

LAS BASES ROMANISTAS FRENTE AL CAMBIO POLITICO-ECONOMICO: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO AL EXTRANJERO EN MATERIA DE INVERSIONES EN EL PERU

Elvira Méndez Chang
Magister en Derecho
con mención en Derecho Internacional Económico
Profesora de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Comité Consultivo
THĒMIS -Revista de Derecho

El presente artículo permite obtener una perspectiva pocas veces tomada en cuenta para efectos del análisis del principio de igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones en el Perú. Dicho principio es sin duda uno de los pilares sobre los cuales reposa el proceso de apertura económica que viene desarrollándose en el Perú; proceso que frecuentemente es relacionado con la asunción de categorías jurídicas anglosajonas. La autora de este trabajo, ilustre romanista de nuestra universidad, indaga hasta encontrar la base jurídico-romanista de este principio tan importante para la modernización y el desarrollo económico del Perú. De esta manera concluye afirmando la utilidad de recurrir a las fuentes primigenias de nuestro Derecho, que se encuentran en el Derecho Romano que, a despecho de lo que sostienen quienes propugnan una "anglificación" de nuestro ordenamiento, puede responder muy bien a las necesidades y coyunturas actuales y futuras.

En los últimos años, los fenómenos de globalización y de apertura de las economías han llevado a reflexionar en torno a la necesidad de modificar nuestra legislación, incorporando algunos conceptos e instituciones que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al nuestro; especialmente, aquellos del *Common Law*.

Este planteamiento inicia un interesante campo de discusión, aunque una revisión de todas las aristas de este problema excede la extensión de este artículo. Sin embargo, se tratará de demostrar que los requerimientos de regulación de la realidad frente a una nueva propuesta económica no llevan necesariamente a desconocer ni a modificar las bases romanistas del Perú, tal como ha sucedido con el principio de igualdad de tratamiento de las inversiones de peruanos y extranjeros a la luz de la Constitución Política del Perú de 1993 (artículo 63).

1. EL PERU Y EL SISTEMA JURIDICO ROMANISTA

Los derechos internos de los Estados y pueblos del orbe se dividen en familias, sistemas o tradiciones jurídicas,¹ lo cual ha sido reconocido explícitamente en el sistema de Naciones Unidas.² Al revisar las principales tradiciones jurídicas existentes en el

¹ Las clasificaciones de los principales sistemas jurídicos varían de conformidad con los planteamientos teóricos de los autores. Véase: AYASTA GONZALES, Julio. *El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*. Lima: Ediciones RJP, 1991. p. 141-149

² El art. 23 de la Carta de las Naciones Unidas alude al llamado "reparto geográfico" en la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad. Asimismo, el art. 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que, en la elección de sus magistrados, su conformación deberá representar las principales tradiciones jurídicas del mundo.

mundo, constatamos que el sistema jurídico romanista es el más difundido y el más antiguo.

El sistema jurídico romanista engloba a todos los ordenamientos jurídicos que, partiendo del Derecho Romano, cuentan con conceptos, principios, reglas y actitudes comunes, al margen de las peculiaridades de cada pueblo. Cabe recalcar que el Derecho Romano y el sistema jurídico romanista no son sinónimos. La implantación del Derecho Romano en los distintos pueblos en donde se produjo su difusión y recepción llevó a una fructífera interacción con elementos locales; así como el desarrollo histórico llevó a fusionarse con elementos del derecho canónico, del derecho mercantil, de la Revolución Francesa y de la Escuela Histórica.⁴

El Perú es un Estado que pertenece al sistema jurídico romanista de inspiración ibérica-latinoamericana.⁵ Su vinculación con el Derecho Romano (en especial, con la Compilación Justiniana) surge a partir de la conquista española.⁶ España trajo al Perú el llamado Derecho de Castilla, que fue aplicado tanto en las relaciones privadas como en la esfera

pública. Desde el siglo XVI al siglo XIX, el derecho castellano⁷ se impuso en el Virreynato del Perú, teniendo como fuentes el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros Municipales, el Fuero Real y las Partidas del rey Alfonso X El Sabio. En éste, se apreció la clara influencia del Derecho Romano⁸, que sirvió como punto de referencia obligado para entender, interpretar y explicar el derecho castellano. También el Derecho Indiano⁹, participó de la recepción del Derecho Romano al incorporar elementos indiscutibles de la Compilación Justiniana y del *ius commune* europeo. Tal es la aplicación del Derecho Romano Justiniano en la práctica de los tribunales de los siglos XVII y XVIII que Basadre sorprendido afirma:

“Como se extendió hasta los tribunales la práctica de utilizar el Derecho Romano, sin justificación legal, incluso en algunos casos previstos y regulados por el Derecho nacional, surgieron decisiones como la que adoptó en 1713 el Consejo de Castilla mandando una vez más aplicar éste como se hallaba contenido en sus diversas fuentes.”¹⁰

³ Hoy en día, las principales tradiciones jurídicas son: la tradición de derecho civil, la del derecho consuetudinario (anglosajón o *common law*) y la de origen religioso. Véase: CATALANO, Pierangelo. “Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano.” En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Reus, 1982 (setiembre), tomo LXXXV de la segunda época, N°3, año CXXXI, p. 166

⁴ Merryman las denomina subtradiciones de la tradición del derecho civil: MERRYMAN, John. La tradición jurídica romano-canónica. 2ª reimpresión de la 1ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 22

⁵ Los ordenamientos iberoamericanos están situados en el sistema romanista y en el grupo latino; su condición latinoamericana demuestra su próximo parentesco y personalidad en la geografía política mundial. Por ende, se puede afirmar la existencia de un sistema jurídico hispano-romano-justiniano. Véase: BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226; CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 164. Asimismo, “... lo latino en América es lo latino de la «raza cósmica» es, visto desde el reducido ángulo europeo, la garantía que el concepto no va a perder su carácter cultural de fondo, su tendencia universal. Gracias a «nuestra América» la «latinidad» sigue siendo un fragmento de la universalidad, proyectado hacia el futuro de la humanidad”. CATALANO, Pierangelo. “El Concepto de Latino”. En: Migraciones Latinas y formación de la nación Latinoamericana. Caracas: Universidad Simón Bolívar, 1983. p. 534; CATALANO, Pierangelo, STEGER, Hans-Albert y LOBRANO, Giovanni. América Latina y el Derecho Romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985. p. 152. También véase: BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. 4a. ed. corregida. Lima: Ediciones Librería Studium, 1988. GARCIA BELAUNDE, Domingo. “El Derecho Romano en el Perú”. En: Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima: Año XXXVIII, N° 424, 1979, p. 460-473

⁶ En relación a las fuentes de “transfusión” del Derecho Romano en los derechos internos americanos, podemos señalar:

a) La sucesión inmediata, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* pasa como artículo de un código.
b) La sucesión mediata, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* se incorpora a la Glosa, pasa a un Tratado y de éste al Derecho Positivo.
c) La sucesión compuesta, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* pasa a la Glosa; de allí a las Siete Partidas; luego al Comentario de Gregorio López de allí se forma norma de derecho que es fuente de codificación.
DIAZ BIALET, Agustín. “El derecho romano en el Derecho Civil Punitivo Argentino”. En: ROMANITAS - Revista de Cultura Romana. Río de Janeiro: 1970, Año XI, vol. 10, Tomo 2, p. 239

⁷ Al respecto, Basadre afirma que “El Derecho que pasó a América no fue pues, lo que pudiera llamarse un Derecho español. Este puede decirse que empieza a existir sólo en el siglo XVII a partir de los decretos expedidos por Felipe V aboliendo el Derecho territorial peninsular. Fue el Derecho Castellano el que rigió en nuestro continente”. BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226

⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental 2ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Reus, 1957. op. cit., p. 59-60

⁹ El derecho español rigió en las llamadas “Indias” desde el primer momento; además “... el derecho indiano nace antes de que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe el país en que ha de regir, pues tres meses y medio antes de que Colón zarpare de Palos en su viaje de descubrimiento, los Reyes Católicos, en las capitulaciones de 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes, habían establecido las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo”. CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 165-166

¹⁰ BASADRE, Jorge, op. cit., p. 240

En el siglo XIX, se mantuvo claramente la influencia del Derecho indiano y del Derecho castellano, con su innegable fundamento en el Derecho Romano Justiniano¹¹. A ello se sumó la experiencia francesa y la doctrina mayormente europea. Nuestros juristas, coherentemente con el sistema jurídico romanista, plasmaron estas bases romanistas en los Códigos Civiles peruanos.¹² Por consiguiente, la transfusión del Derecho Romano en el Perú resulta indiscutible.¹³

