

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

ARTURO ESCOBAR SALAZAR

MEXICO, D. F.

1985



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

Pág.

CAPITULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FRAUDE A LA LEY

1. Concepto de fraude.	4
2. Concepto de ley	8
3. Concepto de fraude a la ley	13
4. Concepto legal de fraude a la ley	20
5. Concepto doctrinal de fraude a la ley	22
6. Concepto que se propone del fraude a la ley	25
7. Elementos del concepto propuesto.	25
8. Diferentes clases de fraude a la ley.	27
9. Naturaleza del fraude a la ley.	28
10. Semejanzas y diferencias entre fraude a la ley y or-- den público	30

CAPITULO II

EL FRAUDE A LA LEY EN LA DOCTRINA

Doctrina Nacional

1. Arellano García Carlos.	38
2. Arce Alberto, G.,	40
3. Pereznieto Castro Leonel.	45

Doctrina Extranjera

1. Aguilar Navarro Mariano	46
2. Boggiano Antonio.	54
3. Goldschmidt Werner.	57
4. Miaja de la Muela Adolfo.	64
5. Niboyet J.P.	66
6. Romero del Prado Victor N..	71
7. Yanguas Messia José	77

CAPITULO III

LA CASUISTICA DEL FRAUDE A LA LEY

1. Fraude a la ley en materia de nacionalidad.	84
2. Fraude a la ley en materia de domicilio	87
3. Fraude a la ley en materia de religión.	90
4. Otros fraudes a la ley.	91
5. La jurisprudencia mexicana.	94

CAPITULO IV

EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO VIGENTE MEXICANO

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	104
2. Ley de Nacionalidad y Naturalización.	107
3. Código Civil para el Distrito Federal	109
4. Ley de Navegación y Comercio Marítimo	113
5. Ley General de Población.	113
6. Código penal para el Distrito Federal	114
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	118

I N T R O D U C C I O N

"El Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tiene por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretende regir una situación concreta." (1)

Ahora bien, los actos realizados en fraude a la ley, tema central del presente estudio, constituye uno de los problemas más discutibles dentro de la doctrina del Derecho internacional -- privado. Casos comunes de esta problemática se presentan cuando sabemos de algún divorcio de un personaje célebre, en donde en su país de origen no es permitido, es decir, quien escapando de su ley nacional que les prohíbe la disolución del vínculo matrimonial, buscan fuera de los límites del territorio de su Estado, legislaciones más benéficas que le permitan obtener su divorcio.

Inmediatamente se ocurre pensar ¿qué validez tiene un divorcio?, ¿se pueden considerar como obtenidos en fraude a la ley?. Por lo que para ejemplificar más claramente lo anterior, es necesario citar el caso de la princesa Bauffremont ocurrido en el siglo pasado, la princesa Bauffremont, se encontraba casada -- con un oficial francés, los cónyuges obtuvieron posteriormente

(1) Derecho Internacional Privado. Carlos Arellano García. Porrúa, S. A., pág. 21. México 1979.

el único remedio que la ley francesa podía ofrecerles en esa época, la separación de cuerpos. La princesa se naturalizó en Alemania en 1875. En el mes de octubre del mismo año, la princesa ya estaba divorciada, y, poco después se casaba nuevamente con un rumano. El príncipe Bibesco, al regresar a Francia, se encuentra con que tiene dos maridos, pues el primero de ellos el príncipe Bauffremont, no admite la validez del divorcio. Los interesados acuden a los tribunales franceses y el Tribunal de Casación dicta sentencia el 18 de marzo de 1878, anulando el divorcio y posterior matrimonio de la princesa por haber sido obtenido en fraude a la ley francesa que lo prohibía. (2)

Como el caso del divorcio, existen muchas otras formas en que se da el fraude a la ley, como en el cambio de religión, el cambio de domicilio, en la constitución de una sociedad mercantil, etc.,

El fin primordial de la presente tesis denominada "El Fraude a la Ley en el Derecho internacional privado", es conocer con precisión en qué consiste y tratar de proponer una solución lógica y jurídica en esta problemática existente.

(2) Principios de Derecho Internacional Privado.- Niboyet, J.P. París, 1928. pág. 439.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FRAUDE A LA LEY

I.- CONCEPTO DE FRAUDE

La palabra fraude proviene de la etimología latina fraus, fraudis, que significa engaño, acto de mala fe. (3)

Desde los tiempos más remotos al hablar de fraude ha sido necesario acudir al significado del dolo o el engaño; los romanos utilizaban la palabra "dolo" tanto en el Derecho civil, como en el Derecho penal por razones de su organización, debido a la distribución que hacían entre Derecho público y el Derecho privado, relacionando esto con el dolus malo y el dolus bonus, estando el segundo en el Derecho privado, aunque el malo podría estar en el Derecho privado como en el Derecho público; los actos realizados ya sea en materia civil o penal eran generalmente en los delitos de daño al patrimonio, siendo más severos en su castigo cuando el Estado era afectado de esta manera. (4)

Desde la referida época de los romanos en las Leyes de Partidas, contiene ya definiciones de la palabra dolo, dolus en latín quiere decir engaño, pasando los conceptos y disposiciones que regulaban a las leyes españolas encontrándose mezclados -- los delitos patrimoniales robo, abuso de confianza y fraude como lo era en el Código Español de 1822, y así estas formas conceptuales pasan a nuestra legislación ubicando al fraude en el Código penal mexicano de 1931. (5)

(3) Comentario de Derecho Penal parte especial. Pavón Vasconcelos Francisco. México 1960. Edit. Jurídica Mexicana. página 159.

(4) Idem. pág. 160.

(5) Idem. pág. 161.

El fraude es una figura jurídica que surgió en el Derecho romano y se ubica en especial en el Derecho penal; el delito de -- fraude denominado así en nuestro Derecho positivo, ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones extranjeras nombres -- diversos tales como estelionato, escroquerie, truffa y estafa.

a) Estelionato.- (Stellionatum), era un animal de indefinibles colores, el que sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, entre los cuales -- fluctuaban la falsedad y el hurto, no se identifican sin embargo ni con los unos ni con los otros, es decir sólo se quiere -- manifestar la actitud del delincuente, artificiosa que toma di versas formas y que al encontrarse en esta postura busca un lu cro indebido.

b) Escroquerie.- Es la designación que le otorga el fraude o -- estafa el Código francés, aunque su esencia coincide con lo ge neral de esta figura, ya que se caracteriza por el hecho de in ducir a alguien al error por medio del engaño o artificio para obtener un provecho injusto. (6)

c) Truffa.- La etimología de la palabra estafa en italiano -- truffe que significa diversas cosas como hongo, subterráneo, -- comestible, etc., y el de burla; otros lo hacen derivar del -- alemán treffen, golpear, coger y por ende jugar una mala pasada; en el español existe también la palabra truffa en el senti

(6) Obra citada. Pavón Vasconcelos Francisco. pág. 163.

do de engaño o patraña; no obstante cualquiera que sea el origen de la palabra consiste en el hecho de inducir a otro al error por medio de artificios o engaños, obteniendo para sí mismo o para algún otro provecho injusto, con perjuicio ajeno. (7)

d) Fraude.- Es el término utilizado por nuestra legislación penal mexicana, diciendo que comete tal delito de fraude el que engaña a otro o aprovechándose del error en que se halle, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido. (8)

Conocemos la existencia del fraude en materia civil y penal y la distinción entre estas figuras radica en una diferencia - - cuantitativa, en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude, cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos.

Cuando existe este elemento, establecido por la ley positiva - para acriminar el fraude, este delito se convierte en estafa.- Pero en esta transferencia, que hace que el hecho caiga en san ciones penales, más bien que civiles el fraude no cambia de na turaleza.

En la figura jurídica del fraude debe existir el engaño, que - constituye una mentira dolosa, cuyo objeto es producir en la - víctima una falsa representación de la verdad.

(7) Obra citada.- Pavón Vasconcelos Francisco. pág. 163.

(8) Idem. pág. 164.

Debe ser idónea y bastante para producir en la persona del pasivo el vencimiento de la incredulidad y embaucarlo; el engaño es la causa del error en el pasivo. Por último debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del mismo pasivo. Si por ignorancia, autosugestión, etc., del pasivo hiciera éste la prestación, no habría relación de causalidad entre ésta y el engaño, el engaño puede ser verbal o escrito, consistir en hechos o versar sobre la causa, el presupuesto, las condiciones, etc., de la prestación de ser simple o calificado.

El fraude está constituido por elementos materiales y subjetivos; dentro de los materiales se encuentran todos aquellos actos que se efectúen en el exterior, los elementos subjetivos son las intenciones existentes en el interior del sujeto.

Por lo anterior se concluye, que genéricamente el fraude se constituye de todas aquellas maquinaciones, artificios e intenciones, que realiza con todo su conocimiento y voluntad el defraudador, con el objeto de alcanzar un fin.

El fraude a la ley en Derecho internacional privado, tema a estudio, consiste en la evasión de una norma imperativa del Derecho interno, mediante una norma de conflicto que permita la aplicación de un Derecho material extranjero.

El realizador del fraude a la ley en el 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 la norma interna en cuestión, por la-

de otra norma interna extranjera que no le impone lo que a él le estorba, o le permite lo que busca.

El mecanismo del fraude a la ley es sustancialmente siempre el mismo. Se reduce a burlar un precepto imperativo de Derecho interno, mediante el uso artificial de la norma de conflicto.⁽⁹⁾

2.- CONCEPTO DE LEY

Ahora bien, siendo el tema concreto de esta tesis, el fraude a la ley en el Derecho internacional privado, un problema que -- puede presentarse en la aplicación de una norma extranjera, -- con la cual se evade otra nacional, es importante señalar el -- concepto de Derecho y sus características, así como el concepto de ley, y posteriormente entrar de lleno al estudio de nuestro tema central.

El Derecho objetivo, es el conjunto de normas jurídicas o reglas obligatorias de conducta, que confieren derechos e imponen obligaciones, esto es lo que conocemos como bilateralidad de la norma jurídica, la cual consiste en que ésta impone deberes y derechos correlativos de obligaciones, así como encontramos personas facultadas para exigir la observancia de lo prescrito por la norma.

Los derechos y obligaciones que tiene una persona, se derivan de la norma jurídica, por lo que al conocerlas es posible determinar los derechos que conceden.

El Derecho es uno solo, establecido en dos aspectos, el Dere--

(9) Derecho internacional privado.- Parte General.
José Yanguas Messía. Tercera Edición.
Editorial Reus, S. A. Madrid 1971, págs.373 a 376

cho objetivo y subjetivo.

El Derecho objetivo.- Es el conjunto de normas que por su carácter bilateral imponen obligaciones y conceden derechos. -- Por su parte el Derecho subjetivo es la posibilidad que tiene una persona para hacer u omitir lícitamente algo.

García Máynez, nos manifiesta "El Derecho subjetivo, se apoya en el objetivo, estos conceptos analizados no pueden ir aislados, ya que no puede haber un Derecho objetivo que no conceda facultades, como no se puede hablar de un Derecho subjetivo -- que no se desprenda de una norma o conjunto de ellas". (10)

Se considera importante señalar que las fuentes del Derecho se utilizan para designar el origen del Derecho, es decir la manera como el orden jurídico brota para su observancia.

Las fuentes del Derecho internacional privado, se clasifican en tres grupos:

- a).- Fuentes nacionales: La ley; la costumbre, la jurisprudencia.
- b).- Fuentes internacionales: Los congresos científicos y las conferencias diplomáticas.
- c).- Fuentes comunes: La doctrina y los principios generales del Derecho.

Dentro de las fuentes del Derecho en general tenemos:

- a).- Las fuentes reales
- b).- Fuentes formales

(10) Introducción al Estudio del Derecho.
Eduardo García Máynez. Editorial Porrúa, S.A. México, 1975
Pág. 17.

c).- Fuentes históricas.

a).- Las fuentes reales son todos aquellos fenómenos sociales que contribuyen a la formación del Derecho concretamente la razón y la economía.

b).- Las fuentes formales son los preceptos de creación de la norma jurídica, es decir, los hechos que dan a una norma el carácter de Derecho; la ley, la costumbre, la jurisprudencia, -- etc..

c).- Las fuentes históricas están integradas por todos aquellos documentos antiguos que contienen el texto de una ley.

Dentro de las fuentes del Derecho, tenemos a la ley, por lo -- que podemos decir que es una regla que establece todas aque- - llas circunstancias que reúnan las condiciones previstas por - ella, para su aplicación.

"Etimológicamente la palabra lex, legis, proviene del verbo la tino lego legare (leer), con la que se alude a su forma escrita que la diferencia de la costumbre. También suele decirse - que deriva de ligo, ligare (ligar), con la que se señala su carácter de norma obligatoria, pero parece históricamente más im portante y probable la primera hipótesis." (11)

La ley es una norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

(11) Introducción al Estudio del Derecho.- Aftalión R. Enrique- y Otros. Editorial Porrúa, S.A., págs. 306 y 307. México - 1975.

La norma jurídica es una obra de un órgano legislativo y comotal tiene como fuente la voluntad mayoritaria de dicho órgano, pues raramente es aprobada por unanimidad.

Frecuentemente son utilizados como sinónimos los términos ley y Derecho, por lo que es de aclararse que esta equiparación es errónea.

