países, pero que en la constitución anterior era de dos años; 3º) La renuncia a la nacionalidad anterior, porque así como hay un principio de doctrina que establece que toda persona debe tener una nacionalidad, hay otro principio de doctrina que dice también que nadie debe tener más de una nacionalidad. Por eso se exige el requisito de la renuncia de la nacionalidad anterior.

La adquisición de la nacionalidad en forma individual voluntaria está tratada en los artículos 91 y 92. Propiamente el 91 dice: "Adquiere la nacionalidad peruana el extranjero mayor de edad, domiciliado en la República por lo menos dos años consecutivos, que solicita y ob-

tiene carta de naturalización y renuncia a su nacionalidad de origen". Están presentes los tres requisitos. La situación no es que adquiriera la nacionalidad peruana el extranjero que tiene dos años de residencia y es mayor de edad y renuncie a su nacionalidad anterior, sino que solicite y obtenga la carta de naturalización, es decir que este no es siempre un derecho del individuo frente al Estado, sino es una facultad del Estado sin expresión de causa negar u otorgar la naturalización. Este artículo debe complementarse con una ley que no tiene que variar, la 9148 y su reglamento que regulan la adquisición de la nacionalidad por naturalización. En ese sentido no hay ningún cambio significativo entre la Constitución del 33 y la del 79. Solamente hay una diferencia de proyección más que de efectividad, respecto a la renuncia a la nacionalidad anterior, porque el artículo 92 incluye a los latinoamericanos de nacimiento en las ventajas que la Constitución del 33 señalaba respecto a los españoles, es decir que ambos, si están domiciliados en el Perú pueden naturalizarse sin perder su nacionalidad de origen si manifiestan expresa voluntad de hacerlo. Y viceversa, el peruano que adopta la nacionalidad de otro país latinoamericano o la española no pierde la nacionalidad peruana. Pero concluye precisando que los convenios internacionales y la ley regulan el ejercicio de estos derechos, lo que implica que esta parte de la Constitución no va a entrar en vigencia el año 80, excepto en lo que se refiere a los españoles, para los cuales ya hay un tratado llamado de doble nacionalidad. Conviene precisar que este artículo se refiere sólo a los latinoamericanos o españoles de nacimiento y domiciliados en el Perú que son los únicos que pueden beneficiarse. No está demás decir que es equivocado el término que se usa vulgarmente de doble nacionalidad. En realidad no existe la doble nacionalidad, en el sentido que legalmente se puedan ejercer las dos nacionalidades al mismo tiempo, ya que en realidad una de ellas entra en suspenso y solamente se puede ejercitar la otra.

Donde sí hay una reforma importante y saludable es en el campo de la nacionalidad que se adquiere en forma derivada individual, semivoluntaria. La adquisición semivoluntaria de la nacionalidad en la Constitución anterior se daba en el caso de la mujer extranjera casada con peruano, porque lo quisiera o no, y aún si ella no buscara ese efecto, al contraer matrimonio se convertía automáticamente en peruana.

Esto era un poco injusto, desde diversas perspectivas: en primer lugar, porque lo quisiera o no la persona, se le imponía la nacionalidad peruana. Por otro lado si miramos la nacionalidad peruana como un beneficio de considerarla con todas las facilidades y desventajas del nacional, era injusto que el peruano varón, incorporara a su nacionalidad a la extranjera casada con él y no ocurriera lo mismo con el varón ca-

sado con una peruana. Parecería que, respecto a la nacionalidad, los varones teníamos mayor gravitación que la mujer, lo cual era injusto. Y, finalmente, se presentaba otro inconveniente con relación al fraude a la ley en la nacionalidad; y es que muchas personas dedicadas a oficios poco edificantes se valían del matrimonio con un peruano para ingresar al territorio nacional, y para establecerse sin posibilidades de ser expulsados, porque la extranjera casada con peruano se convertía en peruana y por lo tanto ya no podía ser expulsada del territorio nacional, así se dedicara a actividades ilícitas e indeseables. En este sentido la reforma de la Constitución del 79 es importante y saludable. Así el artículo 93 recoge un principio que está reconocido en las legislaciones más modernas: que ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges. Pero, sin embargo, añade una facultad interesante, el cónyuge extranjero varón o mujer puede optar por la nacionalidad peruana. Por un lado se presenta ya no como una imposición, sino como una opción, pero para evitar abusos esta opción no es automática, ya que se exige primero que tenga dos años de matrimonio y de domicilio en el Perú. Se espera de esta manera cortar el tráfico inmoral que se produce en las fronteras de contraer matrimonio para ingresar al país, y luego se divorcian al corto tiempo sin que ocurra nada. Estas exigencias son correctas, además desde el punto de vista familiar, porque desgraciadamente la estabilidad matrimonial en las generaciones más jóvenes ha disminuído en comparación con las generaciones más antiguas. Un mínimo de dos años para poder optar la nacionalidad es pues únicamente un medio para evitar fraudes, sino también para otorgar la nacionalidad con una base más sólida con relación a la familia.