Sin perder la perspectiva actual del Derecho y la situación del Perú, coincidimos en afirmar que el Derecho Romano puede ofrecer respuestas interesantes a nivel de la investigación de problemas contemporáneos.¹⁴

2. FUNCIONES DE LA INVESTIGACION ROMANISTA DE LAS INSTITUCIONES DE NUESTRO DERECHO

Teniendo en cuenta que la legislación se genera en respuesta a los problemas de la sociedad, estimamos que la arraigada pertenencia del Perú al sistema jurídico romanista hace necesario tener en cuenta estas bases romanistas frente a cualquier propuesta. Asimismo, nos permite cumplir dos funciones importantes para el jurista contemporáneo:

a) Conocer mejor los orígenes de los conceptos, las instituciones y principios existentes en nuestro Derecho. Sólo a través de un conocimiento de la verdadera naturaleza, contenido y *ratio* de una institución podremos comprenderla mejor y

apreciar los cambios introducidos por factores políticos, sociales, económicos y culturales.

b) Criticar adecuadamente el Derecho actual, tomando como referencia el Derecho Romano Justiniano, que se encuentra en la base de la tradición jurídica romanista.¹⁵

Muchas veces encontramos vacíos y contradicciones en el Derecho actual; si realizamos "transplantes" de principios e instituciones de otros sistemas jurídicos, éstos no siempre logran arraigarse en nuestro ordenamiento. Frente a ello, recurrir a la base de nuestra tradición jurídica puede ser altamente beneficioso pues encontraremos elementos de contraste y de crítica del Derecho actual.

Por lo expuesto, abordaremos el estudio de la igualdad de trato al inversionista extranjero dentro de una aproximación histórica-institucional para esclarecer las bases romanistas de nuestra legislación.

3. TRATAMIENTO DEL EXTRANJERO EN EL DERECHO ROMANO

A través de la historia de Roma, encontramos que "extranjero" es un término que cuenta con varias categorías¹⁶; el criterio que los aglutinaba era su mera contraposición al *civis romanus*.¹⁷

Sin embargo, lo más cercano al concepto actual de extranjero es el *peregrinus*: aquél que, careciendo de ciudadanía romana, vivía en el territorio romano¹⁸; era el extranjero no enemigo (*Varr. De l. lat. 5.1*)¹⁹ que

¹¹ "La tradición jurídica española llegó a ser tan firme que incluso después de la Independencia siguieron vigentes, más o menos tiempo, la leyes españolas". CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 170-171

¹² Para profundizar el estudio de la incidencia de la tradición romana en nuestros códigos civiles, véase: AYASTA GONZALES, Julio, op. cit., p. 205-215; también MENDEZ CHANG, Elvira. Bases romanistas para la igualdad de trato del inversionista extranjero (persona natural) en el Perú. Tesis de Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995. p. 206-208.

¹³ DIAZ BIALET, Agustín, op. cit., Tomo 2, p. 238

¹⁴ BEINART, B., "Roman Law in a Modern Uncodified Romanistic System" En: *Romanitas - Revista de Cultura Romana*. Rio de Janeiro, vol. 10, tomo 2, Año XI (1970), p. 247. Una enérgica defensa del Derecho Romano se encuentra en BATIZA, Rodolfo. Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho Mexicano. México: Porrúa, 1982. p. 146-147

¹⁵ SCHIPANI, Sandro. Derecho Romano. Codificación y Unificación del Derecho - Instituciones Traducción e Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983. p. 23

¹⁶ Dentro de los extranjeros, tenemos al latino, *peregrinus*, bárbaro y *hostis*. SERRAO, Feliciano. *Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma* Napoli: Jovene, 1984. Prima parte, p. 346-347. A veces se indica que el extranjero se confundía en los inicios de Roma con el esclavo y con el trabajador. Véase: DESPOTIN, Luis A. "El trabajador extranjero en la legislación laboral argentina". En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba. 1967, Año XXXI, octubre - diciembre, n° 4-5, p. 71

¹⁷ BENOHR, Hans Peter. "Le citoyen et étranger en droit romain et droit français". En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Paolo. *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 179