La ley es Derecho, pero no todo el Derecho, sino una parte de él, aunque sea la de mayor volumen o importancia en los sistemas jurídicos modernos. La norma jurídica, racionalmente concebida, no es un mandato arbitrario de aquél que detenta un poder soberanamente dominante, sino que constituye la expresión de la igual libertad de todos aquéllos que pertenecen al mismo orden jurídico y que, en consecuencia, quedan obligados a observarla, precisamente por que el precepto legal constituye el registro de sus voluntades mismas. Siendo éste un principio que encuentra su integración en aquel otro según el cual, en el Estado sólo la ley es soberana.

Filósofos y juristas han formulado diversas definiciones de la ley; considerada como manifestación del Derecho positivo, la ley puede ser definida como la expresión o el resultado de la voluntad mayoritaria de las cámaras legislativas, o de un órgano de poder centralizado en una persona o en un organismo integrado por un corto número de personas, respecto a la ordenación de la conducta humana o a la constitución de órganos o instituciones necesarias para el desenvolvimiento de la vida individual y social.

"Savigny la define como el Derecho positivo traducido por la lengua con características visibles y revestidas de una autoridad absoluta". (12)

La norma jurídica es la primera y principal fuente del Derecho de la cual todas las demás son supletorias. Por eso, sin duda se confunde con el Derecho, hay que tener en cuenta, como se ha indicado, que la ley no es todo el Derecho, sino una parte o proporción del Derecho, sin duda, la más importante y la de mayor volumen. La ley y el Derecho no son, por consiguiente, términos sinónimos, aunque a veces se utilicen como si lo fuesen desde luego incorrectamente.

La ley es una norma racional, no arbitraria ni caprichosa; encaminada al bien general, no al provecho exclusivo de una persona o de un grupo determinado de personas, más o menos amplio y dictada por autoridad legítima.

Características de la ley: La generalidad de la ley, es una particularidad esencial de la norma jurídica, la cual equivale a la aplicación por igual a los individuos que se encuentran en una situación determinada, por que ésta no mira al individuo sino a la comunidad.

Por otro lado la norma jurídica debe cumplirse necesariamente, el incumplimiento de una ley perjudica al orden jurídico, y ante tal situación hay formas procesales en las cuales se puede hacer valer el cumplimiento de la misma, a través del Estado.

(12) Diccionario de Derecho.- Rafael de Pina Vara. Editorial - Porrúa, S. A., México, 1980, págs. 329 y 330.

Por último las leyes se disponen para el porvenir, sin dejar a un lado el interés social, por lo que Constitucionalmente se señala en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna la interpretación de este precepto permite concluir que la retroactividad puede tener efectos cuando no existe para persona alguna.

Con lo anteriormente expuesto podemos conceptualizar a la ley, como una norma general establecida, creada por el poder legislativo, que es un órgano del Estado creado para tal efecto.

3.- CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY

Para poder hablar ya de un concepto de fraude a la ley con fundamento en la doctrina moderna, es a nuestro juicio necesario remontarnos al origen del fraude a la ley en el Derecho romano. Encontrando tres fases perfectamente definidas, que marcan el proceso formativo de este concepto, en el Derecho Romano, cronológicamente y doctrinalmente corresponde al período antiguo, al clásico y al postclásico.

Bajo la ley de las XII Tablas, se determinó, la etapa antigua la ley obligaba por el nexum y el mancipium. Todo su valor jurídico residía en las palabras, era forzoso atenerse al texto literal, sin ninguna indagación acerca del verdadero espíritu que le animaba, y del que la letra, en realidad, es simple medio de expresión. (13)

(13) Obra citada.- José Yanguas Messia. Pág. 370.

La validez o la nulidad de los actos dependía exclusivamente de que fueran conformes o contrarios a las disposiciones literales de la ley, abstracción hecha de lo que realmente hubiera querido decir el legislador, aun en el supuesto de que pudiera probar que había sido otra su intención. Dentro de esta concepción eran posibles los actos contra la letra de la ley, pero no los actos contra su espíritu característicos del fraude, todavía -- desconocido.

En el período clásico, se atiende a la interpretación literaria, además de que se indaga, sobre la voluntad que efectivamente tuvo el legislador al dictarla. En esta etapa ya se puede encontrar la diferencia entre agere contra legem y el agere in fraudem legis. La ley habla de ser representante de su letra, pero también de su espíritu, Ulalpino enseñaba que quien violare una prohibición de la verba legis procedía contra Legem y quien sin violar la letra, fuese contra su mens o sentencia, obrara en - - fraudem legis. (14)

En la época postclásica, por Justiniano, se va afirmando otra idea diversa, la cual acentúa el elemento intencional, considerando el acto en fraude a la ley como un acto por sí mismo ilícito. Según la doctrina enunciada, el que respetando la letra de la ley, busca el resultado prohibido, es decir realizando actos permitidos, con el objeto de llegar a una situación que otra ley le vede, realizando así un acto en fraude a la ley, haciéndose acreedor a una sanción. (15)

(14) Obra citada.- José Yanguas Messia. Pág. 371.

(15) Idem.- pág. 371.

Se distingue la época postclásica de la clásica, ya que en la primera señalada, se maneja ya un elemento intencional como requisito integrante del acto en fraude a la ley, mientras que en el clásico, el mismo acto se castigaba como acto contra la ley, ya que era contrario a la letra de la ley, y esto se hacía independientemente de que se realizara de buena o mala fe; desde este punto de vista, el acto en fraude a la ley es un acto que por el sólo hecho de realizarse para eludir una norma debe ser considerado su resultado obtenido de una causa ilícita y por tal motivo nulo. (16)

Por lo ya expuesto, consideramos, que la doctrina clásica es puramente objetiva, juzga el acto en relación a la ley y con la voluntad del legislador al dictarla. La postclásica introduce el elemento subjetivo o intencional del agente, y juzga el acto en relación con la voluntad de las partes que la realizan.

Estas posturas que señalamos, son las que culminan con el desarrollo del problema de los actos en fraude a la ley.

Durante el presente estudio, se han encontrado diversos conceptos del fraude a la ley dentro del Derecho internacional privado, siendo a nuestro juicio como los más completos, refiriéndonos expresamente a la conceptualización dada por Niboyet, que al respecto nos dice "Es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en -

(16) Obra citada págs. 371 y 372
José Yanguas Messía.

que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley". (17) Para Niboyet, es muy importante la conservación del carácter ordenador de la norma jurídica así como su sanción, es decir el mantenimiento del orden jurídico sobre cualquier cosa, más en los casos, cuando algún individuo realice un acto jurídico, utilizando maquinaciones o engaños colocándose por ende bajo una ley extranjera, que le sea más benéfica con sus objetivos, burlándose el evasor de una ley que se debería respetar sin excusa alguna, ya que la relación jurídica del acto realizado -- inicialmente tuvo un fin sincero, fuera de cualquier móvil premeditado.

Por otro lado estamos completamente de acuerdo, con los comentarios realizados por el Doctor Carlos Arellano García, en el sentido con que Niboyet, en su obra Principios de Derecho Internacional Privado, ejemplifica claramente como se da el fraude a la ley, cuando un matrimonio se encuentra bajo el régimen jurídico de un país donde no se admite el divorcio, por lo cual tramitan su naturalización en otro país llevando a cabo el divorcio, y posteriormente en su país de origen tratan de hacer valer su nuevo estado civil.

Otro de los conceptos de fraude a la ley que a manera personal se considera muy completo por la descripción de su contenido es la propuesta por el Doctor Carlos Arellano García, la cual a su letra dice "El fraude a la ley es un remedio que impide -

(17) Obra citada, Pág. 441
Niboyet, J.P.

la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que él o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente la imperatividad de la norma jurídica nacional".⁽¹⁸⁾

Concepto en el cual maneja los siguientes datos:

I.- El fraude a la ley es uno de los obstáculos que impiden la solución uniforme de los conflictos de leyes internacionales.

II.- La regla conflictual ha determinado la competencia de la norma jurídica extranjera.

III.- La norma jurídica extranjera deja de aplicarse en virtud del fraude a la ley, por lo que el fraude a la ley, al igual que el orden público, es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera.

IV.- Hay un sometimiento voluntario del interesado, o de los interesados a la norma jurídica extranjera, más ventajosa conveniente a sus fines.

V.- Hay un equivalente o evasión al imperio de la ley nacional que permite a los que se han sometido a la ley extranjera burlar la imperatividad de la ley nacional más rigurosa, menos ventajosa o menos conveniente a los intereses de los evasores.

VI.- La imperatividad de la ley nacional se evade artificiosamente, es decir, la ubicación dentro de los supuestos de la ley extranjera, no es consecuencia de situaciones de hechos normales acaecidos en forma natural, sino de una intención de

⁽¹⁸⁾ Obra Citada.- Carlos Arellano García. págs. 680 y 681.

quedar fuera de los puntos de conexión de la ley nacional y que dar dentro de los puntos de conexión de la ley extranjera". (19) Por lo ya citado, podemos considerar que el fraude a la ley, - al existir en materia de Derecho internacional privado crea un conflicto de leyes, es decir, la contraposición de normas jurídicas jerárquicamente iguales de diferentes países, dándole -- competencia al acto jurídico realizado a la norma extranjera, - bajo la cual se someten los interesados en forma voluntaria -- por ser más ventajosa a sus intereses, evadiendo con esta conducta la norma jurídica nacional, la cual se realiza con la intención de quedar a expensas de la ley extranjera que le sea - beneficiosa, colocándose en esta situación el individuo por medio de artificios o maquinaciones.

A través de nuestra investigación el fraude a la ley en - nuestra materia, según diversos tratadistas consideran que está provisto de dos elementos; para Goldschmidt, los elementos del fraude a la ley son "el aspecto objetivo consistente en la realización de diversos actos administrativos de tipo legal, - son las maniobras o actos exteriores del sujeto que desea evadir una ley nacional; por otro lado se encuentra el aspecto -- subjetivo del autor de los actos jurídicos que realiza artificialmente, maquinadamente los mismos, sujetándose voluntariamente a una norma de Derecho que le sea favorable en relación-

(19) Obra Citada. pág. 682.
Carlos Arellano García.

a sus fines personales". (20)

"Aguilar y Navarro, nos habla de dos elementos, los cuales son materiales y espirituales, desde la búsqueda y localización de la norma extranjera imperativa que le sea más ventajosa en forma material, y las intenciones interiores del sujeto evasor o defraudador, para realizar el fraude a la ley". (21)

Desde que iniciamos el estudio del concepto de fraude a la ley, el efecto que han propuesto los diferentes tratadistas ha sido la nulidad del acto realizado en fraude a la ley, ya que los actos así realizados no pueden producir otro efecto más que la nulidad, por que éstos van en contra de una disposición prohibitiva.

Como anteriormente se mencionó, bajo el imperio romano, tuvo su origen primero el fraude a la ley, y los juristas de esa época lo calificaban ya como un acto nulo, carácter que ha conservado en todas las legislaciones derivadas del Derecho romano.

Gracias al concepto de fraude, se puede tener un remedio para los actos que van en contra del espíritu de la ley; no siendo en principio, necesario para impedir o desbaratar el fraude, la anulación de todos y cada uno de los actos que constitufan-

(20) Werner Goldschmidt. Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Edición, de palma Buenos Aires 1977. pág. 108.

(21) Mariano Aguilar Navarro. Derecho internacional privado. - Volumen I, Tomo I, Parte Segunda, Facultad de Derecho Sección de Publicaciones, 1979, Págs. 111 a 145.

la trama y el engranaje del artificio ideado llevado a cabo -- por el defraudador, basta con una de estas dos cosas; negar va lidez al punto de conexión (por ejemplo el cambio de nacionalidad), que sirve de base para trasplantar artificialmente el -- campo del Derecho internacional privado lo que en realidad, es una relación de Derecho interno, o negar reconocimiento de - - efectos legales al acto realizado o a la sentencia obtenida en el extranjero, como remate de la maquinación, con que el autor del fraude persigue burlar un precepto imperativo a que está - sujeto, es decir negar validez legal al medio utilizado, o no-reconocer el fin que artificialmente se logró.

4.- CONCEPTO LEGAL DE FRAUDE A LA LEY

Dentro de nuestra legislación mexicana, aún no se ha elaborado un concepto de fraude a la ley, por lo que en definitiva no -- hay un precepto expreso que manifieste en qué consiste esta fi gura jurídica del Derecho internacional privado, en virtud de- - lo cual nos atrevemos a sugerir el siguiente concepto legal: El fraude a la ley, se da mediante los actos realizados al am- - paro de un texto y a través de medios indirectos, o mediante - el aprovechamiento de la redacción obscura del mismo, llegando a desobedecerlo, logrando por ello no sólo evadir su aplica- - ción sino además provocar la aplicación de una ley extranjera- - más favorable a sus intereses, la cual carecerá de validez. Comprendiendo dicho concepto, tanto aquellos que evaden la ley por medios indirectos, considerados como artificiosos se en- - cuentra en el fraude dos elementos categóricos, el primero se-

constituye por todos aquellos actos externos que realiza el sujeto evasor con la intención de romper con la imperatividad de la ley nacional a la que se encuentra sujeto, por lo que se somete voluntariamente a una ley extranjera, con la que trata de obtener un fin comprendido exactamente en el contenido del precepto, y en la segunda mediante la intención con la que se --ajusta a la ley extranjera violándola en su espíritu, conser--vando la apariencia de legalidad. Siendo el fraude a la ley --un remedio que impide la aplicación de una norma extranjera --que resulta competente, evitando que las normas imperativas nacionales sean evadidas.

