

## Del *Affaire de Bauffremont* (1878) al comercio ilícito del Siglo XXI. El fraude a la Ley en el Derecho internacional privado

Víctor Hugo Guerra Hernández\*

AMDIPC, 2024, No. 6, pp. 259-280.

El derecho de gentes no es pues otra cosa que el natural, que aplicado á las naciones, considera al género humano, esparcido sobre la faz de la tierra, como una gran sociedad de que cada cual de ellas es miembro, y en que las unas respecto de las otras tienen los mismos deberes primordiales que los individuos de la especie humana entre sí

Don Andrés Bello<sup>1</sup>

### Resumen

Este es un breve artículo en donde refrescamos las nociones generales del fraude a la ley como institución del Derecho Internacional Privado, y las conectamos con una situación de suma actualidad como lo es la prevención del comercio ilícito internacional. Miramos cuáles alternativas podría tener la empresa privada legal a partir de las soluciones del Derecho Internacional Privado, como disciplina jurídica orientada a resolver, entre otros aspectos, el conflicto de leyes. ¿Podría una empresa apalancarse en las soluciones del Derecho Internacional Privado para contrarrestar los efectos mortales del comercio ilícito?

### Abstract

*It is a brief article where we refresh the basic notions of fraud to the law as a general institution of Private International Law, and we connect them with a situation of great importance today such as the prevention of international illicit trade. We look at which alternatives could have legal private companies based on the solutions of the Private International Law, as a legal discipline aimed at resolving, among other aspects, the conflict of laws. Could a company leverage in the Private International Law solutions to counteract the mortal effects of illicit trade?*

### Palabras Clave

Fraude a la Ley. Abuso de derecho. Comercio ilícito. Derecho comparado. Transfronterizo. Criminal.

### Key Words

*Fraus Legis. Abuse of law. Illicit trade. Comparative Law. Cross-border. Criminal.*

---

\* Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena (Colombia). Profesor Adjunto del Centro de Estudios Regionales de la Universidad para la Paz de Naciones Unidas (Costa Rica). Miembro de los Consejos Directivos del Instituto para Negocios de la ICC (París) y de la Escuela de Gobierno de la Universidad Hemisferio (Ecuador). Director Legal para Latinoamérica, Canadá y Estados Unidos de Prevención de Comercio Ilícito y Delincuencia Organizada de Philip Morris International.

<sup>1</sup> Bello, Andrés, *Principios de derecho de Gentes*, Madrid, Nueva Edición, Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos, y Lima, Casa de Calleja, Ojea y Compañía, 1844, p. 12. La obra original del Maestro Bello fue publicada por la Imprenta de la Opinión, Chile, 1832, bajo el mismo título, pero la palabra “gentes” escrito con la letra “j”. Para la época, el Derecho de Gentes era el que hoy conocemos como Derecho Internacional.

### Sumario

Introducción. I. Planteamiento del problema. A. El *Affaire de Bauffremont*. B. ¿Qué es el fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado, y cuáles son sus presupuestos y consecuencias jurídicas? 1. Definición y consagración normativa. 2. Presupuestos. a. El Presupuesto objetivo. b. El Presupuesto subjetivo. c. Otros presupuestos. 3. Consecuencias jurídicas. C. El caso del comercio ilícito. II. Diferencias entre el fraude a la ley y otras figuras jurídicas. Posibles soluciones. III. Críticas y conclusiones.

### Introducción

Me siento muy honrado y agradecido de poder contribuir con esta edición del Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado. Maestría que tuve el privilegio de acompañar en su proceso de formación y aprobación definitiva hacia finales de la década de los noventa.

Esta nueva edición del Anuario se dedica a la obra académica de la Dra. Tatiana B. de Maekelt (†), quien fuera mi maestra, jefa, tutora y amiga. También se dedica a uno de los tres grandes juristas del Derecho Internacional Privado venezolano, el Dr. Joaquín Sánchez Covisa (†), a quien sólo tuve el placer de poder leer. Ambos, abogados, insignes docentes y representantes de esa generación de emigrantes que llegaron a Venezuela, la adoptaron como su patria, y construyeron siempre y, hasta el final de sus días, un mejor país para todos<sup>2</sup>.

Dedico entonces a ambos estas líneas, en donde me propongo a repasar la institución del Derecho Internacional Privado denominada “fraude a la ley”, en el marco de uno de sus más famosos antecedentes jurisprudenciales franceses y, analizando el caso del comercio ilícito internacional, como un importante flagelo de nuestros días. El fraude a la ley es una institución controversial, especialmente a la hora de reconocerla, regularla y aplicarla, tal y como expondremos en las siguientes secciones de este artículo.

<sup>2</sup> La Dra. Maekelt fue homenajeada en varias oportunidades. “*A mí que me celebren en vida*”, solía decimos. En este sentido, tuve la satisfacción de participar como autor y co-coordinador del *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana Maekelt*, publicado en Caracas por la Universidad Central de Venezuela y la Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001. La Dra. Maekelt nos acompañó y celebró esta publicación en su honor. Once años después, y ya fallecida la Doctora, sus alumnos y colaboradores más cercanos decidimos publicar un nuevo libro, *Estudios de Derecho Internacional Privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela y Escovar León Abogados, 2012. En esta obra también tuve el privilegio de servir con autor y co-coordinador. Por su parte, el Dr. Sánchez-Covisa, fue homenajeado al año de su fallecimiento en Caracas, a través de la obra *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, publicado en Caracas por la Universidad Central de Venezuela, 1975.

## I. Planteamiento del problema

### A. El *Affaire de Bauffremont*

Comencemos por narrar el *Affaire de Bauffremont*, o mejor conocido como el caso de la Princesa de Bauffremont que, como bien señalara el Dr. Gonzalo Parra:

La importancia social de las personas involucradas en el asunto explica el despliegue publicitario ... La Princesa Bauffremont no fue la primera mujer que fracasó en su matrimonio, ni tampoco la primera que trató de evadir la prohibición del divorcio sancionado por la ley francesa...<sup>3</sup>.

Pero ¿qué fue eso tan malo que hizo la Princesa?

Su nombre y condición aristocrática original era Condesa Valentin de Riquet de Caraman-Chimay, de origen belga, quien, en cumplimiento del convenio matrimonial celebrado por sus padres, se casó en 1861 con el Príncipe Paul de Bauffremont<sup>4</sup>, oficial de origen francés, domiciliado en París, Francia. Por su matrimonio, la Condesa adquirió la nacionalidad francesa y el título de Princesa. Luego de un tiempo de casados, y ya con una descendencia concebida, comenzaron las desavenencias matrimoniales y, la ahora Princesa de Bauffremont decidió solicitar la separación de cuerpos, pues no podía divorciarse legalmente en Francia. El divorcio estaba prohibido de acuerdo con la ley aplicable al vínculo matrimonial, que era la ley de su nacionalidad, es decir, la francesa.

