

## CAPÍTULO V

### LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA LEY

#### 1. SIGNIFICADO

El supuesto de fraude de la ley consiste en que una persona, fraudulentamente, consigue ponerse en una situación tal que puede invocar las ventajas de una ley extranjera, a la que, normalmente, no podía recurrir. El ejemplo clásico es el de dos cónyuges que por pertenecer a un país donde no se admite el divorcio, se nacionalizan en otro país que sí lo acepta, y obtenida la naturalización, se divorcian e invocan una nueva situación en el país de origen. La noción de fraude de la ley es un remedio y “tiene por objeto establecer una sanción para tales manejos y un medio de impedir la aplicación de la ley extranjera, cuando alguno, mediante fraude, se ha colocado en situación de invocarla, adquiriendo la nacionalidad francesa únicamente para divorciarse”<sup>1</sup>. La doctrina del fraude a la ley se conoce con diversos nombres: *fraudem legis, fraude a la loi, frode alla legge, Gesetzesungebung, wetsontduiking, evasion of law*. La doctrina del fraude a la ley tiene abolengo romano: *Contra legem facit, is qui id facit quod lex prohibit; in fraudem vero, qui, saluis verbis legis, sententiam eius circumvenit* (fr. 29, Dig. 1).

La doctrina del fraude a la ley constituye excepción a la validez de actos verificados en el extranjero, si alguna de las partes obró con la clara intención de sustraerse a los efectos de la ley local (BOUHIER, HUBER).

#### 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL FRAUDE A LA LEY

Se han expuesto varias tesis.

##### A) Teoría que rechaza la noción de fraude

Algunos autores no aceptan la existencia del fraude de la ley en derecho internacional privado. Es decir, cuando dos personas piden que se les aplique

<sup>1</sup> J. P. NIBOYET, *Principios de derecho internacional privado* (trad. de Andrés Rodríguez Ramón), México, Editora Nacional, 1960, pág. 438; VETCH, *In fraudem legis*. Cita de NIBOYET, *op. cit.*, pág. 439.

su ley nacional, dicho juez no tiene para qué buscar los móviles o intenciones por las que han querido invocarla. Lo importante es determinar si pueden o no invocarla.

#### B) Teoría que admite la noción de fraude

Dentro de esta teoría, algunos autores la admiten, pero solamente para contratos y forma de los actos; y la rechazan en los casos de cambio de nacionalidad, pues en el cambio de nacionalidad hay un interés, ya que, de no haberlo, se conservaría la nacionalidad anterior. No obstante, la teoría del fraude a la ley debe aplicarse como norma general para impedir la aplicación de la ley extranjera. NIBOYET<sup>2</sup> expresa: "La noción de fraude a la ley debe aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sean, en que un individuo pueda invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia a que se refiera. Se trata, pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente debiera intervenir".

Cabe decir que en cuanto a la naturaleza del fraude a la ley pueden distinguirse tres teorías: 1<sup>a</sup>) *Teoría objetiva*. Considera al fraude violación indirecta de la ley (elemento material). 2<sup>a</sup>) *Teoría subjetiva*. Caracteriza al fraude por la voluntad culposa del agente. 3<sup>a</sup>) *Teoría ecléctica*. Exige para la existencia del fraude la concurrencia de los elementos material e intencional. Esta es la concepción verdadera, ya que el fraude precisa la existencia de un acto que lleva a un resultado prohibido por la ley, pero realizado con el propósito de violar el espíritu de esta, acogiéndose a su texto.

Se puede afirmar que el fraude a la ley constituye una excepción a la aplicación de la ley extranjera.

### 3. DEFINICIÓN

De acuerdo con la afirmación de NIBOYET<sup>3</sup>, "La noción del fraude a la ley, en derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley".

Esta definición es técnica, ya que considera al fraude a la ley de orden público; constituye un remedio al que se recurre a falta de otro remedio contra la aplicación de la ley extranjera, porque se debe evitar que en el plano internacional la ley imperativa se convierta en facultativa.