Quizás la reforma más importante en cuanto a la nacionalidad que trae la Constitución, no lo constituye ninguno de los temas que hemos mencionado ahora, respecto a las formas de adquirirla, pues como se puede ver, excepto en el caso del matrimonio, que es lo más interesante, en los otros rubros no hay realmente innovaciones espectaculares. Pero lo que sí es muy importante es respecto a la pérdida de la nacionalidad. En la Constitución del 33 se pierde la nacionalidad peruana por prestar servicio en las armas de una potencia extranjera sin la autorización del Congreso, por renuncia, por ejercer actos que lleven el ejercicio de autoridad o jurisdicción y, por supuesto, por adquirir una nacionalidad extranjera. Pero la Constitución actual en el artículo 2, inciso 19, establece: "Toda persona tiene derecho a su nacionalidad. Nadie puede ser despojada de ella". Bajo ningún concepto una persona pierde su nacionalidad. Puede perder la vida en caso de traición a la patria en tiempo de guerra, puede perder la libertad, pero en ningún

caso puede perder la nacionalidad. Esto está de acuerdo con un principio antiquísimo del Derecho Internacional sobre la nacionalidad que dice: Toda persona debe tener una nacionalidad.

Se debe desalentar todo tipo de legislaciones que conduzcan a la apatridia y me parece que esta es una innovación muy importante y muy saludable de la Nueva Constitución. La única forma de perder la nacionalidad peruana es por renuncia. Esta vez, también, la Constitución concibe específicamente el procedimiento para recuperar la nacionalidad. Había un Decreto Supremo que decía que para recuperar la nacionalidad se sigue un sistema semejante en todo lo aplicable al de la ley 9148. La nueva Constitución establece un método mucho más efectivo y mucho más eficiente y rápido, porque el artículo 94 señala que "La nacionalidad peruana se recupera cuando el que ha renunciado a ella se domicilia en el territorio de la República, declara su voluntad de reasumirla y renuncia a la anterior". Si ha renunciado a la nacionalidad peruana no tiene que solicitar como favor el recuperarla; no cabe la posibilidad de que el Estado le niegue recuperar la nacionalidad que perdió, sino que tiene el derecho de recuperla si se domicilia en la República, escoge reactivar la nacionalidad peruana y renuncia a la anterior. Con esos tres requisitos automáticamente se recupera la nacionalidad perdida.

No creo que esto necesite cambiar radicalmente la organización administrativa del Departamento de Naturalización del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este Departamento tiene tres secciones: peruanas por matrimonio, que ahora habrá que cambiarlo a peruanos por matrimonio, hombres o mujeres, y habrá que cambiar el procedimiento interno, que antes era una cosa automática, y ahora se va a ejercer por la opción, y habrá que comprobar el cumplimiento de los requisitos de dos años de residencia y dos años de matrimonio. Eso va a complicar un poco más administrativamente las cosas, pero no debe ser tampoco un procedimiento complejo. La segunda sección es la de "Hijos de Peruanos Nacidos en el Exterior", que tampoco tiene, porque alterarse en cuanto no ha variado, sino en detalle irrelevante. Y tercero, el de "peruano por naturalización", que tampoco ha cambiado en nada y puede seguir de acuerdo a la misma ley 9148 y con los mismos efectos. Quizás lo que debe implementarse, porque ahora hay un procedimiento mucho más expeditivo es la rehabilitación de la nacionalidad peruana, que será mucho más fácil y sencillo hacerlo, porque además los casos de rehabilitación son por lo general pocos, no representan un volumen importante en el movimiento administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se ha definido la nacionalidad como el vínculo jurídico y político de un individuo con el Estado y que es fuente de deberes y derechos recíprocos. Pero la nueva Constitución nos pone frente a dos problemas, a dos situaciones, en las cuales esta definición de la nacionalidad no funciona exactamente. Estas dos situaciones son la nacionalidad de las personas jurídicas, y la nacionalidad de las naves y aeronaves. Esto está tratado en los artículos 95 y 96 de la Constitución del año 79. La constitución del año 33, si bien en su artículo 17 hablaba de las compañías extranjeras, no decía una palabra sobre la nacionalidad de éstas. Esta Constitución en su artículo 95 dice: "La nacionalidad de las personas jurídicas se rige por la ley y los tratados, especialmente los de integración".