Con base en los diversos tratadistas consultados, consideramos la imperiosa necesidad de que se legisle al respecto, ya que --el fraude a la ley puede presentarse en diversas materias, que afectan la imperatividad de nuestras leyes nacionales.

Entre las pocas leyes nacionales que hacen referencia al fraude a la ley, encontramos en el sexto párrafo del artículo 30.- de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo (reformado en el diario oficial del 22 de diciembre de 1975), dice: "Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana". (22)

Dentro del cuarto y último capítulo de la presente tesis, trataremos el fraude a la ley en nuestro Derecho Vigente Mexicano

(22) Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Editorial Porrúa, S. A. Leyes y Códigos de México. México, 1984, pág. 8.

por lo que únicamente pretendemos concluir en este tema que es necesario dentro de nuestra legislación que se establezca con precisión la prevención del fraude a la ley, su forma de comisión, así como la sanción que debe obtener el defraudador de la ley en cada caso, así como también los que participen en la ejecución de los actos encaminados a defraudar la ley.

5.- CONCEPTOS DOCTRINALES DE FRAUDE A LA LEY.

El fraude a la ley en el Derecho internacional privado, como ya se ha citado anteriormente, persigue la evasión de una norma imperativa del Derecho interno, mediante la utilización de una norma de conflicto que permita la aplicación de un Derecho material extranjero.

Ahora bien, dentro de los conceptos doctrinales de fraude a la ley, encontramos diversos autores de los cuales se citan los siguientes:

Niboyet.- Conceptúa el fraude a la ley "Como 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". (23)

Duncker, por su parte nos da la definición siguiente "Consiste en sustraerse voluntaria y conscientemente a una ley determinada y colocarse bajo el imperio de otra mediante el cambio real y efectivo de alguna de las circunstancias o factores de conexión". (24)

(23) Obra citada, pág. 441. Niboyet, J.P.

(24) Derecho Internacional Privado.- Duncker. Santiago de Chile, 1956, pág. 421.

De igual manera Adolfo Miaja de la Muela lo conceptúa como: - "En relación de un acto lícito o más frecuentemente dos o más-actos, para la consecución de un resultado antijurídico. Es un medio de vulnerar leyes imperativas, lo que aproxima a otros procedimientos, tales como el dolo civil, la simulación y el fraude de acreedores, de los cuales la técnica jurídica ha llegado a aislarle". (25)

Carlos Arellano García lo define: "El fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que él o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente la imperatividad de la norma jurídica nacional". (26)

Goldschmidt nos dice al respecto: "Que el fraude a la ley consiste en que las partes convierten las características positivas de tipo legal, concebidas por el autor de la norma como mero acontecimiento o acto jurídico, en negocios jurídicos haciendo así aplicable un Derecho civil, que difiere del Derecho civil coactivo aplicable con anterioridad a la descrita conversión". (27)

De las definiciones ya citadas, únicamente se han mencionado ya que el análisis de las diversas posturas de la doctrina en-

(25) Derecho Internacional Privado.- Adolfo Miaja de la Muela.- Madrid, 1954, Tomo I, páginas 320 y 322.

(26) Obra citada, pág. 682.

(27) Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado. Weber Goldschmidt. Tomo I, Segunda Edición. Edic. Jurídicos-Europa-Americano, Buenos Aires. 1952.

relación al fraude a la ley, será el tema central del segundo-capítulo del presente estudio. Pero si se considera de suma - importancia indicar las tres teorías que la doctrina señala sobre el fraude a la ley, las cuales enunciaremos brevemente:

a) La doctrina objetiva.- Atiende como elemento esencial en el fraude a la ley lo material, y considera al fraude como una -- violación a la ley únicamente. La doctrina objetiva se encuentra seguida principalmente por autores alemanes que insertan - los casos susceptibles al fraude a la ley, en el artículo 30 - del Código Civil alemán, que contiene una definición del orden público internacional; "La aplicación de una ley extranjera -- queda excluida siempre que su aplicación contravenga las bue--nas costumbres o la finalidad de la ley". (28)

b) La doctrina subjetiva.- Se caracteriza por la voluntad culposa del agente. (29)

c) La doctrina mixta.- Enuncia que para que el fraude exista, - se atenderá a las consecuencias de dos factores, materiales e - intencionales; lo material se refiere a la efectiva realiza- - ción de actos aisladamente válidos, que conjuntamente nos con-ducen a un resultado prohibido por la ley, lo intencional - - atiende por su parte al ánimo del agente, la intención que lo - mueve a realizar determinados actos, con el deliberado propósito de sustraerse de la norma que le vede algo, para refugiarse

(28) Obra citada, José Yanguas Messia. Pág. 375.

(29) Idem. Pág. 375.

en el texto de otra ley para violarla en su espíritu. (30)

6.- CONCEPTO QUE SE PROPONE DE FRAUDE A LA LEY.

Con las definiciones sobre el tema que ya hemos estudiado, podemos establecer que existe el fraude en el Derecho internacional privado, cuando un individuo realiza un acto prohibido por la ley, pero en el cual no transgrede la norma en su letra sino en su espíritu, lográndolo con el medio de modificar la hipótesis normativa en lo que se refiere a su conducta.

Por lo que con fundamento en todo lo anterior analizado podemos decir: Que el fraude a la ley se da mediante la evasión que realiza un sujeto de su norma imperativa nacional a la que estaba subordinado, para colocarse voluntariamente bajo el imperio y protección de otra norma jurídica extranjera, por medio de mecanismos artificiosos, a efecto de obtener un beneficio ideal a sus intereses.

En la definición propuesta podemos desprender que se atiende a la existencia de dos elementos en nuestro concepto; como lo son los elementos objetivos y subjetivos.

7.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO PROPUESTO

En el concepto propuesto señalaremos los dos elementos primordiales de los que está constituido:

a) Elementos objetivos: 1.- Que el sujeto evasor, realice actos lícitos en virtud de estar bajo un supuesto normativo lícito.- 2.- Evadir normas que prohiban una conducta. 3.- Debe es

(30) Ob. Cit. José Yanguas Messia. Pág. 376.

tar vigente la norma que se evade. 4.- Lograr la total realización del acto.

b) Elementos subjetivos: 1.- La intención de obtener un resultado que le prohíbe una ley.

1.- Con relación al primer elemento objetivo, debemos hacer notar esencialmente, que el individuo obra de tal forma que sus actos son lícitos, no violan la letra de la ley pero si su espíritu.

2.- Evasión de una norma que prohíbe hacer algo.- El sujeto -- por medio de maniobras, logra cambiar la hipótesis normativa -- en lo referente a su conducta. La norma nacional que evita es precisamente una norma prohibitiva para sus objetivos, la prohibición contenida en la norma deja de ser operante por que el sujeto la elude.

3.- La norma nacional cuya aplicación se evade, debe estar vigente tanto en el tiempo como en el espacio. Esto es obvio, -- ya que no podríamos hablar de fraude si la ley que se evade no se encuentra vigente en el país de origen.

4.- Logrando el objetivo propuesto es un elemento que consideramos indispensable en el fraude a la ley. Evadir la prohibición de la ley cambiando la hipótesis relativa a la conducta -- del sujeto para colocarse en el supuesto permisivo que le permite burlar la ley, y sobre todo, lograr efectivamente el resultado deseado. Si el acto permaneció inconcluso, si el sujeto a través de sus maniobras no logró burlar a la ley en su espíritu, entonces no existe el fraude a la ley, ya que no se al

tera el orden público de algún país.

b) Elemento subjetivo:

Al respecto afirmamos que si bien el campo del Derecho se encuadra en los actos exteriorizados no es también menos cierto que muchas veces se debe buscar la intención con la cual fue cometido el acto para así, poderlo evaluar debidamente. Si la intención no llega a manifestarse, entonces no ha ocurrido nada que ocupe el campo del Derecho, ni mucho menos se ha atentado contra el orden público de un Estado. Es indudable que la intención en materia de fraude a la ley es difícil, pero no imposible de probar, considerando que sería poco jurídico pretender negar al fraude a la ley su categoría especial, pero la mayor parte de las veces ésta queda clara por los actos realizados por el sujeto evasor de la ley nacional, que se somete voluntariamente a otra ley extranjera. Es pues la intención el elemento característico de los actos realizados en fraude a la ley, elemento que consideramos le da la autonomía como institución y sin el cual no podríamos hablar de actos en fraude a la ley,

8.- DIFERENTES CLASES DE FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley como lo señalamos anteriormente y manifiesta acertadamente el Doctor Carlos Arellano García en su tratado de Derecho Internacional Privado, puede presentarse en cualquier materia donde la voluntad de las partes puede influir sobre el punto de conexión que liga la situación concreta con la norma jurídica extranjera.

Las clases de fraude a la ley más comunes se aplican en: 1.- Cambios fraudulentos de nacionalidad. 2.- Cambios fraudulentos en la constitución de sociedades mercantiles. 3.- Fraude a la ley en materia de religión. 4.- Fraude a la ley en materia de cambio de domicilio. 5.- Fraude a la ley en materia de ubicación de las cosas. 6.- Fraude a la ley y la regla locus regit actum.

Todas estas formas en que se presenta el fraude a la ley serán analizadas en el capítulo tercero de este estudio por lo que únicamente las hemos señalado.

9.- NATURALEZA DEL FRAUDE A LA LEY

Niboyet, al respecto manifiesta en su obra, que la doctrina en este aspecto, no se ha puesto de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del fraude a la ley. Por lo que una parte de la propia doctrina rechaza la noción del fraude a la ley, y dice: Para algunos el fraude a la ley no existe en Derecho internacional privado. Cuando dos individuos piden que se les aplique su ley nacional, como en el ejemplo de los españoles que se han naturalizado en Francia, quieren estar sometidos a su ley nacional, no obstante ser ya franceses, el juez español no tiene por qué buscar las intenciones por las cuales se han querido volver franceses; esta cuestión no les interesa. Esos individuos ¿son franceses o no?, en el primer caso, la ley competente para él es la francesa; y si el divorcio lo han obtenido en Francia, el juez español tiene que reconocerlo. De modo que conforme esa opinión, no hay porque atender a las intenciones-

de los interesados que cumplieron con una ley, lo que se trata de saber es si jurídicamente puede invocarla, un francés invocará su ley francesa, un español la ley española. Existe otra parte de la doctrina que admite parcialmente la noción del fraude a la ley, frente a la teoría anteriormente señalada, la cual elimina la existencia del fraude a la ley en el Derecho internacional privado, encontramos otra teoría que admite dicha noción, pero sólo para los contratos, y la forma de los actos, rechazando la existencia del fraude a la ley en los cambios de nacionalidad, ya que si alguien desea ser nacional de otro Estado es por razones de orden moral. Por último encontramos la doctrina que admite sin límites al fraude a la ley, por lo que Niboyet manifiesta: "La noción debe aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sean, en que un individuo puede invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia que se trate, es un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente no debiera intervenir". (31)

Por lo que concluimos que para la existencia del fraude a la ley, debe existir la actitud no sincera del que realiza un acto y viola la ley en su espíritu, por medio de mecanismos artificiosos, y para que el fraude a la ley pueda ocurrir en cualquier materia es necesario probar la existencia de las intenciones del sujeto de evadir la ley.

(31) Obra citada.- Niboyet, J.P. pág. 442.

10.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL FRAUDE A LA
LEY Y ORDEN PUBLICO.

En este punto nos encontramos ante dos problemas jurídicos, cuya solución apasiona a los autores del Derecho en materia internacional, ya que unos sostienen que el fraude a la ley y el orden público son la misma figura jurídica siendo esto erróneo, toda vez que estas instituciones tienen autonomía propia, ya que ambas se pueden presentar cuando se va a incorporar una norma de Derecho extranjero al orden público nacional. Una de las causas que con más frecuencia son expuestas para no incorporar una ley, es que ésta pueda afectar el orden público de algún Estado, por lo que a nuestro juicio es indispensable decir que es orden público, fraude a la ley y las posturas de diversos autores.

Para establecer que es orden público, debemos separar el orden público en Derecho interno del campo del Derecho internacional privado, así como distinguir entre leyes territoriales y el concepto de orden público. A nivel interno en nuestra legislación el orden público se encuentra consagrado en nuestro Derecho positivo vigente, en el artículo 6o. del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, el cual dice "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, sólo puede renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". (32) --

(32) Código Civil Vigente para el Distrito Federal.- Editorial-Porrúa, S.A.- Leyes y Códigos de México. México 1984. pág. 42.

Con este concepto, encontramos un límite a la autonomía de la voluntad, el cual puede ocasionar la nulidad del acto jurídico llevado a cabo en el ejercicio de la misma.

En el Derecho internacional privado se conceptúa el orden público diciendo "Se trata de un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera". (33)

Por leyes o normas jurídicas territoriales, se han considerado por su parte a todas aquellas que por tener ciertas características, deben ser aplicables territorialmente, como las normas fiscales, penales, etc..

El concepto de orden público es un medio de que se vale el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera normalmente competente, tiene una base más amplia y esto es lo que precisamente presenta las dificultades de su determinación.