<sup>2</sup> J. P. NIBOYET, *op. cit.*, pág. 439.  
<sup>3</sup> *Idem, ibidem*, pág. 441.

### 4. CONDICIONES

Los elementos del fraude son los siguientes: 1º) la utilización de medios lícitos; 2º) obtención de resultados ilícitos; 3º) intención fraudulenta.

Sobre las condiciones para poner en práctica la noción del fraude a la ley, NIBOYET<sup>4</sup> señala las siguientes: 1<sup>a</sup>) que exista fraude; y 2<sup>a</sup>) imposibilidad de impedir la aplicación de la ley extranjera si no se recurre a la noción del fraude a la ley.

#### A) La existencia del fraude

En derecho internacional privado, el fraude a la ley tiende a burlar la ley que contiene una disposición que prohíbe realizar determinado acto, sometiéndose al imperio de una ley más tolerante. El grado de imputabilidad o elemento psicológico será juzgado por el juez, que apreciará si la intencionalidad es burlar la ley. NIBOYET<sup>5</sup> opina que el fraude se puede presentar en los casos siguientes: a) naturalizaciones fraudulentas; b) cambios de domicilio; c) cambios de religión, y d) en realización de determinados actos jurídicos.

El caso más utilizado es el de las naturalizaciones fraudulentas. Ejemplo de esta clase es el Caso Bauffremont. La princesa de Bauffremont se casó con un oficial francés. Los cónyuges obtuvieron posteriormente el único remedio que la ley francesa les ofrecía: la separación de cuerpos. Luego la princesa se naturalizó en Alemania. En octubre de 1875, la princesa, ya divorciada, se casó nuevamente con un rumano, el príncipe Bibesco. Al regresar a Francia, encontró que tenía dos maridos, pues el primero de ellos, el príncipe de Bauffremont, no admitió la validez del divorcio. Los interesados acudieron a los tribunales franceses, y el Tribunal de Casación dictó sentencia el 18 de marzo de 1878 y decidió que se trataba de naturalización fraudulenta. Era evidente la intención de violar una ley imperativa que regía a los cónyuges.

También se cita el caso de los matrimonios en Transilvania. Se trataba de húngaros, austriacos y hasta franceses que se trasladaban a Transilvania para que se les considerase, mediante ciertos requisitos legales, naturales del país, lo cual significaba para ellos la posibilidad de divorciarse, posibilidad no reconocida por la legislación austriaca ni por la húngara. Algunos tribunales anularon los nuevos matrimonios seguidos de divorcios fraudulentos, argumentando la falta de sinceridad y la violación de leyes imperativas de la respectiva nación (Francia-Austria-Hungría).

<sup>4</sup> J. P. NIBOYET, *op. cit.*, pág. 447.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, pág. 448.

### B) Ausencia de cualquier otro remedio

El fraude a la ley es subsidiario, vale decir, es necesario que no se disponga de otro medio. Siempre que haya otro medio, aunque exista fraude, no es posible alegar esta teoría. NIBOYET cita el caso de los famosos matrimonios de Gretna Green celebrados clandestinamente en la frontera de Escocia. Un herrero se limitaba a extender un acta que declaraba que los contrayentes habían comparecido ante él y habían manifestado su decisión de contraer matrimonio. Conforme al derecho escocés de la época, el matrimonio era válido, pero no siempre de acuerdo con la ley de los contrayentes. Pero, en estos casos, si se podía recurrir al estatuto personal o aplicación de la ley nacional, no era necesario acudir al fraude a la ley.

Por el mecanismo del fraude, según YANGUAS MESSÍA<sup>6</sup>: "El realizador del fraude en derecho internacional privado busca liberarse de una norma de derecho material interno que le impone algo que él no quiere, o le veda algo que él quiere realizar. Para lograr su propósito, se dispone a sustituir la vigencia de las normas internas en cuestión, por la de otra norma interna extranjera que no le impone lo que a él le estorba, o le permite lo que él busca. Y el medio técnico de que para ello se vale es el acogimiento, a un punto de conexión establecido por su propia norma de conflicto".