Así, la Princesa de Bauffremont le solicitó a la Corte de París la separación judicial de cuerpos, la cual fue declarada por dicha Corte el 1 de agosto de 1874, dándole a la Princesa la posibilidad de establecer un domicilio separado, y así lo hizo fuera de Francia. El 3 mayo de 1875, la Princesa adquirió, por naturalización, la nacionalidad del Ducado de Sajonia-Altenbourg, acto que fue reconocido oficialmente por el Gobierno Alemán el 13 de agosto de 1875. En Alemania se consideraba que la separación de cuerpos de personas católicas era asimilable al divorcio. Ello benefició a la Princesa, ahora sometida a una nueva ley personal, producto de su recientemente adquirida nacionalidad alemana. El 24 de octubre de 1875, la ahora aparentemente libre Princesa de Bauffremont, contrajo matrimonio con el Príncipe Georges Bibesco, nacional rumano. Producto de este segundo enlace, y de acuerdo con las leyes aplicables al caso, la Princesa de Bauffremont, perdió la nacionalidad alemana, y adquirió la rumana de su nuevo marido.

<sup>3</sup> Parra Aranguren, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 3ª ed. revisada, 1998, pp. 145-147.

<sup>4</sup> Ver información de la *Maison de Bauffremont* en: <https://acortar.link/J1eDbH>

Al poco tiempo y por razones de su oficio, los Príncipes Bibesco se trasladaron de regreso a Francia, donde todavía residía el Príncipe de Bauffremont, quien ante esta escandalosa circunstancia de “bigamia” demandó a la Princesa ante el Tribunal del Sena en París. El Príncipe de Bauffremont solicitaba específicamente i. la declaratoria de nulidad de la naturalización alemana, por no tener la Princesa la autorización de su marido (Príncipe de Bauffremont); y ii. la nulidad del matrimonio, celebrado en el extranjero con el Príncipe Bibesco. El Tribunal del Sena, en sentencia del 10 de marzo de 1876, decidió a favor del Príncipe de Bauffremont, señalando que conforme a la ley francesa la Princesa de Bauffremont no podía adquirir, sin dicha autorización una nueva nacionalidad y, por lo tanto, ella seguía siendo francesa al momento de su matrimonio con el Príncipe Bibesco. En segundo lugar, el Tribunal también anuló el segundo matrimonio de la Princesa, pues consideró que aún en el caso hipotético de que el Príncipe de Bauffremont haya dado su consentimiento para la adquisición de una nueva nacionalidad, el cambio de estado civil deseado por la Princesa no habría resultado del “ejercicio legítimo de una facultad conferida por la ley, que sería [en todo caso] un abuso, y que pertenece a la justicia rechazar los actos contrarios a las buenas costumbres y a la ley”<sup>5</sup>.

Obviamente la Princesa apeló la sentencia del Tribunal del Sena. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de París decidió el 17 de julio de 1876, que la naturalización alemana de la Princesa no era oponible al Príncipe de Bauffremont, y confirmó la nulidad del segundo matrimonio. El Tribunal de Apelaciones en decisiones separadas también revocó la guarda y custodia de las dos hijas del matrimonio Bauffremont, y condenó a la Princesa al pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento por parte de ella. El caso llegó hasta la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa, que le dio de nuevo la razón al Príncipe de Bauffremont, en su decisión del 18 de marzo de 1878, y asentó la prohibición del fraude a la ley, resolviendo que, tratándose de una naturalización fraudulenta<sup>6</sup>, sus consecuencias o efectos, divorcio y segundo matrimonio, no podían hacerse valer frente al Príncipe de Bauffremont<sup>7</sup>. La Princesa no tenía mayores bienes en Francia y no cumplió con lo sentenciado por las cortes francesas, y así el caso llegó, por solicitud del propio Príncipe de Bauffremont, hasta los tribunales belgas, en donde la Princesa logró la revocatoria de las

---

<sup>5</sup> Ancel, Bertrand y Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de Droit International privé*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2001, p. 49.

<sup>6</sup> La Corte francesa si bien señaló que la naturalización no era oponible al Príncipe de Bauffremont, también se declaró incompetente para conocer sobre la regularidad y el valor jurídico del acto de naturalización realizado en Alemania, por considerarlo una cuestión reservada a la soberanía de los Estados nacionales.

<sup>7</sup> Bonnemaison Winkel-Joham, José Luis, *Derecho internacional privado*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1<sup>a</sup> reimp., 1990, p. 146.

decisiones francesas en 1880, y la condena del Príncipe de Bauffremont por concepto de daños y perjuicios, intereses y costas<sup>8</sup>.

La decisión de la Corte de Casación francesa en el *Affaire Bauffremont* es considerada como el precedente más notorio para la regulación del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, especialmente, en los temas de nacionalidad, que, junto con el domicilio y la residencia habitual<sup>9</sup>, constituyen los factores de conexión tradicionales para la solución del conflicto de leyes en materia de Derecho aplicable a las personas. Pero también se pueden citar otros casos más recientes en materia de familia, igualmente relevantes para la formulación de la institución general del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, por ejemplo, el caso del divorcio Patiño-Borbón, de mediados del siglo pasado, que involucró a las cortes de París, Madrid, La Paz, Nueva York y Ciudad de México<sup>10</sup>. O, en materia de sucesiones como, por ejemplo, el caso Fritz Mandl de 1981, que ocupó a las cortes de Buenos Aires<sup>11</sup>.

## **B. ¿Qué es el fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, y cuáles son sus presupuestos y consecuencias jurídicas?**

### **1. Definición y consagración normativa**

La Dra. Maekelt, adoptando la definición amplia elaborada por Adolfo Miaja de La Muela, señaló que debía partirse de

Un concepto amplio del fraude a la ley, que comprenda una definición válida, tanto para el Derecho Civil como para el Derecho Internacional Privado... [así que] es “la realización de un acto lícito para la consecución de un resultado antijurídico”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Parra Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., pp. 145-146.

<sup>9</sup> Sobre la calificación del domicilio y la residencia habitual en el sistema venezolano puede consultarse Guerra Hernández, Víctor Hugo, Capítulo II, Del Domicilio, en: T.B. de Maekelt, I. Esis y C. Resende (coord.) *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 371 ss.

<sup>10</sup> Tello Díaz, Carlos, Antenor Patiño: un magnate boliviano en la costa mexicana del Pacífico, en: *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 2012, No. 55. México se consideró en algún momento como un “paraíso de divorcios”. En lugares como el Estado de Chihuahua se obtenía el divorcio a muy bajo costo en cuestión de horas. La doctrina los ha denominado como “divorcios al vapor”. González Martín, Nuria, Capítulo 10. Fraude a la ley, en: *Lecciones de Derecho internacional privado, 2022*, enlace <https://acortar.link/NyNYdy>. Pero también en la configuración de los actos “fraudulentos” hay jurisdicciones que admiten, por ejemplo, los llamados matrimonios “fast track”. Un caso emblemático fue el matrimonio entre Michael Jackson y Lisa Marie Presley, en 1994, en la ciudad de La Vega, República Dominicana, el cual duró menos de 10 minutos, y costó alrededor de 700 pesos dominicanos por el pago al funcionario que lo celebró. Enlace: <https://acortar.link/xJ96ND>

<sup>11</sup> Sentencia de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 3 de marzo de 1981, “Mandl, Federico A. M. s. sucesión”, confirmada por la Corte Suprema Argentina. Enlace: <https://acortar.link/Z6tBi8>

<sup>12</sup> Maekelt B., Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 325.