Por lo que respecta al fraude a la ley "Es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que él o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificialmente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificialmente la imperatividad de la norma jurídica nacional" (34)

(33) Colección de Textos Jurídicos Universitarios.- Leonel Pereznieta Castro.- Editorial U.N.A.M., México 1981. pág. 229.

(34) Obra citada.- páginas 680 y 681.- Carlos Arellano García.- Editorial Porrúa S.A. México. 1979.

Por lo expuesto citaremos algunas posturas que tratan el problema:

Julian G. Verplaetse, cuyas obras defienden la extraterritorialidad de la norma jurídica, sostiene que no hay una diferencia notable entre ambas instituciones. Funda su postura alegando que el fraude a la ley no se puede definir sustancialmente, si no sólo formalmente, y al respecto dice que el fraude a la ley, ocupa un lugar intermedio entre el orden público y la autonomía de la voluntad". (35)

La conexión entre orden público y fraude a la ley está probada en abundancia por los tribunales franceses, dice Verplaetse, - "En cada ocasión que el fraude surge, el orden público aparece". (36)

La postura extraterritorialista indica, que puede existir el fraude a la ley, cuando una persona con mala fe, se sustrae al orden jurídico que normalmente debe regirlo, como en el caso de la princesa Bauffremont citado en la introducción de este trabajo.

Sobre la autonomía del fraude a la ley como concepto con existencia propia, hay dos teorías principales: Una que lo considera unido al orden público que es la expuesta por Verplaetse y otra que lo considera como un concepto autónomo, encontrando entre ellos a Niboyet.

(35) Tratado de Derecho Internacional Privado. J. Verplaetse.- La fraud la loi en Droit International Privé". Francia - - 1967. págs. 580 y subs.

(36) Idem, pág. 585.

Se considera que la función del fraude a la ley consisten en - el Derecho positivo, en defender la ley nacional contra la - - aplicación de una ley extranjera contraria a su autoridad, - - siendo éste el sentido de la postura de Niboyet, en su obra -- tantas veces citada, asimismo analiza casuísticamente el pro-- blema que nos ocupa, en el caso de la princesa Bauffremont que defrauda la ley francesa, lo que dió origen a la llamada teo-- ría de las naturalizaciones fraudulentas. En suma Niboyet - - afirma que son dos instituciones distintas el orden público y - el fraude a la ley por lo que cada uno se estudia por separado ya que son de naturaleza autónoma.

Al tratar el tema J. Maury dice; que considera ligado el frau-- de a la ley con el abuso de derecho, las que aparecen al tra-- tar de precisar el alcance de la teoría. "Esta tiene por obje-- to mantener el carácter imperativo del derecho de conflicto, - carácter que debe reconocer cada Estado no sólo en su provecho sino en el de los demás Estados".⁽³⁷⁾ Concluye su razonamien-- to alegando que por ese motivo, debe el fraude a la ley ser -- tratado como un anexo a la teoría del orden público internacio-- nal.

Una posición intermedia entre las que ya hemos citado, está la de Goldschmidt, quien afirma que el fraude a la ley existe y - se sanciona en cualquier rama jurídica, tanto en el Derecho in-- ternacional privado, como en el orden interno; en cambio dice-

(37) Derecho Internacional Privado.- Maury, J. Puebla 1949. pág. 328.

el orden público es para él materia exclusiva del Derecho internacional privado ya que supone la aplicación del Derecho extranjero, distinguiendo que el fraude a la ley se refiere a la conducta de las partes y que el orden público se refiere a un Derecho extranjero, el que debe ser aplicado por atentar contra el orden público interno de un Estado. (38)

Dentro de las semejanzas de orden público y fraude a la ley, encontramos que ambas instituciones tienen una característica que les es común, pues tanto el orden público como el fraude a la ley considerados en el campo propio de acción del Derecho internacional privado, son excepciones que no permiten actuar a la norma incorporada. En el caso del orden público, la norma incorporada no puede ser aplicada en virtud de que ataca esos valores que se consideran como elementos primarios, en el fraude a la ley, la norma incorporada no puede ser aplicable en virtud de que si se hace, se estaría violando el espíritu de la ley. En cuanto a las diferencias que existen entre ellas, podemos decir que provienen de distinta naturaleza. En efecto, ¿qué es lo que las partes tratan de hacer para evitar el fraude a la ley?, qué es cuando la ley es burlada por las partes, colocándose en una norma que les sea más favorable, por medio de maniobras que traen como resultado que la ley haya sido burlada, evadiendo una ley que le prohíba hacer algo, esto es en esencia lo que significa un acto en fraude a la ley. En los casos de no aplicación de una norma incorporada por ata

(38) Obra citada. - Werner Goldschmidt.

car una disposición de orden público, en virtud de que ésta no se encuentra de manera natural en el orden público de un Estado, veamos que su naturaleza es totalmente diferente. Aquí no se burló a la ley en su espíritu ni mucho menos, simplemente - la norma incorporada no debe ser aplicada, ya que de hacerlo - ese orden jurídico del Estado se resentiría ya que se atacarían sus valores primarios. Para ser más claros en cuanto a - la distinta naturaleza de cada uno, ejemplificaremos; en el caso de que no se pueda aplicar una norma incorporada por atacar el orden público, las partes por medio de una maniobra, variando los elementos de hecho que hacen operante un orden jurídico, en forma tal que eludiendo la prohibición se colocan en un supuesto normativo lícito, o en otras palabras, tratándose de -- que se incorpore otra norma, entonces si estaríamos en el caso de fraude a la ley y no de orden público. Queremos señalar -- que efectivamente hay ocasiones en que al surgir el fraude a - la ley, puede encontrarse también el problema de orden público, pero no creemos que ese sea motivo para no tratarlos en forma separada ya que a nuestro parecer son instituciones diferentes con funciones separadas, por lo que se deben estudiar como lo que son instituciones jurídicas de naturaleza autónoma. Otra diferencia que consideramos contribuye a aclarar el problema, - es la amplitud diversa que tienen las sanciones que se aplican a los actos realizados en fraude a la ley y aquellos que atacan el orden público.

Un acto realizado contra el orden público, será nulo sólo para

ese Estado, por atacar sus normas consideradas como de orden público. Por el contrario, en los actos realizados en fraude a la ley, éstos serán nulos para todos los países en razón de que tienen un vicio de origen.

Otra cuestión que los diferencia grandemente es que en el orden público, no necesita la concurrencia de los elementos que integran el fraude como lo son los objetivos y subjetivos, los cuales hacen complejo al fraude a la ley.

CAPITULO SEGUNDO

EL FRAUDE A LA LEY EN LA DOCTRINA

Doctrina Nacional.

Siendo uno de los principales exponentes de la doctrina nacional, el Doctor Carlos Arellano García, que en su obra de Derecho internacional privado nos dice sobre el fraude a la ley -- que "Es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que él o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente la imperatividad de la norma jurídica nacional",⁽³⁹⁾ el fraude a la ley, es un obstáculo -- que impide la solución uniforme del conflicto de leyes internacionales, ya que la norma jurídica declara la competencia de conflicto, dejando de aplicarse la ley extranjera en virtud -- del fraude a la ley, al igual que el orden público impiden la aplicación de la norma jurídica extranjera en el foro.

El evasor de la ley se somete voluntariamente al imperio de -- otra ley que le sea más conveniente a sus fines; ya que por un lado se burla la imperatividad de la ley nacional, existiendo la intención de colocarse fuera del punto de conexión de la -- ley extranjera. Señalando nuestro autor, dentro del fraude a la ley dos elementos, el objetivo y subjetivo a los que atienden varios tratadistas como Goldschmidt en su libro de Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, con el cual concuerda nuestro autor a estudio, pero con el señalamiento de -- que el elemento subjetivo únicamente tendrá relevancia jurídica

(39) Obra citada, Carlos Arellano García. pág. 682.

ca dentro de la prueba presuncional, basada en antecedentes objetivos de los que se desprenden consecuencias objetivas, sobre la norma conflictual que le da competencia a la norma extranjera, hay una situación concreta dentro del punto de conexión de las normas, hay ventaja para el evasor de la ley nacional, ya que al no ser conveniente a sus intereses, intencionalmente se coloca ante la norma jurídica extranjera, mediante artificios, cambiando la situación de hecho que le ligaba a ella. Por lo que hace al fraude a la ley y el orden público, la no aplicación de la norma jurídica competente en fraude a la ley, ya que no deriva de la norma, sino de la ubicación fraudulenta, antinatural, anormal dentro de la norma jurídica extranjera. El choque que se origina del orden público es el contenido de la norma extranjera, con el sistema jurídico nacional; el fraude a la ley repugna la conducta de las partes interesadas con el sistema nacional. Teniendo el fraude, la antinaturalidad, el engaño y la hipótesis de colocarse dentro de una norma jurídica extranjera, única y exclusivamente para burlar la aplicación de la ley nacional. Existe una gran diferencia entre orden público y fraude a la ley, ya que el primero no necesita la concurrencia de todos los elementos que hacen complejo al fraude a la ley; siendo el fraude un buen remedio para impedir la evasión artificial de la ley aplicable, dejando sin efecto a una norma jurídica extranjera, que no es normalmente aplicable, mencionando sobre los efectos del fraude a la ley, que los creadores de normas jurídicas internacionales, se preocu--

pen por determinar los efectos del fraude a la ley y que de --
preverse el fraude a la ley, deben señalarse sus efectos cla-
ramente, por lo que asienta firmemente, que un Estado no debe-
permitir que sus normas jurídicas se empleen usualmente por na-
cionales de otros estados, para defraudar el imperio de la ley
que nos rige. Por último pugna por que se realice un concepto
legal de fraude a la ley, dentro del Derecho internacional pri-
vado, con la finalidad de que no se siga atentando contra la -
soberanía de las naciones. (40)

Por lo antes expuesto concluimos: Que nos encontramos en total
acuerdo con la postura del tratadista citado, por lo cual nos-
adherimos a ella.

Alberto G., Arce.- Sobre el fraude a la ley lo define como - -
"Cuando un nacional para escapar al imperio de los mandamien--
tos de su ley se coloca por su voluntad en una situación jurí-
dica distinta y logra que su ley nacional no se aplique, deci-
mos que hay fraude a la ley o conexión fraudulenta, que es la-
que se adquiere con el propósito de eludir la propia ley".

Explicándolo de la siguiente manera; si voluntariamente se ad-
quiere una situación en el extranjero simplemente con el propó-
sito de obtener un divorcio y se consigue con eso lo que el De-
recho nacional no le permite; si se celebra un contrato en el-
extranjero para eludir formas incómodas del Derecho propio o -
si se funda en otro Estado una sociedad anónima, porque de esa

(40) Obra citada, Carlos Arellano García. pág. 673.

manera se elude el cumplimiento de ciertas obligaciones, es -- evidente que lo que se ha hecho, no tiene más objeto que no -- cumplir la ley nacional o lo que es lo mismo defraudar esa ley. Por lo cual la noción del fraude a la ley es un remedio destinado a impedir que se venga un mal que resultaría ineludible-- mente por la situación de la ley extranjera a la nacional, y - al tratarse de un remedio, es necesario que sea indispensable y que no se pueda aplicar sino cuando no haya otro remedio.

Existe un fraude pero se dispone de otros medios que permiten no aplicar el remedio, en ese caso no se usa, si se trata por ejemplo de nacionales que contraen matrimonio fuera de su país pretendiendo escapar a sus leyes respecto a reglas de validez del fondo de matrimonio, falta de edad, falta de consentimiento de los padres, etcétera, no se necesita la noción de fraude a la ley para atacar esos matrimonios, ya que la nulidad resulta de que no se han respetado los impedimentos que marca la -- ley nacional, con lo cual basta para declararlo nulo. Siendo distinto el caso cuando no hay ninguna otra sanción que pueda aplicarse como sucede en la hipótesis de la naturalización - - fraudulenta, ya que entonces, habiéndose adquirido otra nacionalidad, el nuevo nacional tiene el derecho de aplicar su ley como le convenga. Solamente con la noción del fraude a la ley, puede el juez oponerse a esa aplicación.

Distinguiendo por lo que hace al país defraudado, el país ad-- quirido y a terceros países, de la siguiente manera:

Por lo que hace al país defraudado, algunas resoluciones judi-

ciales en Francia, han sido tomadas por el Tribunal Francés, - el que impone, el Tribunal francés sólo puede decidir que no aplica o no admite las consecuencias que se derivan del cambio de nacionalidad, pero no que ese cambio exista o no, resuelve simplemente que no pueda oponerse la ley extranjera a la nacional.

En cuanto al imperio de la ley del país bajo el cual se han colocado los defraudadores, invariablemente los interesados han logrado que los tribunales de ese país hayan dicho que esa ley se aplica válidamente, y por último en los países terceros, -- las resoluciones se han dividido respetando unos la ley imperativa que ha sido violada y otros la ley nueva que por su voluntad se han dado los defraudadores.