Creo que como esto es una innovación importante, merece examinarla. Vamos a remontarnos y analizar con un poco de detalle la doctrina que hay sobre este particular, tanto en Europa, como en América Latina. ¿De dónde sale la doctrina de la nacionalidad de las personas jurídicas? Toda la abundante literatura que hay sobre el tema de la actividad internacional de las personas jurídicas se inicia a mediados del siglo pasado, cuando un grupo de compañías francesas trató de extender sus operaciones a Bélgica. Hubo un debate entre el jurista francés André Weiss y el jurista belga Laurent, en el que trataban de discutir sobre si las compañías constituidas en un país tenían el derecho de extender sus actividades a otros países o sí, como sostenía Laurent, para extender sus actividades a otros países, deberían constituirse de nuevo en ese país. Esto dio lugar a una discusión muy extensa que fue objeto de una profusa literatura jurídica. Así se habló de la existencia de las personas jurídicas, su capacidad civil o funcional; su domicilio, o su residencia, y dentro de esta abundante literatura fue que se habló por primera vez de la nacionalidad de las personas jurídicas. De manera que el tema parece haber surgido por primera vez en Francia y Bélgica a mediados del siglo pasado. ¿Qué criterios se utilizaron para hablar de la nacionalidad de las personas jurídicas? Se dijo: la nacionalidad debe determinarse por el lugar de constitución, por el domicilio, por la nacionalidad de los socios, por la nacionalidad de los directores, por el lugar donde ejercen el comercio; se propusieron una serie de criterios, pero todos ellos, que fueron desarrollados durante el último tercio del siglo XIX, se pusieron de lado y se desecharon a raíz de la primera gran guerra mundial. Todas las doctrinas sobre la nacionalidad —que es un concepto eminentemente político más que jurídico— cayeron por tierra, en cuanto ninguna era adecuada para hacer frente a la situación crítica de una guerra, respecto a la nacionalidad, y por lo tanto al carácter de enemigo que podía tener una cor-

poración o una compañía. En varios famosos casos el término que cobró mayor relevancia no fue el de la nacionalidad de los accionistas, ni la de los socios, ni de los directores, ni el lugar de constitución, ni del domicilio, sino el control efectivo sobre la compañía. De manera que la compañía tenía el carácter de enemigo o no según quien o quienes ejercieran el control sobre ella. Esto dio lugar a un artículo sobre la nacionalidad de Jean P. Niboyet que es ya clásico en la literatura jurídica. En él se cuestionaba si existe verdaderamente una nacionalidad de las personas jurídicas. Este criterio renovó la discusión y puso en tela de juicio que las personas jurídicas tuvieran una nacionalidad. Esta es la historia en Europa, hasta los años 20.

Mientras tanto en América Latina después de declarada la independencia una serie de compañías extranjeras, inglesas, francesas, norteamericanas, comenzaron a ejercer el comercio en toda América Latina. Y cada vez que tenían un problema comenzaron a reclamar diplomáticamente. Algunas veces como aquella que dio lugar a la doctrina Dragó mandaron barcos de guerra para proteger una inversión. Otras veces eran reclamaciones y presiones de carácter diplomático. Y todos los países latinoamericanos, unos más que otros, cayeron tácitamente en el juego sin haber discutido o mencionado nunca el problema de la nacionalidad. Cayeron en el juego de aceptar la consecuencia más ostensible de la nacionalidad, la de aceptar reclamaciones y protección diplomática.

El único caso distinto a todos los demás fue la doctrina Irigoyen en la Argentina. El Banco de Londres y Río de La Plata que ejercía el comercio en la provincia de Santa Fé trató de desobedecer unas reglamentaciones de esta provincia, cuyas autoridades le cancelaron la licencia. La legación de Gran Bretaña, presentó una reclamación formal a favor del Banco de Londres y Río de La Plata y el Ministro de Relaciones Exteriores Irigoyen respondió que no había ningún derecho de hacer ninguna reclamación, porque las compañías no tienen nacionalidad. Las compañías tienen un régimen jurídico que se les reconoce por liberalidad y por facilitar al comercio internacional, pero no es una nacionalidad, no es un derecho político el que tienen y por lo tanto la reclamación diplomática es inaceptable. De esta manera el canciller Irigoyen rechazó la reclamación. Desde entonces ésta ha sido la doctrina de los tribunales y políticos argentinos. Mientras tanto en el Perú se cayó en reclamaciones diplomáticas, y arbitraje internacional en el caso de Dreyfus, en el de la London Pacific, en el de Canevaro y en el de Milligan; y en todas aceptábamos que se sustrajera de los tribunales nacionales la discusión del problema. Sin mencionar una palabra hasta ahora sobre la nacionalidad de las empresas, aceptábamos la pri-