¹⁸ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. 6ª ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979. p. 140

¹⁹ *Varr. De l. lat. 5.1: "... multa verba aliud nunc ostendunt aliud, ante significabant, ut HOSTIS; nam tum eo verbo dicebant PEREGRINUM qui suis legibus uteretur, nunc dicunt cum quem tunc dicebant PERDUELLEM"*.

se relacionaba con los ciudadanos, según lo dispuesto por el Derecho Romano. La noción de *peregrinus* se mantiene en las fuentes justinianeas²⁰, tal cual aparece en N.78.5.²¹

Pese a que existían diferencias conceptuales y de trato entre los *cives* y *peregrini*, desde el siglo VI a. C., con la creciente importancia comercial de Roma, se dieron derechos y tutela a los extranjeros en Roma, cuyas referencias aparecen en la Ley de las XII Tablas (Tab. I, 5; II, 2; VI, 4).²²

Esta no fueron medidas aisladas ya que numerosas fuentes romanas señalan claramente que los *peregrini* participaban en el *ius* (Festo, 314),²³ siendo considerados *pari iure* (iguales en el derecho) con el pueblo romano.

Para la protección jurisdiccional del *peregrinus*, hacia la mitad del Siglo III a.C. apareció el *praetor peregrinus*, quien intervenía cuando alguna de las partes de una causa no era ciudadano romano²⁴: "...quod inter peregrinos *ius* dicebat..." (D.1.2.2.28). El magistrado romano tenía la tutela jurisdiccional del extranjero basado en su *imperium*²⁵ aplicando el *ius gentium* (derecho de gentes).

Por consiguiente, podemos comprobar que se incorporó a los *peregrini* en el *ius* con una amplia participación en el *ius gentium*. Sin embargo, ello no llevó a que el *peregrinus* tuviera los mismos derechos que el ciudadano romano; en especial, en relación a los derechos políticos y a las relaciones de familia²⁶, regidos por el *ius civile* en sentido restringido.

Reconociendo la existencia de principios generales y fundamentales que se encuentran en los diversos derechos internos de los pueblos, el *ius gentium* estaba también presente en una parte del Derecho Romano y, con el correr del tiempo, se aplicó a las relaciones de los ciudadanos romanos.

El *ius gentium* es entendido como el *ius civile* abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional. El *peregrinus* contaría con los derechos reconocidos por el *ius gentium* que emanasen de la conciencia jurídica romana, que no eran considerados exclusivos de los ciudadanos romanos; por ende, éste se convertía en un derecho universal.²⁷

En la Compilación Justiniana, el *ius gentium* fue identificado como aquél que se extiende a todos los

²⁰ Existe una discusión entorno a la supresión del concepto de *peregrinus* en la Compilación Justiniana. Catalano afirma: "...il sistema dello *ius Romanum* tende a eliminare lo strumento concettuale e linguistico/contrastante con l'universalismo (*peregrini*) ed creare nuovi strumenti (*universi*). Giustiniano porterà il processo a compimento...". CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. p. 70 ss.; en esta línea, HERRERA PAULSEN, Darío. *Derecho Romano*. 2ª ed. Lima: EDDILI, 1984. p. 30; LAVALLETTE, Simon. *La condition des étrangers à Rome & en France. Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen*. Rouen: Espérance Caquiard, 1880. p. 45; ORTOLAN, M. *Compendio de Derecho Romano*. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 33; PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado. Introducción de IHERING, Rudolf: "Importancia del Derecho Romano". Buenos Aires: Albatros, 1985. p. 121; RODRIGUEZ, José Santiago. *Elementos de Derecho Romano*. Caracas: Del Comercio, 128. Tomo I, 516 p. Tomo I, p. 92

²¹ Las fuentes justinianeas estarían recogiendo en cierta manera el significado y etimología primigenia de *peregrinus*. Ello resulta comprobado en el Código y, en especial, en N.78.5: "[...] Porque así como Antonino, denominado Pío (por quien esta denominación ha llegado también a nosotros), habiéndosele pedido antes por cada uno de los súbditos el derecho de ciudadanía romana, y extendiéndolo de este modo de los que se llaman peregrinos a la ingenuidad romana, se lo dió en general a todos los súbditos..."