En cuanto a las leyes mexicanas, señala que la noción de fraude a la ley va ligada estrictamente con la noción del orden público, ya que las leyes mexicanas, son absolutamente territorialistas, tanto en lo que va a los extranjeros en la República, como en lo que a las leyes de los diversos Estados. El fraude a la ley que se cometa por extranjeros, no tiene importancia en cuanto a la ley mexicana, ya que esa misma ley aplicable a todos los extranjeros, no sólo autoriza, sino que obliga a que en todo caso se aplique la ley mexicana, sin que importe que esa estimación pueda o no defraudar la ley nacional, citando a continuación el artículo 12 del Código Civil del Distrito Federal, siendo ésta materia obligatoria en toda la República, establece con toda claridad que las leyes mexicanas, in

cluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplica a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados o sean transeúntes. Aún cuando el extranjero tenga la intención de obedecer su ley nacional, intención que excluye el fraude, en los Estados Unidos Mexicanos, ya que está obligado a cumplir con la ley mexicana, como determina el artículo 12 referido. (41)

Por lo que ve a los mexicanos en el extranjero, es indudable que la aplicación fraudulenta de otra ley para escapar de la que determine la nacionalidad, tiene la sanción de la nulidad, cuando esos actos pretenden hacerse valer en la República, siempre que se afecte el interés público, pero no cuando se trate de derechos privados que no afecten ese interés, o perjudiquen a terceros.

Los artículos 6 y 7 del Código Civil para el Distrito Federal, manda que la voluntad de los particulares no exime de la observancia de la ley ni la altera ni la modifica, salvo cuando pueden renunciarse derechos privados que no afecten directamente el interés público o cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros, siendo nulos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, o de interés, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. Además según el artículo 13 del mismo Código, los efectos jurídicos de actos y contratos, celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en-

(41) Ordenamiento citado, pág. 9.

el territorio de la República, se regirán por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal. (42)

En cuanto a las relaciones de los diversos Estados de la Federación, se ha dicho que las bases para dictar la ley orgánica-Constitucional que fija esas relaciones, establecen territorialidad absoluta; por lo mismo los actos ejecutados por habitantes de un Estado para defraudar las leyes que rigen al mismo, caen en nuestro concepto, bajo la misma sanción de nulidad que tienen los actos ejecutados por mexicanos fuera del territorio nacional, con el objeto de defraudar la ley mexicana.

Algunos Estados de la Federación, han dado facilidades para obtener el divorcio dentro de su territorio, por lo cual los extranjeros o mexicanos de otro Estado, han aprovechado esas facilidades haciéndolo siempre con el propósito de eludir las disposiciones de su propia ley, es decir lo hacen con fraude a la ley. Tratándose de ciudadanos americanos, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, ha declarado invariablemente que esos divorcios no son válidos, porque se han aplicado leyes locales, siendo que conforme a la ley mexicana, a los extranjeros les corresponde la aplicación de la ley Federal, o sea las del Código Civil del Distrito Federal, que es distinto de esas leyes locales, la Suprema Corte de Justicia Mexicana, ha declarado también que han sido mal pronunciadas algunas sentencias de divorcio, tratándose de aplicación de leyes locales, por no haberse ajustado a prescripciones de Derecho elemental,

(42) Idem. pág. 11.

pero ninguna de las dos Cortes ha tratado el caso desde el punto de vista del fraude a la ley, ya que dadas las bases constitucionales y la prescripción de los Códigos Civiles de los Estados, esos divorcios no son válidos y que fuera de las condiciones jurídicas que se han hecho perfectamente, cabe respecto a ellos, la aplicación de la doctrina del fraude a la ley. (43)

Por lo antes citado, nos adherimos a dicho autor, en lo que -- respecta al fraude a la ley, y diferimos, en cuanto lo confunde con el orden público, siendo completamente diferentes estas figuras entre sí, y por lo que hace a las leyes mexicanas, éstas sí contemplan el fraude a la ley, aunque no de una manera abierta, sino interpretativa, analizándolas en el capítulo -- cuarto del presente trabajo. Leonel Pereznieto Castro: Al respecto, señala el mecanismo del fraude a la ley como sigue, -- "Consiste en la utilización del mecanismo conflictual, para lograr un resultado que, de otra manera, normalmente no sería posible, es decir mediante el cambio voluntario de los puntos de contacto (nacionalidad, domicilio, etc.) en una determinada relación jurídica, se provoca a su vez, la aplicación de una norma diferente con resultados distintos a los que se obtendrían de haberse aplicado regularmente el procedimiento conflictual". (44)

Citando un ejemplo al respecto, sucedido en México hacia el -- año de 1971, en el cual además queda evidenciada la inoperan--

(43) Derecho internacional privado. G. Arce Alberto. Universidad de Guadalajara, Séptima Edición, 1973, págs. 124 a 127.

(44) Obra citada. Leonel Pereznieto Castro. pág. 127.

cia de un sistema fundamentalmente territorialista como el mexicano, México, tuvo que evitar el fraude a la ley extranjera, al impedir la utilización indiscriminada de la ley mexicana, por un decreto publicado el 20 de febrero, se modificó el artículo 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, sujetando a permiso previo de la Secretaría de Gobernación, todos los actos relativos a divorcio y nulidad de matrimonios extranjeros, con lo cual se terminó con los llamados "divorcios al vapor" que tenían lugar principalmente en los Estados de Chihuahua, Tlaxcala y Morelos ya que sus leyes internas permitían la adquisición de residencia en cuestión de horas y, consiguientemente, el pronunciamiento de competencia judicial por los jueces de esos lugares, dando lugar a que personas no residentes en esas demarcaciones, durante un breve período, pudiera lograr su divorcio.

Continuando con el fraude a la ley, dice dicho autor, que es un medio utilizado por el órgano aplicador del Derecho, para impedir la aplicación en el foro, de una norma extranjera semejándose al orden público, pero con la diferencia que en la primera los supuestos son distintos pero en mayor medida precisables. (45) Autor con el que concordamos en todas sus partes.

Doctrina Extranjera:

Iniciaremos el estudio de la doctrina española, con Mariano -- Aguilar Navarro, el cual manifiesta sobre el fraude a la ley,--

(45) Obra citada. Leonel Pereznieta Castro. pág. 127.

que la construcción del fraude legal, dentro del Derecho internacional privado, tiene que hacerse de modo que la autonomía - de nuestra disciplina, se refleje en el régimen de una categoría jurídica general como es la del fraude.

Siendo necesario combinar los planos de forma que se coordinen, los que corresponden a la teoría general del Derecho, siendo - aquellos que sean propios del Derecho internacional privado -- brotando de sus raíces dos indicaciones que sirven inicialmente, para encuadrar la figura jurídica que se examina.

Siendo primeramente considerada desde una perspectiva funcio--nal y teleológica la norma de colisión, en relación con la función y finalidad que persigue la norma de colisión, el fraude se manifiesta como una anomalía, como una desviación que atenta al fin de la norma, que va en contra de la ratio legis, el fraude por lo mismo representa ya ab initio una desnaturalización de la norma de colisión, pues con él esta norma se con--vierte en un instrumento para alcanzar un resultado no querido, ni tal vez previsto por el legislador, y crear artificialmente una modificación en el mismo supuesto de la relación.

Por lo que hace al fraude legal en base a la soberanía estatal, nos dice dicho autor, que el fraude supondría un atentado a la soberanía del orden jurídico estatal, por cuanto se realiza pa--ra lograr un resultado que menoscaba y reduce el imperio y esfera de aplicación de la ley del foro, permitiendo a los interesados eludir la aplicación de la ley competente. Por lo --cual ante dicho fraude se plantea la necesidad de proceder a -

la defensa del orden social y jurídico de una comunidad, ya -- que la justicia constituye el espíritu de ese orden y una obje-- tivación de los comportamientos sociales.

Advirtiendo que con dicho fraude se actúa en una doble direc-- ción de cara a las normas materiales del foro y abiertamente -- en relación con las normas de colisión de dicho ordenamiento -- jurídico. Al reaccionar el fraude lo hace protegiendo el orde-- namiento jurídico del foro, pero sin olvidar que son parte del mismo tanto las normas materiales como las de colisión, con -- respecto a la ley extranjera no como una pugna de soberanía, -- sino como reflejo de una situación real; adquiriendo el fraude su naturaleza propia en el Derecho internacional privado, en -- virtud de consideraciones técnicas y políticas, siendo técni-- ca; por cuanto a la naturaleza de la norma de colisión y la pe-- culiaridad de determinadas partes de conexión, hacia posible -- servirse de estas normas, para lograr evadirse de la ley nor-- malmente competente, y política; por ser necesaria una limita-- ción al exagerado extraterritorialismo que en una determina-- época predominó en el Derecho internacional privado como conse-- cuencia de un imperio radical de la ley personal (especialmen-- te de la ley nacional), de una acepción amplísima de la autono-- mía de la voluntad y de una consideración específica de la re-- gla locus regit actum.

Recurriendo la doctrina y Jurisprudencia, a la figura del frau-- de a la ley, para defender el carácter imperativo de ciertas -- normas internas, o para proteger el carácter de orden público--

al que algunos autores otorgaban para las normas de colisión. La jurisprudencia al ser cauce de un causismo ha intentado utilizar el principio del fraude como correctivo en instrumento - al servicio de un fin y en defensa de un interés. La doctrina persigue el fin del resultado perseguido y de la especialidad del supuesto tratado; no existiendo un concepto uniforme de -- fraude a la ley en el Derecho internacional privado, siendo un sector jurídico muy propicio, para intentar un fraude legal -- por las siguientes razones: 1.- Es un sistema |jurídico planeado en un clima de evidente falta de solidaridad y homogeneidad internacional, 2.- Sus normas de colisión son muy abstractas, formales en grado sumo y de difícil control en cuanto al resultado definitivo, 3.- Es obsesiva y justificada la preocupación por sostener la soberanía jurídica y proteger al ámbito - de aplicabilidad de sus propias leyes, 4.- Las normas de colisión en parte son construidas pensando en una distribución de competencias de acuerdo con el criterio que como justo y eficiente sostiene el foro.

Teniendo el principio del fraude una misión esencial en el Derecho internacional privado: a) Evitar una desnaturalización del objeto (impidiendo internacionalizar una situación que por su naturaleza es interna, b) Contribuir a la coordinación de los sistemas jurídicos, oponiéndose a que se altere la espontánea distribución de competencias que resulte de la acción unilateral de los ordenamientos estatales, c) Servir al obligado equilibrio del ius cogens incorporado en los ordenamientos es-

tatales, con las exigencias de autonomía y de libertad que impone la naturaleza del tráfico jurídico externo.

Dando el siguiente concepto de fraude a la ley "La finalidad del fraude a la ley, es permitir al autor evadirse del imperio de una norma desplazando la reglamentación del supuesto, a la órbita de otra más favorable que le facilite la realización -- del propósito y que la norma evadida obstaculizaba y sancionaba; y para lograr este resultado es necesario apoyarse en una técnica jurídica, la cual consiste en la utilización de unas - normas con vista a conseguir la legislación de una situación - que el ordenamiento jurídico considerado en su unidad rechaza". (46)

El fraude pues supone una aplicación desnaturalizada, falseada de un precepto jurídico, al ser utilizado como instrumento que priva de eficacia a otra norma y convertida en medio que conduce a un resultado que no corresponde con la ratio legis de la norma utilizada para realizar el fraude.

Existiendo dos diferencias dentro del fraude; la reducción - - ilegal del ámbito de aplicación de una norma jurídica (la defraudada), y la utilización y realización antisocial de un precepto jurídico que se convierte en un instrumento para una finalidad que no era la que justificó su positivación (norma mediante la cual se defrauda), dándose el fraude a la ley en el

(46) Obra citada, pág. 145 y Subs.
Mariano Aguilar Navarro.

Derecho internacional privado, mediante la utilización artificial y maliciosa de una conexión.

Apreciándose en el fraude los siguientes elementos; a) Fija los elementos que entrelazados constituyen la acción fraudulenta; b) Determinando la significación que tiene la situación - - creada por el fraude y las exigencias que impone al restablecimiento de la situación prevista por el ordenamiento jurídico - - como normal.

Apreciando las siguientes fases de proceso; 1).- Constitución artificial y maliciosa de la conexión; 2).- Localización de la relación de un ordenamiento extranjero; 3).- Pretensión de que la reglamentación dada por el citado ordenamiento (sentencia dictada, derechos adquiridos, etc.), sea reconocida como - válida por el ordenamiento cuya norma ha sido defraudada.

Constituyéndose el fraude por el cauce de la conexión artificial y maliciosa, y sufre su prueba, en el momento en que se pide del ordenamiento defraudado el reconocimiento de la situación creada observándose los siguientes elementos constitutivos del fraude: El fraude implica la existencia de un elemento de hecho material que consiste en la trama de actos que se ha descrito anteriormente los cuales guardan una coherencia que viene dada por el resultado que se persigue; la evasión de la norma que desagrada y no quiere cumplirse, junto a este elemento material existe otro espiritual, subjetivo, siendo calificado por otros autores como intencional, siendo esta doble perspectiva, la que ha permitido señalar la presencia de un corpus

y de un animus en el fraude, y ha dado paso a la polémica de las teorías objetiva y subjetiva.

Siendo estos elementos esenciales del fraude a la ley, para el autor citado, ya que en el fraude es esencial y determinante el elemento objetivo que se manifiesta por la ilicitud del resultado, por la manifiesta violación de la ley que debió ser captada teniendo tal fuerza este elemento objetivo, que en torno de él debe orientarse e iniciarse la pesquisa que habrá conducir al juez a comprobar la existencia del elemento subjetivo, la intención fraudulenta, ya que para dicho tratadista, prescindir del factor subjetivo, supone renunciar a la autonomía del fraude a la ley en el Derecho internacional privado, pues desaparece por completo su diferenciación con el orden público quedando sin explicar la naturaleza artificial, maliciosa del punto de conexión.