mera consecuencia de la nacionalidad que es el derecho a la reclamación diplomática. La primera vez que se habló de nacionalidad fue en la Comisión Reformadora del Código Civil. En ese entonces una ponencia del Dr. Solf y Muro precisó que en consideración de los aspectos tributarios, jurisdiccionales y de protección diplomática se debería fijar un criterio sobre la nacionalidad de las personas jurídicas. El Dr. Juan José Calle, presentó otra tesis. Sin embargo a pesar de que yo he tratado muchas veces de entender cómo los legisladores no optaron por una doctrina como la argentina, claramente la más aconsejable para la realidad latinoamericana, cayeron en el juego de aceptar los términos de discusión que les convenía plantear a los países exportadores de capital, es decir aceptar que las empresas tenían una nacionalidad. Fue así como se aceptó el término de nacionalidad en el Código Civil Peruano. Sin embargo, el Dr. Olachea, que era un hombre muy informado respecto a las últimas evoluciones del derecho europeo y que sin duda alguna conocía a Niboyet y las doctrinas recientes de Pillet y Arminjón recomendó que el Código no se pronunciara sobre un criterio respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas y propuso que se dejara en el campo de la doctrina. Por eso, aunque el Código Civil y la Constitución del 33 hablan de compañías peruanas y extranjeras no se definió que cosa era una compañía extranjera, ni cómo se determinaba si una compañía era colombiana, alemana, inglesa o española; se dejó este asunto enteramente a la doctrina. Poco tiempo después de promulgado el Código Civil peruano del 36 con esta orientación doctrinaria, La Corte Suprema, al aprobar el Reglamento de los Registros Públicos, incluyó unos artículos en los cuales se hablaba del cambio de nacionalidad de una compañía. Sin embargo la Corte Suprema tampoco precisó en esa oportunidad cuándo una compañía era nacional de un país y con qué criterio se cambiaba de una nacionalidad a otra. El único atisbo de orientación a este respecto proviene de los Drs. José Luis Bustamante y Rivero, Alberto Ulloa Sotomayor y Carlos García Gastañeta cuando en la VIII Conferencia Internacional Americana celebrada en Lima el año 1938, presentaron una ponencia en la que decían que las personas jurídicas no tenían nacionalidad propia y adelantaban la tesis que la nacionalidad debía ser la de los accionistas o de la mayoría de ellos. En cierta forma, se volvía a una tesis del siglo pasado, pero al mismo tiempo se descartaba que las personas jurídicas tuvieran nacionalidad propia. Sin embargo, en la práctica aparecieron leyes como la de cabotaje, la del petróleo más tarde, que contenían referencias a la nacionalidad. Es así como este criterio de la nacionalidad de los accionistas comenzó a ganar cada vez más adeptos. La ley de cabotaje decía que determinado porcentaje de accionistas peruanos hacen que

la compañía sea peruana. En la ley de petróleo se disponía que además de los accionistas, debería haber directores y administradores peruanos.

En verdad, volviendo al origen del concepto en el Perú, no se podía saber por qué tenía que haber nacionalidad de las personas jurídicas, ya que los tres criterios propuestos por Solf y Muro eran totalmente irrelevantes. La nacionalidad de una persona jurídica, no tiene nada que ver con el aspecto tributario, porque la tributación de una persona jurídica no varía en absoluto por su nacionalidad; podrá variar de acuerdo a su residencia, pero no a su nacionalidad. La jurisdicción tampoco se basa en la nacionalidad, y por último el aspecto de la protección diplomática es el único de todos los aspectos que realmente estaba demostrado en la práctica ser peligroso para nosotros y era precisamente aquél en el cual había sustentado la definición. Se dijo entonces que la razón para introducir un criterio era paradójicamente evitar o restringir el campo de reclamaciones diplomáticas. Pero a la inversa, al no precisarse como un criterio definido no se logró ese objetivo, porque no se sabía quienes podían reclamar diplomáticamente. Todo este debate, se dio hace años y tiene carácter académico. Pero, sin embargo, yo creo que la discusión no está todavía extinguida, porque el actual sistema que crea la nueva Constitución, abre una serie de puertas y de interrogantes sin cubrir. Examinemos la situación actual. La referencia que hace la nueva Constitución a partir de las leyes de 1968, que se refieren a los bancos, luego la ley de industrias, pero fundamentalmente a la doctrina actual que es la doctrina de la Decisión 24 y complementarias y modificatorias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. La primera pregunta que surge es si estas disposiciones se refieren realmente a una "nacionalidad" o ese término se ha utilizado a falta de otro mejor y que puede suscitar discusiones inconvenientes para los intereses del país. La doctrina de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena es que considera empresa nacional a toda aquella empresa que tiene una participación en sus acciones y en su cuerpo directivo de más del 80% de inversionistas nacionales.