El fraude a la ley se reduce a burlar un precepto imperativo del derecho interno, mediante un uso artificial de la norma de conflicto.

La jurisprudencia de los tribunales belgas, austriacos e italianos, entre otros, y autores como PILLET y VALÉRY aceptan la teoría que invalida el acto por causa de fraude; la rechazan, en cambio, SAVIGNY, BAR, AUDINET, WEISS, DIEDNA y otros internacionalistas (CARLOS ALBERTO LAZCANO).

Según BARTIN, el concepto de fraude está incluido en el orden público. Las leyes imperativas no están sujetas a la autonomía de la voluntad, siendo inadmisible la exportación fraudulenta de un derecho; cuando esto ocurre debe aplicarse una sanción<sup>7</sup>.

NIBOYET cree que el fraude es un instrumento necesario para que la ley conserve su carácter imperativo frente a quienes se acogen con intenciones inadmisibles a una ley distinta. La jurisprudencia colombiana ha aplicado el fraude a la ley (Schwarz contra Wormser, C. S. J., 6-xi-1958, "G. J.", t. LXXXIX, págs. 455-462).

En la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (aprobada por ley 21 de 1981, debidamente ratificada y

en vigencia para Colombia) se estableció en el artículo 6º el principio del fraude a la ley así: "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas". Se puede observar que la Convención exige la prueba de la intención fraudulenta. Igualmente, la Convención estableció el fraude a la ley como excepción de la aplicación del derecho extranjero. La Convención no menciona eludir el cumplimiento de una ley aplicando otra, sino de una evasión artificiosa de "los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte", lo cual amplía la noción de fraude a la ley, dado que no solo se refiere a normas jurídicas, sino a principios fundamentales que por regla general están consagrados en las Constituciones nacionales y otras leyes fundamentales del respectivo Estado.

<sup>6</sup> JOSÉ DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, Edit. Reus, 1944, pág. 319.

<sup>7</sup> Cita de CARLOS ALBERTO LAZCANO, *Derecho internacional privado*, La Plata, Editora Platense, 1965, pág. 168.

## CAPÍTULO VI

### ADAPTACIÓN Y CUESTIÓN INCIDENTAL

#### 1. CONCEPTO DE ADAPTACIÓN

En el derecho internacional privado frecuentemente se aplican normas de diversos ordenamientos jurídicos, y puede presentarse una contradicción, en una o en otra forma. Según GERHARD KEGEL<sup>1</sup> el problema de la adaptación "consiste en qué debe hacerse ante una contradicción de dos o más regímenes materiales competentes a un mismo tiempo". El nombre de adaptación viene de una de las soluciones del problema, que consiste en adecuar los derechos materiales competentes en una situación determinada.

La contradicción de normas puede remediararse principalmente por dos vías: una de derecho internacional privado y otra de derecho material privado. Según KEGEL<sup>2</sup>: "Por el primero, es posible desplazar los límites entre dos normas de colisión o construir una nueva extraordinaria, con lo cual se impide la aplicación de dos ordenamientos materiales diferentes cuyas normas son incompatibles. Se trata, por decirlo así, de una calificación especial para un fin especial, el de evitar la contradicción de normas. Es una solución preventiva. De otro lado existe una solución curativa, en la cual se dejan intactas las normas de colisión de derecho internacional privado que han conducido a la contradicción y, en cambio, se busca remedio en los derechos materiales privados, encorvando sus normas hasta superar la contradicción". Se ha dicho que es necesario analizar los intereses en juego sacrificando los intereses menos sólidos para proteger los más dignos de tutela.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (aprobada por Colombia por ley 21 de 1981) consagró el principio de adaptación en el artículo 9º, así: "Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto".

<sup>1</sup> GERHARD KEGEL, *Derecho internacional privado* (trad. Miguel Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, pág. 195.

<sup>2</sup> GERHARD KEGEL, *op. cit.*, pág. 197.

En materia de adaptación, las soluciones de derecho internacional privado siguen la ley de la menor resistencia, y por eso son preferibles.