La doctrina venezolana, representada por el Dr. Bonnemaïson, también ha señalado que “El fraude a la ley es el cambio deliberado y consciente de un factor de conexión con el propósito de eludir las prescripciones de un sistema legal al que se está normalmente obligado y sustituirlo por una Ley más favorable o propicia a los intereses de la persona”<sup>13</sup>.

Doctrinarios de la talla de Niboyet y W. Goldschmidt, la definieron, respectivamente, como el remedio necesario para evitar que la ley pierda su carácter imperativo, y como la característica negativa del tipo legal de la norma indirecta, es decir aquella cuya inexistencia se requiere para que la norma actúe<sup>14</sup>.

Más recientemente, se ha definido el fraude a la ley como

la conversión de los hechos o actos jurídicos, concebidos como tales por el legislador, en negocios jurídicos, obteniendo de tal suerte la aplicación de un derecho distinto del que originalmente debió haber aplicado y que resulta más benéfico para el sujeto que realizó la conversión<sup>15</sup>.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Montevideo en 1979<sup>16</sup>, establece en su artículo 6:

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<sup>17</sup>.

En tal sentido, en mi opinión, y para el caso específico del Derecho Internacional Privado, se debe definir esta institución de una manera práctica, es decir, como una de las excepciones que existen a la aplicación del Derecho extranjero y, en consecuencia, al normal funcionamiento de las normas de conflicto<sup>18</sup>.

Concretamente, buscaríamos con el fraude a la ley descartar, anular o dejar sin efectos, los resultados jurídicos que se obtienen al aplicar el Derecho extranjero. Resultados que serían más convenientes o beneficiosos para el autor del fraude que aquél que obtendría de aplicar

<sup>13</sup> Bonnemaïson, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 137. Se puede también consultar una publicación más reciente del Curso de Derecho Internacional Privado de este autor, publicada en el 2011 por Vadell Hermanos Editores.

<sup>14</sup> En este sentido, pueden consultarse las obras de Niboyet, Jean P., *Principios de Derecho internacional privado*, selección de la 2da edición francesa, Instituto Editorial Reus, 1928; y de Goldschmidt, Werner, Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una Teoría General del Derecho Internacional Privado Interamericano, en: *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, Consultoría Jurídica, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1979.

<sup>15</sup> Guerrero, Sergio, *Derecho internacional privado*, México, UNAM, 2006.

<sup>16</sup> Un muy buen análisis crítico de esta Convención puede consultarse en: Maekelt, Tatiana, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 151-183. Y, en materia específica de fraude a la ley, pp. 166-169.

<sup>17</sup> El texto de esta Convención, así como el estado de firmas y ratificaciones se puede consultar en: <https://acortar.link/bXMiy6>

<sup>18</sup> Para Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 143.

el Derecho que normalmente sería competente para regir la situación jurídica. Pensemos de nuevo, por ejemplo, en el *arrêt Bauffremont* y en las diferencias que existían entre las soluciones del Derecho Francés y el Derecho alemán en materia de divorcio, siendo este último más favorable a los intereses de la Princesa de Bauffremont.

En otras palabras, existe una intención maliciosa por la cual se evita la aplicación del Derecho normalmente competente, para obtener un fin ilícito, alterando los factores de conexión, como, por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio de la persona, para conseguir así la aplicación de ese otro Derecho, que le asegura la obtención de un resultado más favorable al autor del fraude.

Quisiera compartir, además, tres ejemplos domésticos en el marco del Derecho Comparado, que evidencian una distinta aproximación hacia la regulación normativa de la institución del fraude a la ley.

En primer lugar, la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay (2020), la cual establece en su artículo 7 que “No se aplicará el derecho designado por una norma de conflicto cuando artificioosamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República”<sup>19</sup>. Es una norma de naturaleza general, que busca proteger en mi opinión, tal y como lo prescribe la Convención Interamericana sobre Normas Generales, tanto la ley del foro como la extranjera.

Es interesante también la réplica que hace esta Ley de dicha Convención Interamericana, en relación con la expresión “evasión de los principios fundamentales del orden jurídico de la Republica”, pues si bien, como lo indicaría la Dra. Maekelt, resulta más amplia que la simple evasión de las normas imperativas del sistema jurídico en cuestión, también la hace más difícil de concreción práctica.<sup>20</sup> Al menos requiere, en mi opinión, de un análisis más profundo de determinación de cuáles serían esos principios fundamentales.

Por su parte, la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (1998), siguiendo la idea original de su precedente normativo (Proyecto de 1963), decidió no establecer expresa y directamente la institución del fraude a la ley, pero sí, por ejemplo, establecer ciertos límites temporales a los efectos jurídicos del cambio de su factor de conexión personal. Ahora bien, y a diferencia del precepto del artículo 8 del Proyecto de 1963, en donde se consagraba de manera general que “el cambio de domicilio sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de establecer en él su residencia principal”, la Ley optó por una consagración especial.

<sup>19</sup> Centro de Información Oficial, *Normativa y Avisos Legales de Uruguay*, en: <https://acortar.link/24TezZ>

<sup>20</sup> Maekelt, Tatiana, *Normas generales...*, ob. cit., p. 167.

Así, durante la discusión de los proyectos de esta Ley, en la década de los noventa, y en los cuales participamos, y por influencia directa de la Profesora Haydée Barrios, se acordó mover dicho precepto de la parte general Del Domicilio, a la parte especial De la Familia, específicamente, al artículo 23 del Divorcio y la Separación de Cuerpos, de la hoy Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, de manera que “...El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual”<sup>21</sup>.

Por último, en Colombia, la situación normativa del Derecho Internacional Privado aún se encuentra en proyectos, especialmente de reforma de su Código Civil, e impulsados, específicamente, por la academia colombiana y por el Ministerio de Justicia. Se trata, además, de un ordenamiento jurídico con dispersión normativa en materia de Derecho Internacional Privado, amén de la permanente necesidad que tienen sus operadores jurídicos de verificar la aplicación concurrente, cuando existe, de las normas de aprobación nacional con las soluciones previstas en las normas internacionales, adoptadas por Colombia, a través de procesos de ratificación de tratados como, por ejemplo, los de la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado de la Organización de los Estados Americanos, entre otros foros en la materia<sup>22</sup>.

En el caso del fraude a la ley se aprecia que el proyecto de reforma del Código Civil colombiano pretende regular de manera general esta institución, en el sentido siguiente “Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en aplicación de una ley extranjera en fraude a la ley colombiana” (art. 21 del Proyecto de Reforma del Código Civil, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales —sin fecha—)<sup>23</sup>. Como puede apreciarse a simple vista, la protección colombiana, brindada por el fraude a la ley, sería sólo a su propio ordenamiento jurídico y no al extranjero.

## 2. Presupuestos

La determinación del fraude a la ley requiere de la concurrencia de varios presupuestos. Los dos más característicos son i. el presupuesto objetivo o material, el llamado “*corpus*”, es decir, el acto por el cual se materializa el propósito fraudulento; y, ii. el presupuesto subjetivo o

<sup>21</sup> En este sentido, se puede consultar Barrios, Haydée, Artículo 23. Divorcio y separación de cuerpos, en: T.B. de Maekelt, I. Esis y C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 555 ss. El texto de la Ley se puede consultar en <https://acortar.link/RkMQ8U>

<sup>22</sup> Se puede consultar el muy completo y acucioso trabajo de Ochoa Jiménez, María Julia, Las normas de derecho internacional privado: observaciones al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia, en: *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 2021, No. 41, pp. 373-396, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.13>

<sup>23</sup> Ver texto del Proyecto de Reforma en: <https://acortar.link/vMtmKF>



intencional, el llamado “*animus*”, es decir, la intención de evadir un Derecho que sería el normalmente aplicable al caso.