Distinguiendo el fraude a la ley del orden público, ya que responden a situaciones y supuestos distintos y actúan con un objeto y unos efectos diferentes. El objeto, los supuestos y los efectos son diferentes: en el orden público estamos ante la oposición objetiva de las normas, la extranjera y la del foro; en el fraude más que la repulsa a la norma extranjera, lo que se acusa es la condenación del procedimiento, por el cual esa norma pretende ser utilizada por el sujeto, al invocar el Tribunal el principio del fraude a la ley, de hecho, lo que pretende es defender el ámbito normal de aplicabilidad de la norma defraudada; cuando se acude al orden público, lo que se-

hace es suspender la acción de la norma de colisión, que reconocía como normal la aplicación de su norma extranjera; protegiéndose en el primer supuesto el sistema normal de distribución de competencias y en el segundo se ha tenido que alterar, invocando una situación de emergencia y excepcionalidad.

Teniendo el fraude a la ley el siguiente alcance; en el Derecho internacional privado el fraude a la ley tiene un carácter represivo; la acción preventiva tiene que plantearse dentro de la política legislativa y se encuentra especialmente en la determinación del punto de conexión con la concreción de sus elementos característicos (el personal, el temporal, etc.), al ser el principio represivo, su acción debe ser reducida, y la doctrina ha convenido en considerarla como remedio in extremis, regla excepcional. Su valoración concreta dependerá después de la naturaleza de la relación, de los interesados implicados (esto implica la reserva de admitirlo cuando se trate de la nulidad de un matrimonio, de posibles efectos, una filiación, etc.).⁽⁴⁷⁾

Concluyendo: Primero.- Nos adherimos a la presente postura, ya que tiene razón en cuanto a los elementos esenciales del fraude a la ley. Segundo.- Logra hacer una correcta separación -- del fraude a la ley con el orden público. Tercero.- Ataca el problema fundamental por el que no existe una uniformidad respecto al fraude en el Derecho internacional privado.

⁽⁴⁷⁾ Derecho Internacional Privado. Volumen I, Tomo I, Mariano Aguilar Navarro. Parte Segunda, Facultad de Derecho Sección de Publicaciones, 1979. págs. 111 a 145.

Antonio Boggiano: Respecto al fraude a la ley señala, "El legislador de la norma de conflicto ordinariamente describe en el punto de conexión una situación objetiva y real, no artificialmente aparentada por las partes al solo fin de conseguir la aplicación del Derecho querido por ellas, escapando a la imposición del Derecho querido por el legislador."

Cuando el legislador somete la capacidad de una persona al Derecho de su domicilio, no quiere ordenar la aplicación del Derecho del país en el cual dicha persona aparentemente constituye su domicilio, porque no quiere que su capacidad se gobierne por el Derecho que él elige, contrariando la elección del legislador y evadiendo con ello el Derecho que el legislador quizo aplicar.

El fraude consiste en que se aparenta sometiendo a la elección del legislador, cuando en realidad se hace elección por las partes del Derecho aplicable.

Es claro que este fraude no cabe cuando el legislador permite libremente a las partes elegir al Derecho aplicable, pero cuando el legislador elige, las partes no pueden adularterar dicha elección mediante la creación artificial de los puntos de conexión.

Esto es tanto como desviarse realmente de la auténtica voluntad del legislador de una aparente adecuación a las palabras de la norma de conflicto. Si un argentino de dieciocho años constituye su domicilio en Italia y allí adquiere la mayoría de edad, luego no puede volver a la República con diecinueve -

años y alegar su mayoría en virtud del art. 139, C.C., si aquella "ida y vuelta" aparece sólo motivada por la intención de obtener la mayoría antes de los veintiun años, evadiendo así la ley argentina normalmente aplicable de no sobrevenir aquella radicación fraudulenta en el extranjero.

Los puntos de conexión que el legislador no estableció como negocios jurídicos de las partes no pueden ser instrumentados -- por ellas con el fin de convertirlos en elecciones del derecho aplicable realmente conseguidas.

En realidad, el fin del legislador quiere ser sustituido por el fin de las partes, pero guardando la apariencia de seguir el fin del legislador.

Se trata de una infidelidad voluntaria de las partes a la voluntad real del legislador, aquellas, que debieran ajustar sus conductas a lo que realmente ha querido ordenar el legislador, deliberadamente quieren aparecer obedeciendo al legislador siguiendo un mandato que éste nunca les ha dado en realidad.

Se pone de manifiesto la maniobra, apenas se compara lo que el legislador entendió por punto de conexión (interpretación subjetiva), y lo que las partes aparentaron hacer pasar por tal (infidelidad al legislador). Este es el punto más arduo de la teoría del fraude a la ley: la prueba de la intención fraudulenta de las partes.

Desde luego, la evidencia de la intención fraudulenta debe extraerse de la conducta exterior de las partes, las cuales obran aceleradamente.

La intención de las partes persigue la evasión de las normas - coactivas del Derecho normalmente competente, mediante la creación artificial de elementos extranjeros que conducirían al -- juez a la aplicación de un Derecho extranjero, la carga de la prueba del fraude incumbe a quien lo invoca.

Las partes pueden elegir el Derecho aplicable a un contrato si éste reviste carácter objetivamente internacional, las partes - no pueden crear artificialmente elementos de extranjería para evadir las normas coactivas del Derecho propio de un caso absolutamente interno. Otro tanto cabe afirmar respecto de las -- prórrogas de jurisdicción internacional en casos absolutamente internos, por lo cual el fraude a la ley provoca la ineficacia de las consecuencias fraudulentas perseguidas por las partes. Sólo a ellas alcanza, en definitiva, acreditado el fraude a la ley, se sanciona la evasión mediante la sumisión del acto a su Derecho propio.

Las partes quisieron sujetar el acto normalmente regido por el Derecho X. a otro Derecho Y, el legislador reacciona sancionando con la ineficacia la pretendida sumisión fraudulenta de las partes, el acto o hecho instrumental del fraude debe caer también. Así la nacionalidad obtenida con fines fraudulentos carece de validez, igualmente acaece con otros puntos de contacto artificiales. Son irreales, luego deben juzgarse como no - ocurridos. (48)

(48) Antonio Boggiano. Derecho internacional privado. Edición - delma Buenos Aires 1978. Págs. 136 a 140.

Werner Goldschmidt: Respecto al fraude a la ley nos dice: -- "Que el fraude a la ley consiste en que las partes convierten las características positivas del tipo legal, concebidas por el autor de la norma como meros acontecimientos o actos jurídicos, en negocios jurídicos, haciendo así aplicable un Derecho civil que difiere del Derecho civil coactivo aplicable con anterioridad a la descrita conversión".⁽⁴⁹⁾

Siendo actos jurídicos por ejemplo, el establecimiento del domicilio que se lleva a cabo conscientemente, pero no precisamente para fundar en aquel lugar la competencia de los tribunales, y pueden ser negocios jurídicos, o sea actos realizados con la intención de que se produzca determinado efecto jurídico cuya realización es decretada por el legislador precisamente en atención a aquella voluntad.

Por lo cual una persona actúa fraudulentamente convirtiendo lo que la norma indirecta proyectaba como acto jurídico en negocio jurídico.

Dando los siguientes ejemplos: En el siglo XIX se dieron varios casos de fraude a la ley en la jurisprudencia francesa antes de la reintroducción del divorcio vincular en 1884. En el caso Plasse y Chopin (S. de la "Chambre de Requetes", del 16 de diciembre de 1845) el marido francés, separado de su mujer por su propia culpa, se fue con su amante a Basilea, donde se nacionalizó, luego se divorció y, por último, se casó con aque

¹
(49) Obra citada.- Werner Goldschmidt. págs. 299 y 300.

lla. A continuación regresó a Francia. Después de la muerte de su segunda mujer, volvió a trasladarse a Suiza para casarse por tercera vez, regresando de nuevo en el acto a Francia. La "Chambre de Requetes", no reconoció el divorcio suizo.

En los matrimonios de "Klausenburgo" los austriacos separados de sus cónyuges se trasladaron a Hungría para divorciarse y -- volver a casarse.

"En los matrimonios de Fiume" los italianos se fueron al Estado libre de Fiume 1920 a 1924, con idéntica finalidad e idéntico resultado. En Norteamérica los cónyuges deseosos de divorcio suelen trasladarse a Reno (Nevada). Siendo un caso muy -- instructivo el caso alemán-letón Max Reinhardt, célebre director de teatro (V.S. del Tribunal Supremo letón de 30 de junio de 1932 en "Juristische Wochenschrift", 1932, ps. 3.844 a 3.846 con nota de Frankestein), Reinhardt, de nacionalidad checo y - domiciliado en Berlín, deseó divorciarse, si bien no pudo alegar una causa de divorcio con arreglo al Derecho checo o alemán. Por ese motivo pensó establecer un domicilio en Riga, -- puesto que en Letonia rige el principio domiciliario, por un - lado, y un Derecho de divorcio muy benigno, por el otro.

Reinhardt llegó a Riga el 7 de febrero de 1931. El mismo día celebró un contrato con la "Unión Teatral de Riga", a fin de - dar en los años 1931 a 1933 varias funciones teatrales.

El 8 de febrero Reinhardt alquiló un piso e hizo llegar algunos muebles a Riga. El 14 de febrero, una semana después de - la llegada, Reinhardt entabló demanda de divorcio que triunfó-

en todas las instancias.

Apreciándose en estos ejemplos claramente el fraude a la ley. Requisitos del fraude a la ley; nos señala sus dos elementos, - los cuales son: 1o) Objetivo; a) una característica positiva del tipo legal no concebida por el autor de la norma indirecta como negocio jurídico; b) actos exteriores (maniobras) de los interesados expresivos de su intención lograda de convertirla en tal; en este aspecto será de importancia decisiva la con- tracción temporal de los hechos; c) diferencia entre el Derecho civil aplicable después de las maniobras y el Derecho coac- tivo aplicable con anterioridad a las mismas. 2o) en sentido - Subjetivo, la intención o el conocimiento referente a los re- quisitos B9 y C0, o sea la intención de hacer deliberadamente aplicable mediante maniobras apropiadas un Derecho civil favo- rable que sin las mismas no lo habrían sido, existiendo el re- quisito subjetivo sólo en el campo del Derecho material. Existiendo los requisitos objetivos únicamente en el Derecho - procesal.

Efectos de la prohibición del fraude a la ley: La existencia - del fraude a la ley produce el efecto de su propia ineficacia - la norma indirecta resulta inaplicable a los hechos artificial- mente creados; pero ella queda aplicable a los hechos reales. La declaración de ineficacia posee, por lo demás, los efectos - que el Derecho Procesal, Derecho Administrativo, etc., le atri- buyen. Si por ejemplo en un proceso sobre sucesión se niega -

que un pretendiente a la herencia haya estado casado con el -- "de cuyus", por haber sido el matrimonio fraudulento, la cosa juzgada no se refiere a la nulidad del matrimonio que es meramente un "elemento de sentencia" sino exclusivamente al Derecho sucesorio. Para lograr una sentencia anulatoria del matrimonio haría falta un proceso especial. Si en otro caso se declara la nulidad de un matrimonio por adquisición fraudulenta de una nacionalidad la cosa juzgada no se refiere a la nulidad de la nueva ciudadanía para conseguir su anulación haría falta adaptarse a las disposiciones correspondientes del Derecho de aquel país cuya nacionalidad se había adquirido fraudulentamente y las cuales tal vez denieguen la posibilidad de anular -- una nacionalidad concedida o quizá la concedan por la vía de -- un proceso contencioso administrativo.

Comparación del fraude a la ley con conceptos afines:

Fraude a la ley y abuso de derecho:

El abuso de Derecho consiste o en hacer uso de una facultad legal con el exclusivo fin de perjudicar a alguien (concepción moral del abuso de derecho) o en hacer uso de una facultad legal con diverso fin que el fin social establecido por el legislador (concepción social del abuso de Derecho).

El fraude a la ley implica un abuso de Derecho (en sentido social); pero ello no agota su actividad, ya que dicho abuso no es sino un medio para atacar el fin social de otras dos normas (diferentes de la que concede la facultad abusada); el de la norma indirecta y el del Derecho civil coactivo eliminado.

Fraude a la ley y simulación:

La simulación es una especie de fraude a la ley, más exactamente; aquel fraude en el que medio y fin son contradictorios.

Si se vende simuladamente a bajo precio para ahorrar impuestos, mientras que el precio real es más alto; o si se dona simuladamente para disimular una venta o viceversa, el medio negocio - simulado y el fin negocio disimulado se excluyen mutuamente -- además el fraude puede ser unilateral, mientras que la simulación es siempre bilateral. Si fuera unilateral se tornaría en "reservatio mentalis" con distintos efectos jurídicos.

Fraude a la ley y orden público:

La prohibición del fraude a la ley constituye la característica negativa general del tipo legal de cualquier norma jurídica; - el orden público en cambio, constituye la característica negativa general de la consecuencia jurídica de la norma indirecta. En efecto, el fraude a la ley existe y se sanciona en cualquier rama jurídica, tanto en el Derecho público, como en el Derecho interno, así como en el Derecho internacional privado.

El orden público se da en cambio, sólo en el Derecho internacional privado, puesto que supone la aplicabilidad de un Derecho extranjero.