Esta definición así es interesante y se puede tomar en cuenta, pero ¿qué ocurre cuando ninguna nacionalidad alcanza el 80% de una compañía? ¿no es peruana y no es extranjera? Y si el 80% no es peruana, no hay como presumir ni determinar que sea colombiana, venezolana, ecuatoriana, boliviana o inglesa, alemana, norteamericana. Pero al mismo tiempo que se consigna una clase de compañías llamadas empresas nacionales, hay otras que no se adecúan a los términos de nacionalidad clásicos, como son las empresas de nacionalidad mixta, es decir una empresa que no tiene nacionalidad. Si nos regimos por el

criterio de la Constitución, que es el criterio de los tratados de integración, es que al lado de empresas que son nacionales va a haber empresas que no tienen nacionalidad y cuando la participación nacional es menor del 50% va a ser "extranjera, no es que va a ser colombiana, ecuatoriana, venezolana, inglesa, norteamericana o francesa, sino simplemente "extranjera". Un poco como el campesino español, aquel que dividía al mundo en dos, España y el extranjero. Así es el sistema actual del acuerdo de Cartagena que no permite atribuir una nacionalidad, sino sólo permite saber cuándo una empresa es nacional, pero no ayuda a determinar cuándo una empresa es alemana o norteamericana, o inglesa a efectos de regular la protección diplomática. Es importante subrayar que la protección diplomática no se encontraría mayormente afectada por esta "Nacionalidad" según la Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, porque esta "Nacionalidad" es económica y no política, porque hay un artículo en las Decisiones 24 y complementarias y modificatorias que dice que los extranjeros que renuncien a la repatriación de sus utilidades y capital, serán considerados inversionistas nacionales. Cabe entonces el caso de una compañía que puede estar íntegramente formada por nacionales de un país extranjero que han renunciado a la repatriación de sus utilidades. Económicamente están vinculados al país, pero políticamente son todos súbditos extranjeros, tienen su lealtad política con un país extranjero. ¿Qué ocurre si un grupo de accionistas norteamericanos renuncian a la repatriación de sus utilidades y de su capital, más tarde son expropiados y el gobierno norteamericano en cumplimiento de sus intereses y de sus tratados sobre la protección diplomática reclaman oficialmente ante el gobierno del Perú? Este podrá decir que se trata de una empresa nacional; pero el gobierno norteamericano podrá replicar que esas empresas son de propiedad de ciudadanos nacionales de los Estados Unidos y de acuerdo a ella tienen derecho a la reclamación diplomática. Esta situación no está satisfactoriamente tratada en la nueva Constitución. Y más aún, creo que nunca ha sido tratada coherentemente, porque durante las discusiones surgidas entre el gobierno del Perú y el gobierno de los Estados Unidos respecto a la expropiación de la IPC, faltaba una coordinación respecto a la doctrina de la nacionalidad. Había conciencia de otros aspectos políticos, pero no había conciencia de este problema jurídico. Porque mientras el gobierno peruano le decía a la Embajada de Estados Unidos que no tenía derecho a reclamar por la expropiación de la IPC, aunque los accionistas fueran norteamericanos, porque era una compañía constituida en el Canadá, al mismo tiempo se aprobaba los decretos leyes 17330 y 17331 en los que se decía que para los efectos de la legislación de bancos se consideraba bancos nacionales

a aquellos que eran en proporción de más del 80% propiedad de inversionistas nacionales. Es decir que se hacía funcionar la tesis de la nacionalidad de las personas jurídicas de acuerdo a la nacionalidad de los accionistas que era la tesis que sostenía el gobierno norteamericano para el caso de la IPC y de acuerdo a la cual finalmente se firmó el acuerdo de La Flor-Green.

Creo pues que es un error de la Asamblea Constituyente el haber incluido el artículo sobre nacionalidad de las personas jurídicas. No veo absolutamente ninguna ventaja que pueda traer, sobre todo adoptando los criterios de integración. Más bien sí veo una serie de inconvenientes. Es verdad que la definición de una compañía como empresa nacional, puede determinar que tenga acceso o no a determinado tipo de actividades y participar en ciertas ventajas como el acceso al crédito interno de largo o mediano plazo. Pero no veo cuál era la necesidad para obtener estas ventajas de tipo administrativo y de tipo comercial el haber recurrido a un concepto que reconoce nacionalidad a las personas jurídicas oficializándolo en la Constitución y de manera tan poco flexible.

Cosa semejante, aunque no con los mismos peligros, ocurre con la nacionalidad de las naves o aeronaves. Las naves o aeronaves, tienen un régimen jurídico determinado por la ley de su situación. Y es un principio de derecho internacional privado que la situación de las naves y aeronaves se reputan en el lugar donde están registradas. El lugar de registro o la bandera de las naves o aeronaves repercute sobre su régimen legal. Pero una nave o aeronave no puede tener lealtades, deslealtades, deberes ni derechos frente a un Estado. Hemos visto en otros casos que aún el régimen jurídico de la bandera peruana no los alcanzó cuando estuvieron en el extranjero. El caso de APSA, ilustra uno de estos puntos. Sólo para ilustrar y, forzando exageradamente los argumentos, otorgar nacionalidad a las naves o aeronaves, podría llevarnos a otorgar esta forma de nacionalidad a los casimires, tractores, automóviles, botellas de vino, etc. Creo que debemos retornar a la definición tradicional, que no se sabe por qué ha caído en desuso, según la cual la nacionalidad es el vínculo político y jurídico entre un individuo y el Estado, que es fuente de deberes y derechos recíprocos y que, por consiguiente no obedece a ningún propósito práctico y útil el que se reconozca esta nacionalidad a personas jurídicas a naves o aeronaves.