*a. El presupuesto objetivo*

El presupuesto objetivo es la manipulación del elemento que contiene el factor de conexión, por parte del potencial autor del fraude. Al existir un supuesto caso con elementos de extranjería, sometido al eventual conflicto de leyes, una persona podría manipular el elemento del factor de conexión para quedar sometida al amparo y aplicación de otro Derecho.

Por ejemplo, en el *Affaire Bauffremont*, la Princesa cambió su nacionalidad francesa a la alemana. La nacionalidad era, en ese caso, el factor de conexión personal en ambos ordenamientos jurídicos, sometiendo a sus respectivos nacionales a su Derecho. El cambio de nacionalidad es, en principio, un acto legal, y no modifica el contenido abstracto de la norma de conflicto. Es decir, esta norma continúa indicando que el Derecho aplicable es el de la nacionalidad, sólo que el actor del fraude la cambia adquiriendo una nueva nacionalidad. Estos cambios pueden ocurrir con otros factores de conexión como el domicilio, residencia, registros de empresas o buques, entre otros.

Es importante señalar de nuevo que nada impide que una persona cambie su domicilio, adquiera una nueva nacionalidad, o celebre un acto jurídico donde mejor le parezca pues, son conductas que en sí mismas, son consideradas lícitas e inobjectables. Sin embargo, estos cambios se relacionan al fraude si van acompañados del segundo presupuesto que veremos a continuación.

*b. El presupuesto subjetivo*

El presupuesto subjetivo se relaciona con la intencionalidad del agente o autor del fraude. No puede existir fraude a la ley, si no existe una intencionalidad dolosa o la mala fe de la persona. En otras palabras, es necesario el elemento psicológico, el ánimo o la intención de ésta de obtener un beneficio inmediato como consecuencia de su conducta respecto de los factores de conexión.

El autor del fraude quiere eludir o evitar la aplicación del Derecho que le es normalmente competente. Sólo así es que, en conjunto con el presupuesto objetivo, se configura el fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado.

La prueba de este presupuesto subjetivo se puede materializar, en mi experiencia, considerando dos aspectos. El primero la diferencia real que existe entre el Derecho evadido y el Derecho invadido, siendo este último más favorable para los intereses del agente del

fraude. El segundo, la rapidez, poco razonable, con la que el autor del fraude materializa el conjunto de actos que lo llevan a conseguir su objetivo. En el *Affaire Bauffremont*, el Derecho Francés prohibía el divorcio, mientras que el Derecho Alemán lo admitía, primer aspecto que se cumpliría. Luego, la Princesa ejecutó de manera casi simultánea, al menos a la velocidad de la época, los cambios de separación judicial de cuerpos, cambio de domicilio, cambio de nacionalidad, asimilación a divorcio y nuevo matrimonio. Se dio en mi opinión, una relación de causalidad entre la voluntad dolosa y el resultado obtenido.

### *c. Otros presupuestos*

En las observaciones que se hacen al *arrêt Bauffremont* se señala un tercer supuesto constitutivo del fraude, el elemento “moral”, es decir, la imposibilidad que tiene el autor del fraude de explicar de manera plausible y razonable toda la situación que generan el conjunto de sus conductas<sup>24</sup>.

El Dr. Parra, por su parte, señala que, de acuerdo con la concepción clásica del fraude a la ley, existe como tercer requisito, además del *corpus* y del *animus*, el que la evasión del Derecho esté dirigida específicamente contra normas imperativas de la *lex fori*<sup>25</sup>.

Sin embargo, concuerdo con el Dr. Parra al señalar que tal distinción entre el debido resguardo a la ley del foro y, no así a la ley extranjera, sería inadmisibles ya que, todos los ordenamientos jurídicos deben tratarse con igualdad.<sup>26</sup> Señala, asimismo, el Dr. Parra que este distinto nivel de protección fue la consideración hecha por los tribunales belgas en el *Affaire Bauffremont* pues, según ellos la evasión se hacía a una norma imperativa extranjera, es decir, la francesa que prohibía el divorcio.

## 3. Consecuencias jurídicas

*¡Fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo corrompe!

La doctrina ha afirmado que sobre la base de este aforismo romano se le atribuye al fraude a la ley un tipo de sanción absoluta que implica así, la nulidad del acto y del nuevo elemento constitutivo del factor de conexión. De acuerdo con este principio, el acto viciado por su objeto sería ilícito y no produce efectos jurídicamente válidos.<sup>27</sup> Por ejemplo, en al

<sup>24</sup> Ancel y Lequette, *Les grands arrêts...*, ob. cit., pp. 56-58.

<sup>25</sup> Parra Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 150. En el mismo sentido, Bonnemaison, *Derecho Internacional...*, ob. cit., pp. 140-141.

<sup>26</sup> El artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales está redactado con una amplitud tal que debe ser interpretado como una protección tanto a la ley del foro como a la ley extranjera. Ver Parra Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 163.

<sup>27</sup> Bonnemaison, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 142-143.

*Affaire Bauffremont*, la nulidad del elemento del factor de conexión sería la nulidad de la nacionalidad alemana, y la del acto sería la nulidad del segundo matrimonio.

Para la Dra. Maekelt

Los efectos del fraude son similares en una y otra. En el ámbito civil será la anulabilidad del acto viciado y, en consecuencia, se considerará inoponible a la parte perjudicada. En el Derecho Internacional Privado el efecto consistirá en desconocer la situación jurídica creada artificialmente. Es de advertir, sin embargo, que en la doctrina aún hoy se discute el alcance de los efectos que produce el fraude a la ley<sup>28</sup>.

Así, de acuerdo con la Dra. Maekelt lo anulable sería el segundo matrimonio de la Princesa.

Conuerdo con la Dra. Maekelt, y en mi opinión, la aplicación del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado trae como consecuencia jurídica, sin duda, la nulidad del acto final consumado en fraude. Por ejemplo, el segundo matrimonio de la Princesa de Bauffremont, o la sucesión fraudulenta de Fritz Mandl. Además, sobre la base del concepto clásico de la soberanía nacional, le quedará más complicado, sino imposible al juez de la causa declarar nula la nacionalidad otorgada por un Estado a una persona, salvo obvio, que dicha nacionalidad se haya obtenido de manera también fraudulenta o ilegalmente, lo cual, en todo caso, le tocará decidirlo a las autoridades del Estado que concede dicha nacionalidad. Ahora bien, el juez de la causa, como de hecho lo hizo el juez francés, puede considerar como no válidos tales actos de manipulación del factor de conexión, encaminados a consumir un acto final fraudulento, que declara nulo.

Se trata de un ejercicio que va de atrás hacia adelante, en donde el último acto es anulable, mientras que los primeros se pueden considerar simplemente como no válidos a los efectos jurídicos de permitir realizar un acto finalmente fraudulento. Es en tal sentido, que considero los efectos del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado.