²² "...il ricordo nelle XII tavole dello status *dies cum hoste* ci autoriza a pensare che fin dalla legislazione decemvirale esisteva in Roma una certa diffusa esperienza di processi inter *cives* et *peregrinos*". FREZZA, Paolo, "*Ius Gentium*", op. cit., p. 265. También véase: GIFFARD, A. E. "*Le sens du mot 'auctoritas' dans les lois relative à l'usucapion*". En: RHD (*Revue Historique de Droit Français et Étrangers*). Paris: Sirey, 1938. IV serie, año 17, p. 351; VISSCHER, Fernand de. "*Aeterna Auctoritas*". En: RHD (*Revue Historique de Droit Français et Étrangers*). Paris: Sirey, 1937. IV serie, año 16. p. 573-587

²³ Festo, 314. «*Status dies <cum hoste> vocatur qui iudice causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*».

²⁴ Sobre este tema, se sugiere: SERRAO, Feliciano. "*Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore*". En: *La certezza del Diritto nell'esperienza giuridica romana*. Padova: CEDAM, 1987. p. 51-100

²⁵ Al principio, el pretor por su *imperium* daba a los extranjeros una *formula in factum concepta*, la cual servía para pedir al juez que verificara si habían los hechos que fundamentaban la acción; en caso negativo, ordenaba absolver; en caso positivo, condenar. Ello fue sancionado por la *Lex Aebutia* y la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituzioni di Diritto Romano*. 14ª ed. riveduta - ristampa anastatica. Napoli: Jovene, 1987. p. 121-123; PETIT, Eugène, op. cit., p. 837; TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 175

²⁶ "... chiamensi peregrini tutti coloro, che sono incapaci di diritti nel *ius civile*, capaci di diritti nel *ius gentium*, e ai quali questa capacità giuridica più limitata viene riconosciuta anche nei tribunali romani". SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., vol. 2, p. 39-40

²⁷ Catalano se refiere a un carácter supranacional ("*sovranazionale*"). Véase: CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone...*, op. cit., p.56. Se recomienda también la lectura de BELLO, Andrés, "*Derecho Romano*". En: *Obras completas de Andrés Bello* Comisión. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p. 259

hombres (D.1.1.9; también D.1.1.1.4; D.1.1.6.; I.1.2.1).²⁸ Recogiendo el planteamiento de Gayo y Ulpiano, incide en la autonomía del *ius gentium* frente al *ius naturale* y al *ius civile*, subrayando el elemento de universalidad subyacente.

Habiendo analizado el *ius gentium* como derecho aplicable a los *peregrini* en territorio romano, se debe establecer cuál era el ámbito contractual del Derecho Romano Justiniano.

Las fuentes romanas sostienen claramente que el *ius gentium* comprendía una amplia esfera en materia contractual, aplicable a *cives* y *peregrini*, en un plano de igualdad. Gayo (*Gai*, 1.193; *Gai*, 3.94) señaló que la regla general para las obligaciones que surgen de los contratos en Roma es que éstas están regidas por el *ius gentium*, las cuales se darían tanto para los ciudadanos como para los extranjeros²⁹, sin discriminación y en un plano de igualdad. Es así como encontramos plasmado el principio de igualdad de tratamiento al *peregrinus* en el ámbito contractual en Roma (salvo lo establecido para los contratos *verbis*).

Esta regla general se mantiene en la Compilación Justiniana (I.1.2.2; I.3.15.pr.-1; D.1.1.5), pese a los cambios políticos y sociales en Roma. Por consiguiente, el análisis de las fuentes romanas lleva a constatar que no se establece una discriminación o trato diferenciado al *peregrinus* en el ámbito contractual romano. Por el contrario, lo coloca en un plano de igualdad de tratamiento frente al ciudadano romano. La consolidación del principio de igualdad de tratamiento del *peregrinus* fue la culminación de un proceso de "romanización" y universalización del Derecho y cultura romanos que, habiendo empezado en la república, se desarrolla en el imperio y tiene como hito importantísimo la *Constitutio Antoniana* del año 212 d. C.

4. BASE ROMANISTA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO AL EXTRANJERO EN EL PERU

El principio romano de igualdad de trato al extranjero fue difundido a los países en los cuales el Derecho Romano se extendió, sea por la conquista o a través del influjo de los estudiosos del Derecho. De la experiencia europea, fue transportado a América Latina, donde recibió gran acogida en las nacientes repúblicas del siglo XIX, las cuales lo incorporaron en sus legislaciones.

