

# EL FRAUDE A LA LEY EN LOS DOMINIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1)

Por JOSE FELIX ARAMBURU.

*Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica del Perú*

Los pueblos americanos han demostrado siempre marcada tendencia a facilitar la vida jurídica de los habitantes del Continente, acordando soluciones uniformes para discriminar los conflictos en lo que de distinto tienen sus sistemas legislativos, o extendiendo la acción jurisprudencial de sus tribunales a las más liberales interpretaciones.

Estos hechos, si bien han contribuido poderosamente al ordenamiento jurídico de la sociedad internacional americana, ofrecen sin embargo, un peligro hacia el que es necesario que la doctrina, el legislador y el tribunal vuelvan los ojos, si es cierto el anhelo americano de establecer sólidamente una verdadera comunidad jurídica americana.

A medida que se extiende el radio de acción del derecho internacional privado y se implantan sistemas de solución favorables a las personas y a sus intereses, también ocurre que se abre las puertas a dolorosas hipótesis en las que la voluntad individual juega un rol preponderante y se constatan numerosos casos en que se practican actos preconcebidos con el propósito de sustraerse para determinados fines a la competencia normal de una ley que resulta incómoda o menos favorable que otras: es el fraude a la ley.

---

(1).—Trabajo presentado al VIII Congreso Científico Americano. — Washington, 1940.

Aplicación oportuna y fecunda, en un principio, de la noción general del orden público en creaciones sucesivas de la jurisprudencia contemporánea, es necesario elevar el fraude a la ley a la altura de una noción especial porque aún cuando tiene íntimos contactos con la del primero, presenta empero características propias que la definen y distinguen. Más aún, es posible y hasta necesario darle una fisonomía americana particular.

Si bien ambas tienen su origen en la complicación de la diversidad de leyes internas de los diversos países; si bien ambas tienen por objeto defender la competencia normal de cada una de esas leyes; si bien ambas significan una garantía social para cada una de las colectividades cuyos sistemas jurídicos se encuentran por un momento en oposición al pretender tutelar una misma especie; con todo es necesario admitir que aún cuando la noción del fraude a la ley se ha encontrado bajo la tutela de la de orden público, es evidente que en los momentos actuales aspira a obtener su carta de ciudadanía en la disciplina jurídica a que pertenece y que puede ser elevada a la categoría de institución independiente.

Un análisis preciso de la cuestión permite descubrir que tales nociones tienen un fundamento y una aplicación distintas. El orden público se apoya principalmente en el derecho público y su aplicación está por encima de la voluntad individual. Desde luego es muy difícil, si no imposible, establecer la exacta delimitación entre el derecho público y el derecho privado y hasta para todo el conjunto del internacional privado, siempre es actual el debate acerca del lugar que ocupa éste en la Enciclopedia jurídica. Pero es posible sin embargo, relieves los caracteres predominantes de las dos instituciones y según ellos ubicarlas en uno o en otro dominio. La noción de orden público por su misma construcción gramatical, y por el sentido que tiene en determinadas escuelas que han pugnado por definirlo y clasificarlo, la Escuela Italiana de la Personalidad de la ley por ejemplo, comprende sustantivamente el conjunto de leyes de garantía y de protección social cuyo imperio no puede sufrir mengua alguna en su aplicación normal.

Esa aplicación normal se desenvuelve únicamente mediante la constatación de que la ley extranjera aplicada a un hecho o una situación individual es ofensiva a la organización política, económica o social donde se pretende hacerla eficaz.

Es cierto que a la noción del fraude a la ley se le da actualmente la misma extensión. Subsiste todavía el criterio que le aplicaron los autores holandeses desde el siglo XVII, preocupados de la independencia de las soberanías, pero precisamente lo que debe aunar los esfuerzos de la hora actual es determinarle un dominio más amplio, como corresponde a su propia esencia y a su notoria eficacia.

Cabe añadirse que en la aplicación de las leyes de orden público la investigación judicial es más simple. Basta para ello comparar los alcances de la ley extranjera con los dispositivos de la ley nacional para declararse en seguida si a la primera le alcanzan o no los beneficios de la extraterritorialidad. En rigor, no se aprecian los hechos mismos o la situación individual misma, sino las leyes que han fecundado los primeros o que han gobernado a la segunda.

En la definición del fraude a la ley intervienen otros elementos. El fraude a la ley implica un acto voluntario del individuo que realiza con todas las apariencias de legitimidad un acto previo para realizar otro sustrayéndose dolorosamente a los preceptos imperativos o prohibitivos de su propia ley. Predomina pues el elemento individual.

La mecánica legal se mueve a impulso de la voluntad individual. No se trata como en el caso del orden público de actos simples que tienen en sí mismos su principio y su fin, sino de actos sucesivos de los cuales unos son efectos y otros son causa. No se trata tampoco de un acto susceptible de enfrentar directamente una ley a otra ley como en el orden público, sino de actos precedentes y consecuentes, de los cuales los primeros sirven de preparación a los segundos. No se trata por último, del rechazo inmediato de una ley moral según el sistema jurídico de un país, aplicada normalmente al hecho o a la situación individual y conceptuada inmoral en el país donde pretende surtir sus efectos, sino por el contrario, de la presencia de dos leyes, en los actos precedentes, en que una de ellas va a ceder ante la otra porque aparentemente la primera revela un carácter predominante de competencia normal.