### C. El caso del comercio ilícito

El Parlamento Latinoamericano y Caribeño aprobó el 11 de febrero del 2021 una legislación modelo para la prevención del comercio ilícito y la delincuencia transnacional organizada.<sup>29</sup> En dicha ley se define al comercio ilícito como:

<sup>28</sup> Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 325-326.

<sup>29</sup> En el 2019 fui invitado por la organización regional *Crime Stoppers* basada en Panamá, y por la Secretaría General y Comisión de Seguridad del Parlamento Latinoamericano y Caribeño (<https://parlatino.org/>) a redactar un proyecto de legislación modelo para la región en materia de prevención y combate al comercio ilícito y el crimen organizado transfronterizo. Fue una labor de Derecho Comparado, de temas de cumplimiento y para la formulación de estrategias de políticas públicas regulatorias muy interesante e enriquecedora sobre estos temas, y que culminó, favorablemente, con la aprobación de esta ley modelo, única en la

...toda práctica, conducta o actividad prohibida por la ley, relativa a la producción o manufactura, ensamblaje, importación, exportación, reexportación, despacho, circulación, posesión, distribución, comercialización, venta o compra, incluida toda práctica, conducta o actividad destinada a facilitar cualquiera de esas actividades (art. 4, numeral 3)<sup>30</sup>.

Las organizaciones criminales tienen productos que le son muy apetecibles para su portafolio de comercio ilícito, por ejemplo, los farmacéuticos, los hidrocarburos, los equipos electrónicos, los textiles de marcas reconocidas, las bebidas alcohólicas y los productos de tabaco. Las razones de ello son múltiples, su precio competitivo, su alta demanda por el consumidor promedio, su baja sanción y penas en caso de ser detectados y aprendidos por las autoridades, su logística de transporte relativamente sencilla y económica en relación con los altos márgenes de ganancias.

En suma, son *comodities*, atractivos y rentables, con los que se lucra el actor criminal, que abusa de las falencias del sistema legal y la fragilidad institucional del Estado, aprovechándose de las diferencias económicas y fiscales que existen entre los países, e incentivando el flujo ilícito de estos bienes.

El fenómeno criminal es complejo, diverso, y auspicia las llamadas “economías criminales”. Además, y no menos importante, es que las organizaciones y empresas criminales financian sus otras actividades criminales, como el narcotráfico, la corrupción y los ataques a la seguridad nacional e internacional<sup>31</sup>, a través de los recursos obtenidos del comercio ilícito<sup>32</sup>.

De igual forma, hay que tener presente tres términos que se usan frecuentemente en estos temas del fenómeno criminal. Me refiero a las palabras “ilegal”, “ilícito”, e “ilegítimo”. Por ilegal nos referimos a todo aquello que está prohibido expresamente por la ley, o prescrito por una norma jurídica. Lo ilícito hace referencia a todo aquello que, aunque no esté prohibido

---

región, y que ya ha inspirado a ordenamientos jurídicos latinoamericanos como el ecuatoriano (Ley Orgánica de Prevención y Combate del Comercio Ilícito, 2021), y la revisión en países como Guatemala, Costa Rica, Panamá y Colombia. Sobre este tema se puede consultar; además: Guerra Hernández, Víctor Hugo, Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 2022, No. 75, pp. 474 ss., enlace: <https://acortar.link/SV6EhW>, y también, Moran, Hugo y Guerra Hernández, Víctor Hugo, Parlatino Model Law to Counter Illicit Trade and Transnational Organized Crime in Latin America and the Caribbean, en: *Boletín INTA*, 2021, Vol. 76, Issue 30.

<sup>30</sup> Enlace <https://acortar.link/nm8zll>

<sup>31</sup> La economía criminal puede abarcar desde el tráfico de drogas, la minería ilegal, hasta el tráfico de personas y los actos ilícitos medioambientales. Basombrio Iglesias, Carlos, Ricardo Valdés Cavassa y Dante Vera Miller, *Las economías criminales y su impacto en el Perú. ¿Cuáles? ¿Cuánto? ¿Cómo? ¿Dónde?*, Lima, Capital Humano y Social S.A. y Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2021.

<sup>32</sup> En este sentido, recomiendo la lectura de la obra de la profesora de la Universidad George Mason, Dra. Louise Shelley, especialmente su libro: *Dark Commerce: How a New Illicit Economy is Threatening our Future*, Princeton, Princeton University Press, 2018.

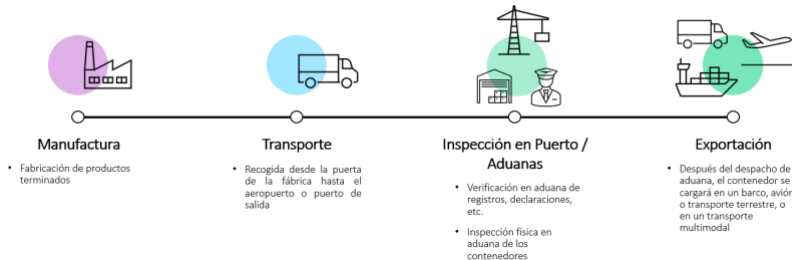
directamente por la ley, aunque podría estarlo, resulta contrario a los principios morales o éticos de la sociedad. Por último, lo ilegítimo obedece a todo aquello que no es genuino, pero también, puede referirse a lo que no se ha formado como producto de un consenso, particularmente desde la perspectiva de gobernanza política y social. Por lo general nos referimos al comercio ilícito, pero también para abarcar las conductas que resultan ilegales o contrarias a la ley.

Ahora bien, ¿cuál sería un ejemplo típico del comercio ilícito?

En primer lugar, debemos señalar que, a los efectos de este artículo, se trataría de un caso del comercio internacional o transfronterizo, y, por lo tanto, de una situación con eventuales elementos de extranjería relevantes para el Derecho Internacional Privado. Es decir, se trata de un caso que ocuparía la jurisdicción de más de un Estado nacional, en donde podría presentarse un conflicto de leyes y de jurisdicciones.

Así, comencemos con el mercado inicial o de origen, en donde i. se fabricarían los productos que podrían entrar en un comercio ilícito, y ii. se organizaría toda la logística necesaria para la exportación de dichos productos, lo cual requeriría de medios de transporte, normalmente terrestres, entre la fábrica y el punto de salida de dicho mercado hacia el extranjero por uno o por varios medios de transporte. En la gráfica siguiente se ejemplifica de manera sencilla los pasos que podrían ocurrir en el mercado de origen.

GRÁFICA N. 1: MERCADO DE ORIGEN



Así, en el mercado de origen podrían ocurrir varias conductas ilícitas e ilegales como, por ejemplo, la fabricación incumpliendo las licencias y permisos sanitarios necesarios, la violación de la regulación laboral, ambiental, etc. Es interesante observar que la organización criminal es experta en buscar los vacíos normativos y ventajas regulatorias, entonces, por ejemplo, sabe que, al fabricar productos con sus propias marcas, evita caer en temas de violación de la propiedad intelectual, tan altamente regulada y vigilada hoy en día<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> En la industria del tabaco y, sobre todo en Latinoamérica, es común apreciar que el mayor volumen del comercio ilícito está representado por marcas propias de fabricantes especialmente asiáticos, árabes e indios y en menor medida, en marcas

En el mercado de origen, el potencial actor criminal echará mano de todos los operadores e intermediarios logísticos necesarios, es decir, sus agentes aduaneros, transportistas, contadores, abogados, financistas, aseguradores, etc., con el fin de asegurar la legalidad o, al menos la apariencia de ésta, en su operación de comercio exterior.