4.1 Antecedentes Constitucionales del Artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993

Desde los albores de la vida republicana, en las principales Constituciones del Perú se ha seguido una línea de continuidad en relación al reconocimiento y consolidación del principio de igualdad de trato entre nacional y extranjero.

La **Constitución del Perú de 1828** establecía la libertad en el trabajo, industria y comercio, sin restringirlo a los peruanos ni establecer diferencias basadas en un criterio de nacionalidad (artículo 16). Las restricciones estaban referidas a las buenas costumbres, la seguridad nacional y criterios de sanidad.

La **Constitución del Perú de 1834** mantuvo el principio de igualdad establecido en la Carta Magna de 1828, siendo la formulación de sus artículos similar a la de la precitada constitución (artículo 162 y 163).

La **Constitución de Huancayo de 1839** representó un hito en la consagración del principio de igualdad de trato del extranjero frente al nacional, fundado en su sujeción a la soberanía del Estado territorial. Tras proclamar la inviolabilidad del derecho de propie-

²⁸ D.1.1.9: "Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres (mores), usan en parte del suyo propio, y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, como derecho propio de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes."

D.1.1.1.4: "Derecho de gentes es aquél de que usan todas las gentes humanas; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a sólo los hombres entre sí..."

También: D.1.1.6.pr.: "Derecho civil es aquél que ni se aparta del todo del natural o del de gentes, ni se conforma totalmente a él, y así, cuando añadimos o quitamos algo al derecho común, hacemos el derecho propio, esto es, el civil"

²⁹ Genéricamente, Bello afirma que "La capacidad de los peregrinos relativamente al *ius gentium* abrazaba toda especie de derechos: su matrimonio era verdadero, aunque no *justum*. Su propiedad (*in bonis*) era reconocida y protegida. Sus acciones activas y pasivas eran no sólo naturales sino civiles, es decir, garantizadas por acciones semejantes a los que daban las leyes a los romanos. llamábanse acciones ficticias..." BELLO, Andrés, "Derecho Romano", op. cit., Tomo XIV, p. 329. Incluso Arias afirma que las facultades de los *peregrini* fueron ampliadas con el tiempo, llegando a afirmar el reconocimiento del matrimonio *secundum mores peregrinorum*. ARIAS, José, op. cit., p. 162; también trata del tema de matrimonio de extranjeros GORIA, Fausto. "Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio". En: *Il modello di Gaio nella formazione del Giurista*. Atti del Convegno Torinese (4 - 5 maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano. Milano: Giuffrè, 1981. p.291-292.

dad a nivel constitucional (artículo 167), se estableció -entre las garantías individuales- que el extranjero que adquiriera la propiedad de inmuebles ubicados en territorio peruano, quedará sometido a las leyes peruanas (artículo 168).

La **Constitución del Perú de 1856** proclamó el sometimiento del extranjero, propietario de inmuebles, a la legislación nacional, otorgándosele el goce de derechos como si fuese nacional.

Posteriormente, el artículo 28 de la **Constitución del Perú de 1860** y el artículo 26 de la **Constitución del Perú de 1867** reprodujeron la norma precitada, consolidando el principio de igualdad de trato al extranjero.

En el siglo XX, este principio se consagró definitivamente en las Constituciones, aunque sin hacer referencia expresa a la inversión extranjera.

La **Constitución del Perú de 1920** estableció el principio de igualdad ante la ley, sin establecer discriminaciones basadas en criterios de nacionalidad (artículo 17); en relación a la propiedad, mantuvo este principio (artículo 38 y 39), pese a que indicó algunas limitaciones (artículo 39) fundadas en la seguridad nacional.

La **Constitución del Perú de 1933** mantuvo las reglas establecidas por la Carta Magna de 1920 (artículo 31, 32 y 36).

La **Constitución del Perú de 1979** también afirmó la igualdad ante la ley como derecho fundamental de la persona a nivel constitucional (artículo 2 inciso 2). Siguiendo esta línea de continuidad, la regla general sirvió para consagrar el principio de igualdad de trato del extranjero en materia de propiedad (artículo 126)³⁰. En relación a los contratos que celebran los extranjeros, este principio de igualdad de trato llevó a afirmar que éstos se someten al derecho interno peruano y a los tribunales peruanos³¹, renunciando expresamente a toda reclamación vía diplomática.