Además, la prohibición del fraude a la ley contiene un juicio de desvalor respecto a la conducta de las partes, mientras que el orden público implica un juicio de desvalor concerniente al Derecho extranjero.

La prohibición del fraude a la ley defiende Derecho internacio

nal privado y Derecho privado coactivo; el orden público en -- cambio, defiende sólo Derecho privado coactivo.

Respecto al fraude a la ley en los Tratados Internacionales no conocemos tratados que tratan del fraude a la ley en el Dere-- cho internacional privado, no obstante, merecen mención las -- disposiciones de la declaración de Londres de 1909, la cual, - por cierto, no fue ratificada, sobre la enajenación de un bar-- co mercante particular de un país beligerante a un súbdito de-- un país neutral; o caso análogo respecto a mercancías.

Algunos tratados sobre Derecho internacional privado propiame-- te dicho contienen, en cambio, el deseo de evitar un fraude a-- la ley, si bien no recogen una fórmula subjetiva sino que le - dan una tipificación objetiva.

A este efecto mencionamos el Convenio de la Haya sobre divor-- cio y separación que aplica la actual ley nacional (art. I) pe-- ro no admite el divorcio o la separación, si la causa en que -- se basa, se ha realizado en un momento en el que los cónyuges-- tenían otra nacionalidad, no atribuyéndose en su antiguo Dere-- cho nacional a dicha causa el efecto jurídico de fundar el di-- vorcio o la separación (art. 4).

También merece mención el Convenio de la Haya sobre las rela-- ciones personales y patrimoniales que, en su art. 2, par. 2 es-- tablece el principio de la invariabilidad del régimen patrimo-- nial, evidentemente a fin de evitar que el marido, por cambiar de nacionalidad, empeore la situación económica de la mujer.

Por las mismas razones lo sancionan el Tratado de C. C. Int.,- de Montevideo (arts. 41 a 43). Este mismo Tratado intenta descartar el fraude a la ley en materia de divorcio al declarar - que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró (art. 13, inc. b).

El proyecto del Código Europeo de Derecho internacional privado de Frankenstein da, en cambio, una reglamentación general -- del fraude a la ley:

"La excepción del fraude a la ley no se admite sino en los casos expresamente previstos en este Código" (art. 17, par. 2).

Esta regla general es completada por disposiciones especiales. En materia de tratados la pulcra distinción entre el orden público y el fraude a la ley cobra considerable importancia, el art. 4 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 permite a las partes contratantes invocar su orden público en contra de sus preceptos. Como el fraude a la ley es distinto del orden público, las partes no lo pueden alegar basándose en el art. 4 del Protocolo.

Otro problema diferente es si pueden aducirlo por otras razones, en este orden de ideas cabe estatuir que la expresa mención del orden público demuestra que las partes han querido -- eliminar dentro de lo posible el chauvinismo jurídico. Por lo que cabe hacer a la prohibición del fraude a la ley propia o a la extranjera. (50)

(50) Obra citada.- Goldschmidt W. pág. 300.

Adolfo Miaja de la Muela. No considera el fraude a la ley como un concepto peculiar del Derecho internacional privado, sino que éste fué ya conocido antiguamente en el ordenamiento interno, especialmente dentro del Derecho romano, cuyo carácter-excesivamente formalista, se prestaba a habilidosas combinaciones mediante las cuales era infringido el espíritu de la ley, mientras que su letra había sido cumplida por lo cual con las amplias facultades del pretor, le permitieron a éste anular este tipo de negocios jurídicos, al igual que aquellos otros en que la letra del concepto legal había sido violada.

Radizando la esencia del fraude, en obtener un resultado por un camino directo o indirecto.

Dando la siguiente definición de fraude: "El fraude consiste en la realización de un acto lícito o más frecuentemente dos o más actos para la consecución de un resultado antijurídico. Es un medio de vulnerar leyes imperativas, lo que le aproxima a otros procedimientos, tales como el dolo civil, la simulación y el fraude de acreedores, de los cuales la técnica jurídica ha llegado a aislarlo". (51)

Siendo el Derecho internacional privado un campo apropiado para este tipo de actos fraudulentos, como la regulación de ciertos negocios jurídicos sobre todo en los que afecta a su posibilidad de conclusión, depende de un punto de conexión, y cuando éste es variable, tal como la nacionalidad o el domicilio -

(51) Obra citada.- Miaja de la Muela Adolfo. pág. 378.

de quien pretende realizar el acto, el cambio del punto de conexión ofrece la posibilidad jurídica de actos vedados por el Derecho del país, al que el interesado estaba antes conectado, por lo cual ante una conexión fraudulenta cabría una prevención y una sanción, la primera en el país en que el acto fraudulento va a realizarse, en virtud de la especial calidad de la persona antes conectada con una legislación prohibitiva de aquel acto, aunque éste sea lícito, ahí donde va a ser realizado para quienes siempre han sido sus nacionales y por lo que hace al segundo, en el país de cuyo ordenamiento jurídico se evadió el interesado en el negocio fraudulento, es el que puede tener interés más tarde en declararlo nulo.

Por lo cual más que atender a la declaración de validez de la maniobra fraudulenta opera la negación de la autonomía de la excepción del fraude a la ley.

Siendo el fraude a la ley en realidad un supuesto particular del orden público, ya que ambos tienen por finalidad, el conservar la absoluta imperatividad de ciertas leyes materiales del foro cuando falta, el mínimo de equivalencia entre las instituciones de diversos países, y ofrece el peligro común de una aplicación exorbitante por parte de los tribunales, pues el orden público y el fraude a la ley poseen un elemento común y otro diferencial, siendo el elemento común el actuar como característica negativa de la norma de conflicto, pero el fraude a la ley, es de tipo legal, y el orden público de las consecuencias jurídicas, en cuanto a su efecto éste es idéntico;

descartar la aplicación de la norma extranjera competente por la regla de conflicto.

Siendo oponible en todos los Estados, el orden público y no el fraude a las reglas de conflicto, por lo cual la admisión de esta excepción y la fijación de sus efectos, por lo que analizado este concepto y aplicado en el Derecho internacional privado, resulta inconsistente como superfluo. (52)

Discrepamos con Adolfo Miaja de la Muela, autor a estudio, ya que: Primero.- Su concepto no reúne los requisitos de Derecho internacional privado. Segundo.- Existe en su apreciación plena autonomía entre el fraude a la ley y el orden público, con lo que nos encontramos completamente de acuerdo. Tercero. Sus efectos del fraude a la ley así como sus elementos están perfectamente delineados, siendo considerada como figura autónoma dentro del conflicto de leyes.

Niboyet J. P. Principal representante de la doctrina francesa, respecto al fraude a la ley, comenta que es una figura nueva, diferente que gracias a ella pueden obtenerse resultados que no podríamos alcanzar sin recurrir a la misma.

Teniendo origen esta figura, con las naturalizaciones fraudulentas.

Hay que dar por supuesto que un individuo, fraudulentamente, -

(52) Derecho Internacional Privado. Tomo I, Miaja de la Muela - Adolfo, Madrid, 1969. Editorial Atlas. págs. 377 a 389.

ha conseguido colocarse en una situación tal, que puede invocar las ventajas de una ley extranjera, a la cual, normalmente, no podría recurrir, citando un ejemplo, en el cual dos cónyuges que por pertenecer a un país donde no se admite el divorcio, se naturalizan en otro país que lo admite. Obtenida la naturalización y una vez logrado el divorcio, invocan su nueva situación, principalmente en su antiguo país. ¿Habrá que aceptar en este país la competencia de la nueva ley nacional?.

La noción del fraude a la ley 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 de su elección únicamente para divorciarse.

La noción de fraude a la ley debe aplicarse a todos aquellos casos de cualquier clase que sea, en que un individuo pueda invocar una ley extranjera y una vez cometido el fraude, sea cual fuere la materia a que se refiera, se trata pues de un remedio necesario para no aplicar la ley extranjera que normalmente debería intervenir; dando a manera de ejemplo, una naturalización, ya que el divorcio está sometido en las relaciones internacionales, a la ley nacional de los cónyuges, por lo tanto dos cónyuges españoles, después de naturalizarse en Francia, podrían así divorciarse, puesto que la ley francesa se lo permite. La noción de fraude a la ley, va a permitir que a dichos individuos no se les aplique la ley francesa, que es, en caso normal la ley competente.

Distinguiendo dos casos de dicho ejemplo: 1.- Un español se naturaliza en Francia, sin fraude; es evidente que a partir de ese momento, dicho individuo estará sometido a la ley francesa, incluso en España, en donde en un momento dado sería la ley -- competente. 2.- Un español se naturaliza en Francia, con la intención de defraudar la ley, en este caso se le podrá negar en España para su estatuto personal, la aplicación de la ley francesa, que es la ley normalmente aplicable. La noción del fraude, nos proporcionará un remedio, pues si se aplicase en este caso la ley francesa, se presentaría en España una violación a sus leyes, cometida por todos aquellos que se naturalicen en Francia, con el exclusivo propósito de divorciarse y -- burlar así la ley española. Disponemos pues de un remedio, -- con el que los cónyuges no podrán ejecutar sus pretensiones de hacer válida esta situación en España.

Dando la siguiente definición del fraude a la ley "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". (53)

Al comparar el fraude a la ley con el orden público, nos dice: que encuentra cierta relación entre la noción del fraude a la ley y el orden público, siendo el orden público un remedio pa-

(53) Obra citada.- Niboyet J.P. página 441.

ra no aplicar una ley extranjera que, en caso normal sería com
petente en sus dos aspectos: 1.- En el aspecto jurídico, en De
recho la ley extranjera es inconciliable con el orden público,
2.- En el aspecto de hecho, el cual en ciertos casos concretos
no puede ser determinado de antemano la aplicación de la ley -
extranjera inconciliable con el orden público.

Al hablar de fraude a la ley, el caso es distinto, ya que la -
ley extranjera, en si no quebranta en modo alguno el orden pú-
blico de otro país. Siendo el fraude a la ley una noción des-
tinada a sancionar en las relaciones internacionales, abstrac-
ción hecha de toda cuestión de orden público. Apareciéndose --
aquí la verdadera naturaleza del fraude a la ley, ya que es un
remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay-
que evitar que en las relaciones internacionales, la ley impe-
rativa se convierta en facultativa; la noción del fraude a la-
ley debe impedir igualmente la aplicación de la ley extranjera,
con la cual se evita la imperatividad de la ley nacional.

Siendo necesario que exista un fraude, el cual no se entiende-
como en Derecho interno, el cual tiene como finalidad a través
de la intención de causar un perjuicio, entendiéndose el frau-
de a la ley en el Derecho internacional privado, el sustraerse
mediante hábiles manejos, a la acción de una ley que le sea --
contraria sometiéndose para ello, al imperio de una ley más to
lerante, por lo cual el fraude consiste en la intención, es de
cir la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición
que prohíbe realizar el acto proyectado, siendo una intención-

que no va acompañada con el propósito de causar perjuicio a un tercero, sino tan sólo de no respetar la ley.

Siendo la principal característica de este fraude, la ausencia total a veces de sinceridad en las circunstancias de las cuales se invoca el beneficio de la ley extranjera, por lo cual Niboyet atiende principalmente, no al resultado obtenido, sino al grado de imputabilidad, a la medida con arreglo a la cual se ha intentado burlar la ley.

Estableciendo que el elemento psicológico es lo que habrá de tener en cuenta principalmente siendo el encargado de apreciar lo el juez.

Señalando algunas materias en las cuales se da el fraude a la ley en el Derecho internacional privado:

Naturalizaciones fraudulentas; las cuales consisten principalmente en matrimonios cuando la ley de su país les prohíbe el divorcio, por lo cual adoptan voluntariamente otra nacionalidad como un remedio, con el único propósito de violar la ley interna que debieron respetar.

Cambios fraudulentos de domicilio; se dan al colocarse temporalmente bajo el imperio de una nueva ley más liberal, y una vez obtenido el fin por el cual se adoptó, regresan a su país de origen no siendo sincero en sus actos realizados.

Cambio fraudulento de religión; se realiza con el fin de escapar de las consecuencias civiles de una ley.

Forma de los actos; los cuales mediante restricciones de una norma jurídica, escapan a ésta, para celebrarlos en un país ex

tranjero, el cual no restringe ciertos actos.

Al ser el fraude a la ley un remedio, es preciso que éste sea necesario, es decir que no se ha de recurrir al mismo más que en el caso de que no se disponga de ningún otro remedio.