Las autoridades que normalmente intervienen en este control del comercio exterior serán las oficinas de aduana, la autoridad portuaria, y la policía o agentes de seguridad. Por lo que el actor criminal deberá burlarlas o corromperlas para poder sacar su mercancía fuera del mercado de origen. De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) más del 80% del comercio mundial se mueve vía marítima, y se hace a través del transporte en contenedores, superando los 11.000 millones de toneladas de carga, promedio, al año<sup>34</sup>. Son realmente cifras astronómicas si se comparan con los recursos limitados que tienen las autoridades de control y vigilancia a nivel mundial.

En la gráfica siguiente podemos apreciar una de las modalidades típicas del comercio exterior, el transbordo o “*transshipment*”.



Esta modalidad del transbordo se da normalmente en el transporte marítimo internacional, especialmente, en la conexión entre Asia, Europa y América, utilizando por lo general, los beneficios logísticos y fiscales de las zonas económicas especiales, zonas francas o zonas libres. Existen hoy más de 5.000 zonas libres en el mundo, y su número sigue en aumento<sup>35</sup>. Entre ellas se ubica la Zona Libre de Colón, en Panamá, catalogada entre las tres más grandes del planeta, junto con la de Shanghái en Asia y la de Jebel Ali en los Emiratos

---

provenientes de países como Uruguay y Paraguay. Son cigarrillos ilícitos que se conocen como “*illicit whites*” o blancos ilícitos, en donde no ocurre una violación de los derechos de propiedad intelectual. Es decir, no son productos falsificados.

<sup>34</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *La reconfiguración de la geografía del comercio y la cadena de suministro: consecuencias para el comercio, las cadenas globales de valor y el transporte marítimo*, 12 de septiembre de 2022, <https://acortar.link/lj3E10>. Y también de esta organización internacional el *Informe sobre el Transporte Marítimo* del 2022, <https://acortar.link/XdSchl>

<sup>35</sup> En esta materia se pueden consultar los reportes y actividades de la *World Free Zones Organization* (World FZO) <https://www.worldfzo.org/#>

Árabes Unidos. Son áreas del comercio internacional que se han prestado para el abuso y manipulación de las organizaciones criminales, aprovechándose de nuevo del alto volumen de operaciones que se manejan en ellas, y los recursos nuevamente limitados de la autoridad<sup>36</sup>.

Por último, les presento la gráfica número 3, en donde llegamos al mercado de destino y a los consumidores finales.



Ya el potencial actor criminal alcanzó su objetivo que es llegar a los compradores finales de sus productos. En el mercado de destino también tendrá que enfrentarse a las autoridades, especialmente las de aduana, puerto y policía, mientras el producto llega al puerto/aeropuerto, es nacionalizado, probablemente depositado por algún tiempo, hasta llegar, finalmente, a los puntos de venta, en donde estar disponible a los consumidores, quienes consciente, inconscientemente o, quizás por desconocimiento, terminarán adquiriendo un producto ilícito. ¿Por qué ilícito? Pues, porque en nuestro caso se trataría de un producto que no cumpliría con las normas fiscales, arancelarias, de control sanitario, entre otras. Y, por ende, al no cumplir con dichas normas, sería un producto normalmente más barato, que entraría a competir con esa ventaja de precios con el producto legal.

Al ciudadano de “a pie”, en algunos casos, incluso, tal compra de lo no genuino, pirateado, o simplemente ilícito, no le parecerá tan grave como comprar droga u órganos humanos. Pero lo cierto es que, en mi experiencia, cada peso pesa, es decir, cada centavo de dólar alimentará las arcas de la empresa criminal. Y, lo que no asimila el consumidor final es que, con la compra de un producto ilícito, se terminarán corrompiendo las ya de por sí frágiles instituciones estatales, y además le permitirá al crimen organizado local o transnacional, seguir

<sup>36</sup> En este sentido, se puede consultar el trabajo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo (OCDE) y de su oficina de prevención del comercio ilícito, la cual produjo un conjunto de recomendaciones y código de conducta para asegurar la transparencia en las zonas de libre comercio, *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, 21 de octubre de 2019, <https://acortar.link/e2lfX6>

financiándose, y manteniendo así el resto de su portafolio criminal, como he dicho, de narcotráfico, contrabando y tráfico de personas, terrorismo, entre otras.

¿Cómo se resumen entonces la o las actividades fraudulentas en el comercio ilícito internacional?

Pues bien, se trata de un complejo número de actividades que combinan actuaciones de diversa índole, es decir, i. las que son perfectamente lícitas y legales, por ejemplo, la existencia de la entidad legal del fabricante y comerciante; ii. otras con apariencia de legalidad, por ejemplo, la contratación del transporte marítimo en contenedores, pero declarando una mercancía que no es tal o que no es la cantidad ni el valor indicado a la línea naviera; y finalmente, iii. otras claramente ilícitas e ilegales, por ejemplo, la fabricación del producto en violación de los derechos de propiedad intelectual, a través de la falsificación, piratería y/o comercialización no autorizada; la manipulación fraudulenta de la documentación del comercio internacional, e.g. documentos de importación/exportación, guías de carga o *bill of lading* etc.; el desmantelamiento de la carga marítima del buque original a embarcaciones más pequeñas, para su contrabando al territorio de un Estado; la evasión fiscal y arancelaria normalmente aplicable a productos de esa naturaleza; y el incumplimiento de la normativa sanitaria y de salud requeridos en el mercado de destino, entra otras conductas.

## II. Diferencias entre el fraude a la ley y otras figuras jurídicas. Posibles soluciones

La institución del fraude a la ley se ha diferenciado de diversas figuras jurídicas. En tal sentido, el Dr. Bonnemaïson la ha diferenciado de la simulación, el abuso de derecho y el orden público internacional. En relación con la simulación señala el autor que se trata de una declaración de voluntad ficticia que no corresponde con el contenido real del acto<sup>37</sup>, mientras que en el fraude se ejecuta un acto querido que se traduce en una violación. Por su parte, indica que el abuso de derecho es hacer uso de una facultad legal con el fin de perjudicar a alguien o, en hacer uso de esa facultad legal con un fin social diverso al previsto por el legislador<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> La Sala de Casación Civil colombiana indicó en su sentencia No. SC-86052016 del 27 de junio de 2016 que hay dos clases de simulación. La “relativa” que ocurre cuando a un acuerdo se le da un aspecto contrario al real, como cuando se hace pasar, por ejemplo, una venta lo que constituye una donación; y la “absoluta”, es decir, cuando no existe ningún ánimo obligacional entre los actores, como cuando se aparenta una insolvencia para afrontar reveses económicos. Esta sentencia igualmente señaló que no hay limitación probatoria alguna para probar la simulación. Ver <https://acortar.link/dl6bY9>

<sup>38</sup> El sistema jurídico colombiano proscrib, en general, el ejercicio abusivo del derecho, el artículo 95 de la Constitución Política de 1991 señala que todas las personas y los ciudadanos tienen el deber ineludible de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Y, la Corte Constitucional de este país ha definido el abuso del derecho como un supuesto bajo el cual un titular de un derecho hace de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Lozano Jácome Luis Fernando, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el régimen de insolvencia*



Mientras que en el fraude se ataca el fin social de la norma de Derecho Internacional Privado y el de las normas coactivas internas. Y, finalmente, la compara con el orden público internacional, señalando que éste es un juicio de desvalor del contenido de la ley extranjera, para no aplicarla; mientras que el fraude a la ley es un juicio de desvalor frente a la conducta humana<sup>39</sup>.