En la noción de orden público, la discriminación termina con la comparación de dos leyes. En la del fraude a la ley sigue otra investigación merced a la cual va a descubrirse que el acto aparentemente legítimo ha sido un simple instrumento para llevarse a término otro acto inmoral o injusto.

En la noción de orden público se atiende más ampliamente a los efectos de la ley rechazada y más limitadamente a sus consecuencias. En la de fraude a la ley, las consecuencias predominan sobre los efectos de la aplicación de dicha ley.

Algo más, si no se precisa la constatación de que para la realización de los actos consecuentes se acudió a la estratagema de la realización de los actos precedentes, éstos mantienen toda su eficacia jurídica y por consiguiente su legitimidad.

Lo anterior permite pues determinar un elemento propio y exclusivo de la noción de fraude a la ley: el elemento intencional. Elemento intencional que juega primordialmente en los actos precedentes y que lleva necesariamente a la investigación judicial a plantear la cuestión en sentido inverso. Hay, mejor dicho, una doble cuestión que tiene que proponerse el juez, para investigar el fraude a la ley. Primero, determinar si los actos consecuentes repugnan a su ley, y segundo, si las ventajas obtenidas por la persona en dichos actos consecuentes las han sido merced a los actos precedentes. Constatado el hecho de que los actos consecuentes no habrían podido producirse si no se hubieran realizado los actos precedentes, se ha definido y resuelto el problema del fraude a la ley.

Ello implica desde luego una intención dolosa en la realización de los actos precedentes. Por eso muchos autores plantean la cuestión en la teoría general del abuso del derecho, pero no en el sentido del abuso de un derecho definido o de una situación individual, sino del abuso de una facultad. No en el sentido del derecho objetivo, sino en el sentido del derecho subjetivo, criterio que determina también una clara distinción entre la noción de orden público y la de fraude a la ley.

No es pues como en el orden público una ley inmoral que la ofende, sino una intención dolosa que hiere la autoridad de la *Lex fori*.

Pero quizás menos importancia tenga establecer el carácter y el dominio de una y otra noción, como la de ampliar el de la del fraude a la ley.

En las aplicaciones jurisprudenciales de la noción se ha atendido exclusivamente al fraude a la *lex fori*. La comunidad jurídica americana impone la extensión de su aplicación. Es necesario aspirar a reglas de justicia más absolutas. Poco se conseguiría con la noción de fraude a la ley si se mantuviera su aplicación con criterio

unilateral. Ello agudiza el antagonismo entre los diversos sistemas jurídicos y circunscribe sus efectos al estrecho campo de las leyes territoriales. No es imposible, sino todo lo contrario, la hipótesis de que los actos precedentes mantengan toda su eficacia en el país bajo cuyo sistema jurídico se operaron y que la ineficacia de los actos consecuentes quede limitada al dominio territorial de la *lex fori*. Más aún, es muy posible que unos y otros mantengan todo su vigor en todas partes, excepto en el país cuya ley ha sido defraudada.

Precisamente puede sostenerse que la noción de fraude a la ley reposa en el más alto concepto de solidaridad internacional y que a diferencia de la de orden público, debe tener la más amplia eficacia extraterritorial. Pronunciada una sentencia que declara un acto aparentemente legítimo, como ilícito, este pronunciamiento debe anular al mismo tiempo y para todo lugar, los actos consecuentes y los actos precedentes y ser reconocido con esas proyecciones en toda la comunidad internacional.

Pero debe irse aún más lejos. La sentencia judicial no debe concretarse a declarar la nulidad sólo cuando los actos realizados sean ofensivos a la *lex fori*. ¿Por qué no ampliar esa declaración al caso en que la *lex fori* hubiera sido empleada en fraude a una ley extranjera? Supongamos que una persona se nacionaliza o se domicilia en el asiento del tribunal para burlar los efectos prohibitivos o imperativos del sistema jurídico a que pertenecía anteriormente y rompe así su vínculo primario y adquiere un vínculo secundario con tal propósito. ¿Puede desconocerse en la hipótesis propuesta que no se trata de un claro y específico caso de fraude a la ley?

No puede desconocerse que la comunidad jurídica no debe permanecer indiferente ante la situación planteada. La ley no puede ser un instrumento agresivo, sin más horizonte que procurar ampliar su radio de aplicación y de rechazo, limitar la competencia normal de otras leyes. Al contrario, si no puede llegarse, y no se llegará nunca, a la uniformización de las diversas legislaciones, por lo menos debe procurarse la uniformización de los sistemas de solución de los conflictos. Así se dará mayor satisfacción a la justicia y se protegerá mejor los intereses de la sociedad internacional.

Hacemos votos porque nuestra América, el Continente de las más grandes y cumplidas realizaciones jurídicas, encuentre también la más acertada solución al problema que planteamos.

José Félix ARAMBURU.