En realidad la adaptación implica resolver la contradicción buscando la equidad en el caso concreto. Sostiene KEGEL<sup>3</sup>: "Dejar en pie la contradicción normativa en casos del tipo «así no puede ser» resultaría imperdonable, porque entonces el derecho faltaría a su misión ordenadora. Pero como a ratos se presentan situaciones en que no conviene modificar ni las normas de colisión ni las materiales, entonces no hay más remedio que integrar normas materiales propias dentro del derecho internacional privado del foro. En dos casos del tipo «así no debe ser» también es intolerable dejar en pie la contradicción normativa bilateral: al aplicar en virtud del derecho internacional privado del foro partes de ordenamientos divergentes, es inadmisible llegar a resultados que se aparten del contenido total de cada uno de los ordenamientos aplicados. La contradicción apenas unilateral es, en cambio, mucho menos intolerable".

Para resolver la contradicción lógica o antinomia (*Seinswiderspruch*) o el resultado inadecuado (*Sollenswiderspruch*), la Convención Interamericana establece lo siguiente: a) La aplicación armónica de las diferentes disposiciones; b) la necesidad de resolver el caso según la equidad. Como lo señaló PARRA ARANGUREN: "... La Convención Interamericana trata de obtener el imprescindible equilibrio entre la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material, que debe realizarse en la específica solución del caso concreto"<sup>4</sup>. La Convención creó una concepción del *common law*, le otorga flexibilidad al juez y constituye una innovación en el derecho latinoamericano. Como lo expresa G. VAN HECKE: "En los casos internacionales cuya solución requiera la aplicación simultánea de disposiciones pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, la armonización de estas disposiciones debe realizarse con el mismo espíritu de justicia y adaptación que inspiran al legislador y al juez en la solución de casos estrictamente nacionales".

#### 2. LA CUESTIÓN INCIDENTAL, PRELIMINAR O PREVIA

Consecuencias jurídicas pueden aparecer no solo en el supuesto de hecho de normas materiales del foro o extranjeras, sino también en el de normas de colisión del foro o extranjeras. El problema de la cuestión preliminar se ha planteado así: si una consecuencia del derecho material forma parte del supuesto de hecho de una norma material o de colisión del foro o extranjera, ¿queda

<sup>3</sup> GERHARD KEGEL, *op. cit.*, pág. 203.

<sup>4</sup> GONZALO PARRA ARANGUREN, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)", en *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pág. 171.

<sup>5</sup> TATIANA B. DE MAEKELT, *Normas generales de derecho internacional privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, pág. 173.

sometida siempre aquella consecuencia a la norma de colisión que para ella consagra el derecho internacional privado del foro?; o, por el contrario, si la consecuencia aparece en una norma material o de colisión extranjera, ¿quedó sometida tal consecuencia al derecho internacional privado extranjero? Se llama cuestión preliminar porque el juicio sobre la "cuestión principal", por razón del supuesto de hecho de la norma de colisión o material que lo gobierna, viene a depender de la preexistencia de otra consecuencia jurídica, de una cuestión "previa o preliminar". Según KEGEL<sup>6</sup>, la regla es esta: "Todo el mundo está de acuerdo en que la mera circunstancia de que la consecuencia previa se halle en el supuesto de hecho de una norma material no es razón para que aquella se juzgue por el mismo ordenamiento material al cual pertenece esa norma". Pero sobre la cuestión preliminar, ¿decide el derecho internacional privado del Estado cuyo derecho material rige la cuestión principal, o, por el contrario, el derecho internacional privado del foro? Según KEGEL, la doctrina prevaleciente juzga siempre la cuestión preliminar por el derecho internacional privado del foro. Pero algunos autores (MELCHIOR, WENGLER, WOLFF, NEUHAUS, MACHADO, FERRER-CORREIRA) dicen que debe aplicársele el derecho internacional privado del país cuyo derecho material resuelve la cuestión principal, aunque citan como excepción el caso en que la cuestión preliminar consiste en la validez de un matrimonio. La Convención Interamericana reguló la cuestión previa en el artículo 8º, que establece: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última". Esto significa que no se acogió ninguna de las dos tesis mencionadas y que depende del caso para determinar si la cuestión preliminar se resuelve mediante el derecho internacional privado del foro, o, por medio del derecho internacional privado del país cuyo derecho material resuelve la cuestión principal. La norma es flexible y busca la justicia. Los tratados de Montevideo y el Código Bustamante no tienen disposiciones referidas a la cuestión previa del derecho internacional privado.