Para el Dr. Sánchez-Covisa la cláusula de reserva o de orden público internacional era “...el principio por el cual se excluye la aplicación de una ley extranjera competente cuando su aplicación resulta manifiestamente incompatible con los principios esenciales de la ley del juzgador (*lex fori*)” Sánchez-Covisa prefería el término “cláusula de reserva”, creado por la doctrina alemana, pero se transó por el uso del “orden público internacional” mayormente aceptado en los países latinos y de origen romano-francés<sup>40</sup>. Esta fue además la denominación de la institución adoptada, por ejemplo, por la Convención Interamericana sobre Normas Generales y la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado<sup>41</sup>.

Si bien el orden público internacional y el fraude a la ley son instituciones generales del Derecho Internacional Privado, y como tales juegan un rol en la determinación correcta del Derecho aplicable, tal relación no puede significar la asimilación de ambos conceptos, al punto de reducir el fraude a la ley a una especie de orden público<sup>42</sup>. Comparto, entonces, la opinión de la Profesora Madrid, quien acertadamente señala que no debería dejar de perverse la institución del fraude a la ley, sólo porque su función pueda cumplirse, así como alcanzarse sus objetivos, a través de otras instituciones generales del Derecho Internacional Privado como, por ejemplo, el orden público internacional, o del derecho interno con el abuso de derecho<sup>43</sup>.

Ahora bien ¿cuáles son las soluciones que aporta el fraude a la ley?

Pues bien, en el Derecho Internacional Privado y, a partir de precedentes judiciales como el del *arrêt Bauffremont*, las soluciones aportadas por los tribunales franceses fue

---

*empresarial en Colombia: una vista comparativa con el régimen concursal brasileño*, trabajo presentado para optar por el título de Magister en Derecho Privado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Santo Tomás. <https://acortar.link/MZpd2d>

<sup>39</sup> Bonnemaison, *Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 148-150.

<sup>40</sup> Sánchez-Covisa, Joaquín, *Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 445.

<sup>41</sup> El artículo 5 de la Convención establece: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.” Y, el artículo 8 de la Ley venezolana señala que: “Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

<sup>42</sup> Bonnemaison, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 149.

<sup>43</sup> Madrid Martínez, Claudia, *El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana*, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, p. 286. <https://acortar.link/bNJ3QG>

considerar nulo el segundo matrimonio con el Príncipe Bibesco, vista la invalidez de la nacionalidad alemana adquirida por la Princesa, y su condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor del Príncipe Paul de Bauffremont. Pero, como ya lo indicamos arriba, ésta no fue la solución a la que llegaron los tribunales belgas, los cuales, por el contrario, incluso condenaron al Príncipe de Bauffremont al pago de una indemnización a favor de la Princesa. Además, este *arrêt* del siglo XIX dio origen jurisprudencial a la institución general del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, el cual luego fue varias veces reiterado en casos de Derecho de familia.

En el caso del comercio ilícito internacional que hemos planteado, las circunstancias y actores son algo diferentes, habiendo transcurrido ya más de siglo y medio de historia, enfrentándonos a la complejidad propia del mundo postmoderno, y contando hoy con una regulación normativa, interna e internacional, sobre el fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado. Pues bien, no se trata de un caso de Derecho de familia, sin duda, y la pluralidad de actores intervinientes en el comercio ilícito internacional es mucho más complicada. No conozco un caso jurisprudencial, al menos en Latinoamérica, en donde haya sido planteado la institución general del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, a los fines de combatir el fenómeno del comercio ilícito internacional, que, sí conozco bien.

Pero, entonces, ¿qué ha ocurrido y cuáles han sido las soluciones dadas a los casos del comercio ilícito internacional para proteger a la empresa legal?

Una vez más, la respuesta dependerá de ante qué tribunales o autoridades administrativas competentes nos ubiquemos. Así, si con la inteligencia obtenida en una eventual situación de comercio ilícito internacional, entablamos un reclamo ante las autoridades del mercado de destino, probablemente obtendremos i. medidas de incautación de la mercancía ilícita, ii. la destrucción de dicha mercancía, y, potencialmente, iii. la judicialización de los involucrados en el mercado de destino por los delitos de contrabando —técnico o abierto según sea el caso— o, por evasión fiscal o arancelaria; o, si fuera el caso, por violación de derechos de propiedad intelectual; o quizás, en algunos otros supuestos, por incumplimiento de la normativa sanitaria y de salud aplicable a la mercancía incautada, vigente en el mercado de destino.

En el mercado de tránsito, transbordo o “*transshipment*”, las posibilidades de reclamos son un poco más remotas, pues por lo general, las autoridades de estos países tenderán a proteger más la agilidad, en tiempos y costos, del comercio internacional, que a enfocarse en una demanda de comercio ilícito. A veces el argumento con que nos encontramos es que “eso es un problema del mercado de destino, la mercancía se encuentra en tránsito y nada podemos hacer nosotros acá”. El actor criminal que conoce bien esta situación abusa entonces de los

beneficios que le brindan, por ejemplo, las zonas de libre comercio o de régimen económico especial ubicadas en los mercados de transbordo, para y en el mejor de los casos, sólo terminar pagando una multa administrativa de valores irrisorios, cuando se compara con las altas ganancias que obtendrá por colocar la mercancía ilícita en el mercado de destino.

Por último, en el mercado de origen las posibilidades de reclamo son aún más remotas, pues en principio, la empresa fabricante o manufacturera estaría realizando actividades completamente legales, al menos en apariencia. Es decir, fabrica sus propias marcas, las comercializa y exporta todo de acuerdo con la normativa aplicable en el mercado de origen. Por ello, poco o nada podría hacerse, al menos desde esta perspectiva tradicional del fenómeno comercial en dicho mercado.

Ahora bien, si pensamos que se trata de un caso del comercio ilícito internacional, en donde por su propia naturaleza se involucran más de una jurisdicción y mercados, podríamos, por tanto, también mirar el flujo de la mercancía como un todo conectado en la cadena de valor, desde su origen, transbordo y destino final. Un flujo cuya complejidad de actores y circunstancias pueden variar de acuerdo con la casuística de la mercancía, su industria y, obvio, su relevancia para el comercio internacional<sup>44</sup>.

En mi experiencia profesional, sólo he podido iniciar acciones/demandas, principalmente en el mercado de destino, y también, con cierto éxito, en algunos mercados de transbordo. En estos últimos especialmente cuando se trata de violaciones a los derechos de propiedad intelectual, que gozan, como he dicho, de una amplia protección doméstica e internacional. También y, de a poco, he podido introducir algo de colaboración internacional, a través de la cooperación judicial, y a los fines de obtener información sobre o acerca de algunos de los actores de la cadena de valor ubicados en el mercado de origen o en el de transbordo, por ejemplo, los intermediarios involucrados en la actividad comercial potencialmente ilícita, información que podría resultar relevante y de utilidad para la investigación del caso, y su eventual judicialización en el mercado de destino.