El segundo aspecto vinculado al derecho internacional privado y al comercio internacional es el artículo 136 de la Constitución. Este es el artículo de la doctrina conocida como la cláusula CALVO. La cláusula CALVO se origina también como la doctrina de la nacionalidad en

el siglo pasado. No habían transcurrido ni seis meses de la declaración de la independencia del Perú, cuando en diciembre de 1821 se establecía en Lima la primera firma extranjera, la inglesa Gibbs. Después siguieron llegando una serie de firmas inglesas, francesas, americanas, tratando de colocar en el mercado recién abierto después del monopolio español los productos de la revolución industrial. Todas las que llegaron al comienzo eran compañías importadoras y exportadoras. Y, por lo general, no eran firmas grandes, sino pequeñas. El auge de este tipo de inversión lo representó la llegada de la firma Dreyfus que trajo como consecuencia otro tipo de inversiones, las inversiones bancarias. Más tarde a raíz del auge de la época del guano y paradójicamente después de la debacle de la guerra del Pacífico, llegaron inversionistas de otro tipo: ferrocarriles, tranvías, minas, agriculturas, etc. El abanico de la actividad de las firmas extranjeras se hizo muy amplio. Pero como ocurrió en el caso Milligan, en el de Dreyfus o el de Canevaro que mencioné hace unos instantes, se producían muchas reclamaciones diplomáticas y se sustraía la discusión de asuntos que eran enteramente de competencia de los tribunales nacionales, y se llevaban a tribunales arbitrales. Como este era un fenómeno que no se presentaba únicamente en el Perú, sino en toda América Latina, dio origen a la doctrina del jurista argentino Carlos Calvo emparentada con la doctrina Irigoyen. En ese sentido el aporte de los juristas argentinos fue muy importante. Se dijo que una compañía extranjera que llegaba a actuar en el país se sometía sin restricciones a las leyes y tribunales de la república y renunciaba a toda reclamación diplomática. Esta doctrina se comenzó a incluir en los contratos que celebraban el Estado con las compañías extranjeras y el primer caso que tenemos nosotros de aplicación de la doctrina Calvo en el Perú, fue precisamente en el caso Milligan, la compañía que construyó el ferrocarril Lima-Callao, y los primeros tranvías en las calles de Lima, tranvías tirados todavía por caballos. Esta firma norteamericana se había comprometido a construir esos ferrocarriles en el plazo de dos años y el Estado le había prohibido transferir sus participaciones o acciones a peruanos antes de esos dos años. Pero ocurrió que desórdenes civiles, "revoluciones" causaron demora en el trabajo. La firma se encontró sin recursos, tuvo que transferir ciertas participaciones a inversionistas peruanos y el gobierno rescindió el contrato apenas se enteró. La Legación norteamericana inmediatamente hizo un reclamo y se nombró un tribunal arbitral. Apenas se instaló el tribunal arbitral el gobierno del Perú dedujo la excepción de incompetencia, planteando que ese tribunal no era competente, porque en el contrato se decía que toda reclamación entre las partes a raíz de este contrato se ventilarán entre los tri-

bunales nacionales y por las leyes del Perú. El delegado de la firma americana replicó que si eso, en efecto, decía el contrato, el gobierno lo había declarado rescindido y, por lo tanto, no podía ampararse en una cláusula de un contrato declarado rescindido. Le ganaron así al gobierno peruano la jurisdicción y perdió esta cláusula. Así ocurrió también en el caso de Dreyfus, el caso de Canevaro y el de la London Pacific. El Estado peruano se vio, de esta manera envuelto en todos estos arbitrajes. Entonces se usó otra modalidad. En lugar de una cláusula contractual se puso una cláusula en la Constitución que estableció la jurisdicción exclusiva de los tribunales peruanos en materia de compañías que celebraran contrato con el Estado. El artículo 17 de la constitución del 33 dice: "Los extranjeros y las compañías extranjeras están sometidos sin restricciones a las leyes y los tribunales de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, deberá constar el sometimiento de éstos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

Esta cláusula reflejaba cuál era la situación en el Perú el año 33. La actividad empresarial del Estado era nula o prácticamente inexistente. Los préstamos que contraía el Perú eran pocos comparados con la tremenda explosión del crédito del Estado para financiar el desarrollo de los últimos años. Entonces los pocos banqueros que financiaban al Perú o no tenían inconveniente en someterse a los tribunales nacionales, o lo consideraban completamente superfluo por las presiones que podían realizar sobre el Estado por otros medios. El hecho es que esto no ocasionó ninguna dificultad importante hasta hace diez años. Era una cláusula que tenía un gran sentido emocional para América Latina en general, era una afirmación de la soberanía nacional, pero no tenía mayores repercusiones prácticas. Sin embargo en los últimos diez años la situación cambió y a veces dramáticamente. En los últimos diez años la actividad internacional del Estado en el Perú aumentó notablemente, así como los créditos internacionales para financiar el desarrollo del país. Si comparamos las cifras de la deuda externa pública y privada del país hace veinte años con la actual, la diferencia es realmente abismal e impresionante. Por otro lado y quizás más importante o tan importante como esta expansión del uso del crédito es el de la propia actividad empresarial del Estado en el comercio internacional.