En el derecho internacional privado, el problema de la cuestión previa, según lo explica TATIANA B. DE MAEKELT<sup>7</sup>, surge por primera vez a raíz de una sentencia dictada por la Corte de Casación francesa en 1931, en el caso Poncucannamalle contra Nadimoutoupolle, en el que se decidió que, en un juicio sucesorio, la legitimidad de la adopción se regía por la norma de derecho internacional privado del ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión principal. MELCHIOR y WENGLER sostuvieron que la cuestión principal y la incidental debían resolverse por normas de derecho internacional privado pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico.

<sup>6</sup> GERHARD KEGEL, *op. cit.*, pág. 209.

<sup>7</sup> TATIANA B. DE MAEKELT, *op. cit.*, pág. 176.

En América la cuestión incidental se regula en derecho procesal interno, pero no como instituto de derecho internacional privado. A título de ejemplo, se puede citar un caso decidido en 1984 en que se realizó una adopción de una italiana en Italia por persona de esa nacionalidad que murió en Argentina dejando bienes muebles e inmuebles. La sucesión fue abierta en el último domicilio del causante (Italia) y fue declarada única heredera la hija adoptiva. Los bienes inmuebles, sitos en Argentina, fueron reclamados por el Estado argentino en virtud de haberse declarado, en primera instancia, nula y contraria al orden público la adopción, ya que en esa fecha la legislación argentina no la preveía. Sin embargo, a pesar de reconocer la validez de la adopción conforme al derecho italiano, la Cámara de Apelaciones de Argentina admitió la vocación sucesoria conforme al derecho argentino y denegó derechos hereditarios a la hija adoptiva. Cabe señalar que no obstante, respecto de bienes muebles se aplicó el derecho italiano y, en consecuencia, fueron heredados por la hija adoptiva. En otro caso fallado en 1963 se refería a una adopción hecha de conformidad con el derecho español, habiendo fallecido posteriormente el adoptante en Argentina, donde se hallaban sus bienes. En este caso se adoptó una decisión similar<sup>8</sup>.

La cuestión incidental tiene conexión con los derechos adquiridos. En el artículo 21, ordinal 2º, del proyecto Uniforme Benelux de 1968 se establece que "cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo, conforme a la ley aplicable según el derecho internacional privado de los países a que dicha relación concernía esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción, tal nacimiento o extinción serán igualmente reconocidos en Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo, aun con derogación del derecho aplicable en virtud de las disposiciones de la presente ley". Según MEIJERS<sup>9</sup>, la solución de la cuestión incidental aparece afectada por el reconocimiento de las relaciones jurídicas y los derechos adquiridos que han tenido lugar en país extranjero al amparo de una ley a la que todos los sistemas interesados le atribuyeron competencia. Como consecuencia de tal reconocimiento, las reglas de conflicto de un Estado no son aplicables a aquellas situaciones y relaciones que han nacido o se han extinguido fuera del espacio jurídico del foro, cuando las normas de conflicto de los ordenamientos designados coinciden en la determinación de la ley aplicable.

<sup>8</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Edit. El Derecho, C. I. F. I., 1970, págs. 93 y ss. Igualmente JOSÉ LUIS BONNEMaison W., *La cuestión incidental en la problemática del derecho internacional privado*. Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa, Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1975, págs. 39 y ss.

<sup>9</sup> E. M. MEIJERS, "La question du *renvoi*", en *B. I. J. I.*, Paris, 1938, pág. 224; MAURY, "Règles générales des conflits des lois", *R. des. C.*, t. 57, 1937, pág. 554; A. FERRER, *Correia da questão previa en direito internacional privado*, Coimbra, 1970.