Pero de Derecho Internacional Privado, nada aún, al menos de sus instituciones generales como el fraude a la ley, entendida en su concepción clásica y, hoy regulatoriamente

---

<sup>44</sup> Tal y como se señaló en el texto principal de este artículo, hay productos que son más apetecibles para la economía criminal, por su valor, por su fácil manejo logístico, por su bajo o inexistente régimen sancionatorio, etc. Ejemplos de estas mercancías son los productos de tabaco (cigarrillos), bebidas alcohólicas, productos farmacéuticos, electrónicos, textiles e hidrocarburos. También pueden variar según la temporada y necesidad del consumidor final, ejemplo de ello fueron las vacunas y los equipos/materiales de protección personal durante la pandemia del COVID-19 en el 2020/2021. Una muy buena descripción del tipo de mercancía que puede llegar a considerarse ilícita está prevista en Ley 17-19 de la República Dominicana “Sobre la erradicación del Comercio ilícito, Contrabando y Falsificación de productos regulados”, de fecha 20 del mes de febrero del año de 2019. En su artículo 2 esta Ley establece que “Son productos regulados por esta ley los medicamentos, los hidrocarburos, los productos del alcohol y sus derivados y los productos del tabaco y sus derivados”. Ver enlace <https://acortar.link/OSK81g>

vigente en el sistema interamericano. Es decir, como una figura que sirve para repeler la aplicación de un Derecho extranjero, cuando su aplicación haya sido el resultado artificioso de manipular los elementos de los factores de conexión, para evadir los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, recordemos que el fraude a la ley no es una institución propia del Derecho Internacional Privado, pues, como ya lo indicamos, tiene su origen en el *fraus legis* del Derecho Romano, y por eso, tal y como ya también lo indicamos, el Profesor Miaja de la Muela —citado en la obra de la Dra. Maekelt— con razón señaló que el fraude a la ley consiste en una conducta voluntaria realizada con el fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito<sup>45</sup>.

Entonces, quizás, en el siglo XXI podríamos plantear, sobre la base de los casos del comercio ilícito internacional, una evolución de la figura del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, en donde el foco no sería ya la manipulación de los elementos de los factores de conexión de una norma de conflicto —nacionalidad, domicilio, lugar de registro, etc.—, sino más bien el abuso de la fragilidad regulatoria estatal que le permitiría a los actores criminales realizar una cadena de conductas lícitas —fabricación, comercialización, exportación, etc.—, con fines ilícitos, es decir, la colocación de productos ilícitos en el mercado de destino.

Ahora bien, se podría argumentar en contra a este planteamiento de un nuevo fraude a la ley o de un “fraude a la ley de Derecho Internacional Privado 2.0”, que los objetivos de protección, y, por tanto, la solución, ya se estarían alcanzando a través de demandas, por ejemplo, de contrabando o de evasión fiscal en el mercado de destino. Eso es verdad, pero por lo general, esas demandas sólo pueden ser iniciadas contra los actores más pequeños y en la base de la pirámide comercial —el importador, consignatario y potencialmente, el distribuidor/comercializador—, quedando por fuera el fabricante de los productos que terminan siendo ilícitos, y que es el verdadero gran causante del problema.

También se podría argumentar en contra a este planteamiento de un “fraude a la ley 2.0”, que los objetivos de protección y eventuales soluciones de resarcimientos, ahora en el mercado de origen, se obtendrían a través de figuras jurídicas domésticas, cuando existan, como el abuso de derecho. Pero en ese caso, se podría estar obviando, en mi opinión, el carácter internacional que tiene la conducta del actor fabricante, diluida a través de otros actores en los mercados de transbordo y destino, perdiéndose así la posibilidad de armar un verdadero caso internacional.

---

<sup>45</sup> Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ediciones Atlas, 8ª ed., 1987, Tomo I, pp. 400-441.

Como puede apreciarse, no tenemos aún respuestas definitivas al problema, pero si dejamos planteadas aquí algunas inquietudes que espero nos sirvan para seguir construyendo los detalles sobre esta temática, tan relevante hoy en día.

### III. Críticas y conclusiones

El Dr. Parra nos recordaba algunas de las críticas formuladas a la figura del fraude a la ley. Por ejemplo, que las personas, dada su naturaleza humana, siempre buscarán las ventajas y beneficios en las actividades que realicen, y, por lo tanto, no debería permitirse, a través de la figura del fraude, la investigación de las finalidades perseguidas por ellas. También señalaba que no debería trasladarse la figura del fraude a la ley del derecho interno al Derecho Internacional Privado, pues los reguladores saben de antemano que algunos de los factores de conexión de las normas de conflicto son modificables legal y voluntariamente. Igualmente indicaba la inseguridad jurídica que conllevaría la admisión del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, toda vez que ni sus propios partidarios están de acuerdo en hasta dónde deben alcanzar sus efectos, por ejemplo, si van desde el último acto conseguido por el agente del fraude —e.g., un segundo matrimonio—, hasta el cambio mismo del elemento que contiene el factor de conexión —e.g., una nueva nacionalidad o domicilio—, o, sólo debe abarcar el último acto<sup>46</sup>.

A pesar de sus críticas, lo cierto es que el fraude a la ley es una institución general regulada internacional e internamente por las normas de Derecho Internacional Privado. Ahora bien, la implementación de las instituciones generales del Derecho Internacional Privado nunca ha sido tarea sencilla, y la figura del fraude a la ley no es la excepción a ello. Quizás de las instituciones de esta materia que ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial haya sido la del orden público internacional, que si bien no siempre aplicado correctamente, ha servido a los fines permanentes de protección de los ordenamientos jurídicos.

El fraude a la ley, tal y como está concebido hoy, regulatoria y jurisprudencialmente, constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero, toda vez que una persona ha manipulado artificioamente los elementos de los factores de conexión del caso. Esta concepción está bien, y quizás pueda seguir cumpliendo su función y tener cierta utilidad, pero que, en un mundo globalizado, de soluciones jurídicas más o menos armonizadas va perdiendo interés. Por ejemplo, la aceptación general del divorcio ya no hace necesaria una evasión de un Derecho para beneficiarse de otro, cuando el problema ya no existe.

---

<sup>46</sup> Parra Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., pp. 152-153.

Sin embargo, en nuestro siglo, se van dando otros supuestos, como el del comercio ilícito internacional, que requiere de nuestra atención, y quizás también de una transformación de las instituciones generales del Derecho Internacional Privado, para adaptarlas a las demandas de esta nueva realidad. Es decir, indagar si en el comercio ilícito internacional puede lograrse una condena y soluciones de resarcimiento contra aquél que un mercado de origen realiza conductas legales que terminan teniendo en un mercado de origen un fin ilícito.

En este proceso de transformación y adaptación de las instituciones generales del Derecho Internacional Privado, como lo es el fraude a la ley, que propongo, no estaríamos haciendo nada muy contrario a lograr lo que ya el Maestro y Visionario Don Andrés Bello nos alertaba en el siglo XIX, sobre el deber de respeto que tienen todos los hombres, esparcidos a lo largo y ancho de la faz de la tierra, una obligación que debe incluir, sin duda, el respeto a los sistemas jurídicos, que están hoy ampliamente interconectados.