4.2. El tratamiento del inversionista en el Perú (1991-1993)

Partiendo del axioma que los niveles de ahorro e inversión deben ser idénticos, nuestro país ha iniciado una serie de medidas tendientes a propiciar la inversión para que aumente el ahorro. Pero el ahorro interno en el Perú no logra los niveles necesarios para desarrollar una serie de sectores de la actividad productiva nacional, siendo menester recurrir a la inversión extranjera directa.³²

La inversión extranjera directa presenta cuantitativa y cualitativamente ventajas para el país receptor³³. Cuantitativamente, hay una entrada efectiva de dólares al país. En lo cualitativo, la inversión extranjera directa es más beneficiosa que el mero endeudamiento del gobierno. Asimismo, inversión y crecimiento están estrechamente vinculados, pues la inversión de capital es el principal medio para aumentar la capacidad productiva³⁴.

El Perú está firmemente decidido a propiciar la inversión extranjera en los distintos sectores productivos y de servicios. Por ende, como país receptor potencial, debe realizar ajustes a su legislación, brindando las condiciones propicias de igualdad, estabilidad y libre competencia que se exigen.

En el caso del inversionista extranjero (persona natural), el carácter internacional de una inversión privada depende del criterio de domicilio. Las actividades vinculadas con su inversión estarán reguladas por la legislación del país receptor, entendiéndose que acepta someterse a la normatividad del Estado territorial y se compromete a desarrollarlas con buena fe. Como marco básico, el Código Civil del Perú de 1984 (artículo 2046) consagra el principio de igualdad de trato del nacional y del extranjero en materia de derechos civiles, salvo las restricciones fundadas en la necesidad nacional. La nacionalidad no es tomada en cuenta como un criterio o elemento relevante para la aplicación de

³⁰ "... consagran así la teoría y el principio latinoamericano de la igualdad de trato." RAMACCIOTTI DE CUBAS, Beatriz, Estudios..., op. cit., p. 83

³¹ La Constitución del Perú de 1979 trata de impedir que la protección diplomática sea utilizada en estos supuestos toda vez que un sector de la doctrina afirma que la "... infracción o el incumplimiento de los contratos o acuerdos de concesión también pueden equivaler al despojo de propiedades extranjeras y los principios ya indicados son entonces aplicables". En este caso, se refiere a la reclamación en la vía diplomática. SORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. México: Fondo de Cultura Económica, 1973. p. 468

³² GONZALES IZQUIERDO, Jorge. "Rol del Financiamiento Internacional". En: RAMACCIOTTI, Beatriz y otros (editores). Derecho Internacional Económico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993. p. 142. BOZA, Beatriz. (editora) Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios. Lima: Editorial Apoyo, 1994.

³³ GONZALES IZQUIERDO, Jorge, op. cit., p. 145

³⁴ SIERRALTA RIOS, Aníbal, "Aspectos...", op. cit., p. 110-111

las normas ni para determinar la competencia del órgano jurisdiccional.³⁵

En cuanto a la promoción de las inversiones, se ha dado una abundante legislación, cuyos objetivos principales pueden resumirse en lo siguiente:

- a) Eliminar las restricciones y obstáculos a la inversión extranjera, garantizando la igualdad de derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y nacionales.
- b) Generar un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros, lo cual implica reconocer y respetar el régimen adoptado, otorgando también las garantías de la continuidad de las reglas establecidas.

El cumplimiento de estos objetivos reafirma el principio de la igualdad de trato al inversionista extranjero en nuestra legislación, salvo las excepciones que se diesen fundadas en consideraciones que no se refieran a una discriminación fundada en el criterio de nacionalidad.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución Política del Perú de 1993, el Decreto Legislativo N° 662 marcó el punto de partida de un conjunto de normas que propugnaban el logro de los objetivos antes mencionados por parte del gobierno peruano, con miras a garantizar las condiciones necesarias para atraer las inversiones extranjeras, proclamando la igualdad de tratamiento otorgado al inversionista extranjero frente al inversionista nacional (artículo 2). El Decreto Legislativo N° 663 planteó la creación de mecanismos para atraer al inversionista extranjero migrante con miras a su inserción en los sectores productivos nacionales. Posteriormente, varios Decretos Legislativos buscaron lograr la inversión privada en sectores en los que los resultados económicos y financieros no habían sido satisfactorios.