El comercio internacional había estado tradicionalmente en manos privadas, pero desde hace poco hasta el 80% del comercio internacional del país, fue asumido por el Estado y sus empresas. Surgió entonces la dificultad de aplicar el artículo 17 de la Constitución redacta-

da para otra realidad. Entonces se dijo: el artículo 17 de la constitución no se aplica en estos casos, porque se refiere a los inversionistas.

Si vamos a buscar las actas del Congreso Constituyente del año 31 leemos, en efecto que en las intervenciones de Luciano Castillo y Luis Alberto Sánchez y de todos los que intervinieron en el debate respecto al artículo 17, no hay una sola palabra que no se refiere a inversionistas. No se tenía en mente otra situación, sino la referida a los inversionistas.

Podría decirse que el legislador tuvo en mente exclusivamente a los inversionistas, pero lamentablemente la *ratio legis* no es un principio de interpretación permitida a nuestros jueces ni a nuestros abogados. La *ratio legis* sólo es una referencia académica.

Además, si bien la intención de los legisladores fue clara, el lenguaje de la Constitución era inequívocamente claro también, porque dice: "en todo contrato del Estado con extranjeros debe constar el sometimiento expreso de éstos a los tribunales y leyes de la República". Precisaba "en todo contrato". La crisis surgió cuando un banquero alemán que estaba otorgando un crédito fuerte por 80'000,000 de dólares se negó a firmar el acuerdo hasta que no se cambiase ese artículo de la Constitución y era natural que al banquero alemán no le interesara someterse a las leyes de los tribunales del Perú, porque no tenía ninguna otra vinculación con el Perú. El banquero estaba en Alemania, en Dusseldorf y estaba otorgando un crédito en Dusseldorf. Le habían ido a buscar para obtener el crédito y él no se iba a someter gratuitamente a las leyes y a los tribunales peruanos.

Se propició entonces una reunión de abogados de las empresas públicas, y en opinión de uno de ellos, si se trataba de cumplir al pie de la letra con el artículo 17 de la Constitución, los muelles del Perú estarían abarrotados de cobre, hierro, harina de pescado, azúcar, algodón, porque nada se podría vender. Es ilusorio que en un mercado mundial que cada vez es más competitivo, un vendedor peruano puede por ejemplo ir a Rotterdam y proponer la venta de harina de pescado, en competencia con el aceite de soya de Sud-Africa, pero obligando al comprador a someterse a las leyes y a los tribunales peruanos. Resulta ilusorio ir a donde un banquero suizo o un banquero japonés y pedirle que otorgue crédito, pero exigiéndole al mismo tiempo que se someta a las leyes y a los tribunales del Perú. Era totalmente ilusorio, es decir absurdo, pretender que funcione al pie de la letra este artículo.

La salida se encontró en dos leyes de carácter interpretativo de la Constitución, aunque no se definen como tales, los decretos leyes 19988 y 20050. El primero, el 19988, permite que las empresas públicas dedicadas al comercio internacional, puedan seguir las costumbres del derecho

internacional en sus contrataciones. En otras palabras declaran que aunque las empresas son de propiedad del Estado les es permisible someterse a la jurisdicción arbitral o a la jurisdicción extranjera fuera de la jurisdicción obligatoria establecida por el artículo 17 de la Constitución. El decreto ley 20050 aplicó el mismo principio para las instituciones de crédito. Estas decisiones son perfectamente coherentes con la doctrina internacional, porque en la misma forma como funciona la inmunidad jurisdiccional del Estado, —es decir que un tribunal nacional no pueda someter a su jurisdicción a un Estado extranjero— esta inmunidad jurisdiccional no alcanza a las empresas estatales que son personas jurídicas distintas. La jurisdicción obligatoria del Estado, tampoco debe alcanzar a estas personas jurídicas distintas dedicadas a una actividad privada del Estado, en función de derecho privado. La solución fue adecuada. En mi experiencia, en lo que yo he podido ver en mi vida profesional, desde diversas perspectivas en que me ha tocado actuar, creo que esos decretos leyes fueron buenos y no han causado dificultades y, más aún, han permitido el desarrollo del comercio internacional en una forma eficiente, efectiva y sin obstaculizar la rapidez y la fluidez comercial que es lo que más nos interesa.

En este sentido el artículo 136 recoge algunas de las innovaciones buenas pero, lamentablemente, ha pasado por alto algunas de las innovaciones que merecían la pena de ser consignadas. Considero a este artículo parcialmente inadecuado, y no realista. En primer lugar el acierto del artículo 136 es que ha aclarado algo que estaba implícito, pero que dio lugar a algunas discusiones o raíz del contrato con algunas empresas japonesas para la construcción del oleoducto. El artículo 17 de la Constitución de 1933 dice: "Los extranjeros y las compañías extranjeras están sujetas sin restricciones a las leyes y tribunales de la República".

El artículo 136 de la nueva Constitución ha mejorado la expresión: "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú, están sujetas sin restricciones a las leyes de la República". Eso es una correcta innovación, porque lógicamente no se va a pretender que una empresa que está comerciando con el Estado peruano desde Rotterdam, Hamburgo, Bruselas o Viena, va a estar sometida a las leyes de la República. Las empresas que están sometidas a la jurisdicción nuestra son pues las empresas domiciliadas, las establecidas en el Perú. En otras palabras, las que invierten en el Perú. Eso fue la intención, del legislador del año 33, pero no lo dijeron expresamente. El legislador del año 1979 sí lo ha dicho; esto es un acierto.

Pero la segunda parte del Artículo 136, me parece totalmente irreal, pues dice:

"En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público, o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática".

Han dictado una sentencia a plazo perentorio contra todas las empresas públicas. Este dispositivo es totalmente irreal, porque al exigir a las empresas públicas someterse a los tribunales peruanos, está contradiciendo lo que se había ganado con el decreto ley 19988 y es absurdo esperar que Minpeco, pueda contratar en el futuro, por ejemplo, ventas de cobre, pidiendo a sus compradores de Tokio que se sometan a las leyes de la República. En tal caso ocurrirá seguramente que le comprarán el cobre a Chile, a Zambia o a Zaire. Será iluso pensar que un comprador en Tokio va a querer someterse a las leyes peruanas. El constituyente Dr. Andrés Aramburú comentando este dispositivo dijo que en realidad esto era para evitar situaciones inciertas y objetables en que se han celebrado contratos con sometimiento a una jurisdicción extranjera, a tribunales constituidos por los importadores de los productos peruanos, pero por otra parte dijo que esto se puede remediar, convirtiéndose las empresas públicas en empresas privadas, organizándose como sociedades anónimas. Entonces yo me pregunto, que si esto se puede eludir simplemente convirtiendo las empresas públicas, en empresas privadas. ¿Cuál era el objeto de incluir esta prohibición eludible en la constitución?, salvo que la intención sea impedir que las empresas públicas puedan operar eficientemente para privatizarlas.

En el único campo en el que sí han preservado el criterio del decreto ley 20050, porque es una área muy urgida, es en el campo financiero. El segundo párrafo del artículo 136 dice:

"Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero".

De esta manera si bien las operaciones de comercialización internacional de las empresas públicas no pueden someterse a la jurisdicción extranjera, los contratos financieros así sean del mismo Estado, sí pueden someterse a la jurisdicción extranjera. Es obvio que esio le hace perder consistencia y coherencia lógica al artículo.

En este artículo se ha cometido también un error de apreciación, al menos cuando se precisa que las empresas públicas simplemente se conviertan en sociedades anónimas, se está pensando en el modelo inglés. En Inglaterra muchas de las empresas nacionalizadas funcionan como sociedades anónimas, como corporaciones privadas, pero el Estado es propietario de la totalidad o de la mayoría de las acciones. En el Perú el caso se da con la Reaseguradora Peruana, en que el Estado es propietario mayoritario y la empresa es controlada por

el Estado, pero bajo la forma de sociedad anónima. Pero si fuera esa la intención, me parece un enorme despliegue de fuerzas haber incluido toda esta doctrina en la nueva Constitución, simplemente para que las empresas públicas se conviertan en sociedades anónimas y en esta forma puedan ya someterse a la jurisdicción extranjera.

El tercer párrafo del artículo 136 dice:

"El Estado y las personas de derecho público, pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

Supongo que en este párrafo se ha tenido en mente principalmente el caso del Tribunal Andino. Como ustedes saben ya fue firmado por el Perú, y está en proceso de aprobación, la creación de un tribunal internacional para la comunidad andina que va a tener jurisdicción sobre tres aspectos fundamentales: la nulidad de los actos de la Junta y de la Comisión del Acuerdo; la legalidad del incumplimiento por los países miembros de las decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta; y la importante jurisdicción de que todo fallo de los tribunales nacionales que se refiera a asuntos de integración, va a tener que ser referido, en última instancia, en manera de interpretación legal, al Tribunal Andino. De manera que el último párrafo está referido principalmente al Tribunal Andino; y en este sentido es muy positivo que se incorpore esta cláusula que contribuye a fortalecer más el proceso de integración regional.

Esto es, en una apretada síntesis que he tratado de que sea lo más ordenada posible, mi comentario sobre los aspectos de Derecho Internacional Privado y Derecho del Comercio Internacional en la nueva Constitución.