El Decreto Legislativo N° 757 -Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada - estableció un régimen fundado en la igualdad de trato del inversionista extranjero toda vez que se le aplican los mismos derechos, garantías y obligaciones que los nacionales.

En todos estos antecedentes, se mantiene el principio de igualdad de trato al extranjero, en su calidad

de inversionista, dentro de una línea de continuidad romanista a la que siempre ha pertenecido el Perú.

4.3 El principio de igualdad de tratamiento del inversionista extranjero en la Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 fue debatida en un contexto de liberalización de nuestra economía, reflejando los cambios conceptuales y de principios ocurridos en distintos ámbitos.

En primer término, se establece nuevamente que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2). En cuanto a la propiedad, se mantiene el principio consolidado en los textos constitucionales antes mencionados (artículo 71 y 72), salvo excepciones.

El artículo 63 trae una novedad a nivel constitucional puesto que, por primera vez, se establece expresamente que la inversión nacional y la inversión extranjera están sometidas a las mismas condiciones y, por ende, a nuestra legislación en un plano de igualdad.³⁶

Centrando el análisis en la primera frase del artículo 63, observamos que tanto el inversionista extranjero como el inversionista nacional se someten a las mismas condiciones, reguladas por la legislación peruana. *A priori*, no hay ninguna diferencia de trato entre ambos, salvo las restricciones que surjan del análisis sistemático del texto constitucional. Teniendo en cuenta los regímenes establecidos por los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, podemos afirmar que no hay discriminación aplicable en razón de la nacionalidad del inversionista y que las condiciones existentes garantizan ampliamente una igualdad de trato, con sujeción al derecho peruano. Si bien esta norma debe ser un instrumento más para brindar las seguridades que el inversionista extranjero busca para traer sus capitales, el programa y las consideraciones económicas que subyacen no han desnaturalizado un principio general que se da dentro de una línea de continuidad romanista en el Perú.

Por consiguiente, **de la norma constitucional se desprende el principio de igualdad de trato al inversionista extranjero consagrado en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, que a su vez es conforme al principio consagrado en las Constituciones anteriores. Este principio obedece a toda**

³⁵ En el Código Civil Peruano de 1984. "... se ha eliminado en forma absoluta la nacionalidad como factor de conexión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ninguna categoría, ni siquiera subsidiariamente se toma en cuenta la nacionalidad como punto de contacto". TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Lima: Cultural Cuzco (Fundación M.J. Bustamante De la Fuente), 1987. p. 57

³⁶ Art. 63 de la Constitución Política del Perú de 1993: "**La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones[...]**".

una tradición jurídica romanista cuyas bases lo fundamentan, al margen del contexto económico en el que se inserta.

5. REFLEXION FINAL

Hemos apreciado cómo se construyó un principio aplicable al tratamiento del extranjero a partir del Derecho Romano Justiniano, que ha sido incorporado en nuestra legislación tras pasar por distintas etapas de desarrollo histórico-jurídico. Una de las justificaciones de la subsistencia de esta línea de continuidad frente al principio de igualdad de trato al extranjero se funda en que las bases romanistas existentes son lo suficientemente sólidas y coherentes con las necesidades actuales que no hacen necesario modificar este principio.

Este planteamiento romanista se ve reforzado por las nuevas teorías sobre la integración y la solidari-

dad de los pueblos, frente a la necesaria y creciente intercomunicación e interdependencia.

El Perú sigue el derrotero marcado por las bases romanistas de su legislación en torno a la igualdad de trato del extranjero. El principio adoptado para regular al inversionista extranjero es coherente con una tradición jurídica que se remonta a los inicios de nuestra vida republicana y que se va perfilando en materia de inversiones.

Por consiguiente, las bases romanistas de nuestro derecho nos aportan un material sumamente importante que debemos analizar con miras a establecer y reforzar los principios propios de nuestro derecho. Es conveniente no caer en la "tentación" de incorporar instituciones y principios ajenos a nuestro sistema jurídico sin una adecuada evaluación pues existe el riesgo de condenar tal propuesta al fracaso.