Por último distingue los efectos del fraude a la ley, respecto al país víctima del fraude, al cual no causa ningún efecto ya que ha dejado de ser nacional, del país cuya ley se invoca a consecuencia del fraude, siendo esta ley válida para el evasor, y por lo que hace a los terceros países, dependerá siempre de que A.- Los países terceros aceptarán aquella de las leyes -- que armonicen con su propia noción de orden público. B.- El juez del tercer país deberá respetar la ley imperativa violada, ya que ésta sería la ley competente. (54)

Victor N. Romero del Prado: Al respecto nuestro autor a estudio indica sobre el fraude a la ley; "Que al admitirse esta figura del Derecho internacional privado, trae como consecuencia la invalidez del acto celebrado, y que esta situación es aceptada en Bélgica, Austria, Italia, etc., y por tratadistas como Pillet, Valéry, etc., pronunciándose en contra entre otros, Savigny, Von Bar, Audinet, Weiss, Diena, Anzilotti, etcétera". Según el último tratadista, la competencia de la ley que debe resolver los conflictos, se vincula a ciertos elementos que dependen más o menos de la voluntad de los individuos, como son la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el lugar de la celebración del contrato, el lugar de su ejecución, el lugar -

(54) Obra cit. Niboyet J. P. págs. 439 y subs.

donde debe establecerse la acción, el lugar de la situación de la cosa, etc.. Ahora, en cuanto a la aplicación de una o de otra ley depende de elementos que se relacionan con la voluntad del individuo, es imposible jurídicamente la existencia del fraude a la ley, toda vez que sea seguida la ley cuya competencia está determinada por un acto de la voluntad individual. Por ejemplo, cuando se trata de la forma externa de los actos, la aplicación de la ley del lugar de la celebración, depende de la voluntad, por lo que no puede hablarse de acto fraudulento, cuando esa forma está de acuerdo con la ley del lugar donde se celebra.

Si la competencia de la ley de un país, por ejemplo, la competencia de la ley inglesa, depende que el individuo es nacional de ese país, y si un portugués, para quedar sujeto a la ley del mismo país se naturaliza inglés, es claro que la competencia de tal ley debe depender de que la naturalización sea jurídicamente existente. Si no acontece así, ya que no se han respetado las prescripciones legales que regulan la naturalización, ya porque no ha existido una voluntad sincera y seria de cambiar de nacionalidad, la ley competente continúa siendo la portuguesa y es en presencia de esta ley que deben ser apreciados los actos jurídicos de un ciudadano portugués que sólo ficticiamente se naturalizó en Inglaterra, en este último caso la competencia de la ley se vincula a un antecedente o elemento — la nacionalidad— respecto del cual la libertad del individuo está más o menos regulada por normas jurídicas. El cambio

de nacionalidad posibilita un contraste entre los actos del individuo y el orden jurídico que consiste en que el individuo procura determinar la aplicación de una nueva ley nacional sin que subsistan las condiciones de su aplicación. Por ello, la libertad no es absoluta como en el primer caso, y entonces ante esta situación, estos dos autores citados inicialmente, admiten el fraude a la ley.

Si la naturalización fue jurídicamente inatacable, será también inatacable la competencia de la nueva ley personal nacional y deben considerarse jurídicamente eficaces los actos celebrados en armonía con esa ley, cuando deban ser regulados por la nacional. Si la naturalización fue jurídicamente insubsistente, también es insubsistente la competencia de la ley del país de naturalización para regular los actos que deben ser regidos por la ley nacional, debiendo los mismos ser apreciados por la ley del país de origen. Así, si un portugués se naturaliza inglés y después de la naturalización dispone por testamento de todos sus bienes teniendo descendientes o ascendientes, el testamento será válido si la naturalización fue jurídicamente subsistente, o deberá la disposición testamentaria ser reducida a la cuota disponible del testador, si la naturalización debe considerarse jurídicamente insubsistente o sin valor. O la naturalización es válida, y entonces la ley competente para regular el acto, en la hipótesis del testamento, es indiscutiblemente la ley del Estado de la naturalización y no puede

decirse que hubo fraude a la ley del Estado de origen, o la na turalización es nula, sin valor, y entonces la ley del Estado de naturalización es incompetente para regular el acto, y la competencia continúa perteneciendo a la ley del Estado de origen.

La existencia o no del fraude a la ley será así una cuestión de hecho, que el tribunal apreciara investigando si el interesado quiso seriamente o sólo aparentemente ser ciudadano del Estado de naturalización.

Victor N. Romero del Prado, en su libro de Derecho Internacional Privado, nos indica que para otros autores entre los cuales cita a Bartin, la noción del fraude a la ley va incluida en el orden público: dos cónyuges italianos se naturalizan en Francia para poder divorciarse y lo hacen en Francia, regresando a Italia. No debe aplicarse la ley extranjera francesa que permite el divorcio ad-vinculum en Italia por ser inconciliable con su orden público en esa hipótesis y que sancionan la indisolubilidad del vínculo. También se pronuncia por su admisión razonando, de que con ello se logra hacer respetar las leyes imperativas; así, la ley que prohíbe estipular en un contrato una cosa determinada, ha sido dictada por el legislador por ser necesaria; ésta es la razón por la cual se le ha dado un carácter imperativo. No es posible concebir que esta acción imperativa de la ley quede a la merced de aquellos mismos a quienes debía ligar, los cuales no han tenido idea más apremiante que la de ver el modo de librarse de ella. La autonoo-

mía de la voluntad no llega hasta ahí. Esta exportación fraudulenta del Derecho necesita una sanción.

Otro ejemplo que expone Victor N. Romero del Prado, es cuando se prohíbe que salgan de España determinados productos, se establece una barrera aduanera para hacer eficaz esta prohibición. En el caso que nos ocupa, hace falta también un obstáculo; y como de hecho no debe impedirse que los interesados, al trasladarse a un país extranjero, se coloquen bajo el imperio de tal o cual ley más favorable, hay que recurrir a un procedimiento excepcional, habrá que establecer una diferencia entre los individuos que celebran un contrato en país extranjero sin doble intención y aquellos otros que lo hacen con propósito de defraudar la ley, y no en condiciones normales. Por lo que habrá que distinguir a los individuos que se naturalizan en el país extranjero sin doble intención y aquellos otros que lo hacen con el propósito de fraude y únicamente para divorciarse. Razonando el autor a estudio un poco acerca de este ejemplo, se advierte que la ley acerca de la indisolubilidad del matrimonio, que es una ley imperativa, debe tener una doble sanción: 1.- Interna; los nacionales no podrán obtener el divorcio ante los tribunales de su país.- 2.- Internacional: si para liberarse de dicha indisolubilidad, obtienen el divorcio gracias a la aplicación de una legislación distinta, es preciso, no obstante, que la ley del país que prohíbe el divorcio conserve toda su fuerza prohibitiva. Estas condiciones permiten precisar la verdadera naturaleza de la noción del fraude a la ley, ya -

que es un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que, en las relaciones internacionales, la ley imperativa se convierta en facultativa. Se trata, pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente debiera intervenir.

El problema del fraude a la ley, consiste en eludir la aplicación de la ley normalmente competente para regir una relación-jurídica buscándose que sea otra la que se aplique para no someterse así a la primera, por lo que se está en esta situación ante el fraude a la ley en el Derecho internacional privado.

Las leyes pueden establecer ciertas prohibiciones o establecer ciertos requisitos formales, que se quieren eludir realizándose los actos en otros países donde no existen tales prohibiciones ni tales o cuales requisitos formales. Los actos realizados en estos últimos ¿son válidos en el primer país cuyas leyes se elude cumplirlas?.

Romero del Prado, manifiesta que el fraude a la ley se puede dar en diversas formas, como en las naturalizaciones fraudulentas, los cambios de domicilio fraudulentos, así como los cambios fraudulentos de religión, etc., conforme a la noción enunciada oportunamente, pero en definitiva este autor se pronuncia en contra de la admisión del fraude a la ley, ya que considera que es muy difícil la prueba de la intención fraudulenta del sujeto evasor de una norma de carácter imperativo, y que sería peligroso dejar su determinación al soberano arbitrio judicial.

Por todo lo anterior Romero del Prado, señala que el artículo-2o. de la ley del matrimonio civil, del Código Civil Argentino, expresamente rechaza el fraude a la ley, al disponer que la validez del matrimonio será regida por la ley del lugar de su celebración aun cuando los contrayentes hubiesen abandonado el territorio de la República Argentina, para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen. (55)

José Yanguas Messia.- No proporciona una definición, sino señala que "El fraude a la ley en el Derecho internacional privado, persigue la evasión de una norma imperativa del Derecho interno, mediante la utilización de una norma de conflicto que permita la aplicación de un Derecho material extranjero". (56)

Basandose para ello, en la siguiente doctrina, a.- la doctrina objetiva mira sólo el elemento material, y considera al fraude como una violación indirecta de la ley, b.- la subjetiva lo caracteriza por la voluntad culposa del agente y c.- la mixta, la cual exige para que el fraude exista se necesita la concurrencia de los factores material e intencional, doctrina con la que concuerda nuestro tratadista, ya que su noción exacta del fraude a la ley requiere, en efecto la concurrencia del factor objetivo y del subjetivo, o lo que es lo mismo, exige - a) El corpus, esto es la efectiva realización de actos aislada^{mente} válidos pero que en su conjunto, llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley y b) El animus siendo la

(55) Obra citada.- Victor N. Romero del Prado. págs. 632 a 646.

(56) Obra citada.- José Yanguas Messia. Pág. 373

intención que mueve al agente a realizarlos, con el deliberado propósito de sustraerse a la norma que se lo vedó, "refugiándose" tras el texto de la ley para violarla en su espíritu.

El realizador del fraude a la ley en el 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. Y para lograr su propósito, se dispone a substituir la vigencia de las normas en cuestión, por la 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.

Hay, pues en la gestación mental del fraude una primera fase de comparación, entre dos Derechos sustantivos; el propio del que huye y el extranjero al que se acude. Una vez elegido el Derecho material extranjero, apto al fin que se persigue, viene ya la fase de realización consistente en un viaje de ida y vuelta, de la relación jurídica cuyo billete es el punto de conexión contenido en la norma de conflicto, ya que si esta norma declara que la ley nacional regula las relaciones jurídicas de orden personal, familiar o sucesorio, bastará al infractor con naturalizarse en aquel país para lograr ahí lo que en el suyo no le era factible y retornar luego al de origen, con el intento de convalidar lo conseguido fuera.

El punto de conexión que en este caso se utiliza es la nacionalidad; caso el más frecuente en Europa, como en América lo es-

el domicilio. Otras veces, el punto de conexión puede serlo -- el lugar de celebración del acto, que se traslada a extraño -- país para no observar una forma solemne preceptiva en el pro-- pio o el lugar de situación de una cosa mueble que se transpor-- ta a territorio de otro Estado para liberarse, por ejemplo, el acreedor de un contrato de prenda, si su crédito no ha sido sa-- tisfecho, del cumplimiento de determinadas garantías en caso -- de proceder a la enajenación de la cosa, o el lugar de consti-- tución de una sociedad nacional, hecho, que se realiza en el -- extranjero, con fines de evasión fiscal.

Siendo el mecanismo del fraude de ley en Derecho internacional privado, substancialmente, siempre el mismo. Se reduce a bur-- lar un precepto imperativo del Derecho interno, mediante un -- uso artificial de la norma de conflicto.

El concepto del fraude no podría, en efecto, mantenerse si la-- autonomía de la voluntad fuese absoluta; pero no lo es. Ha de moverse dentro de los límites imperativos y prohibitivos fija-- dos por la ley. Y el fraude consiste, precisamente, en la de-- liberada aunque sinuosa transgresión de esos límites, más allá de los cuales, el acto humano ya no es lícito y deja de tener-- validez legal.

En cuanto a su prevención y sanción del fraude, no forman por-- su naturaleza parte de una teoría general, y su concreta deter-- minación corresponde a los diversos ordenamientos jurídicos na-- cionales.

No siendo en principio necesario para impedir o desbaratar el fraude, la anulación de todos y cada uno de los actos que constitúan la trama y engranaje del artificio ideado y puesto en práctica por el evasor fraudulento. Bastará con una de estas cosas, o negar validez al trueque del punto de conexión -- (por ejemplo el cambio de nacionalidad), que sirve de base para trasplantar artificialmente al campo del Derecho internacional privado lo que en realidad es una relación de Derecho interno; o negar reconocimiento de efectos legales al acto realizado o a la sentencia obtenida en el extranjero, como remate de la maquinación con que el autor del fraude persigue burlar un precepto imperativo de la ley a que está sujeto.

Respecto al fraude de ley y orden público internacional, señala que son semejantes, en cuanto ambos conceptos son excepciones al principio de comunidad entre los Estados, se diferencian en que la naturaleza del fraude admite la posibilidad jurídica, aun cuando de hecho no se produzca, de que su sanción se extienda a los infractores de normas imperativas de la ley del juez o de una ley extranjera, mientras que el orden público internacional sólo puede regir por su peculiar naturaleza misma, en relación a la lex fori. Semejantes también ambas figuras en su actitud defensiva, frente a una pretendida importación de situaciones jurídicas creadas en el extranjero, se diferencian en que la del orden público nació fuera, mientras -- que la del fraude arrancó de dentro para en una u otra forma, adquirir carta de naturaleza extranjera y, con esa falsa eti--

queta, repatriarse al verdadero lugar de origen por último semejantes los dos conceptos que comparamos, en constituir violación indirecta de normas imperativas sustanciales de la lex fori, se diferencian en que el fraude ha de ir acompañado del animus, y el orden público no, por lo que, un caso de fraude, puede al propio tiempo serlo de orden público, pero no a la inversa, ya que le faltaría el elemento intencional.

Señalando por último la diferencia del fraude de ley, con figuras análogas, que varios tratadistas han confundido con el fraude: La simulación de hecho; consiste en fingir que un determinado acto o contrato fue realizado en el extranjero, cuando en realidad se hizo en el propio territorio nacional, para de aquel hecho falso deducir consecuencias aparentemente análogas al fraude de ley en el Derecho internacional privado, a lo cual no procede aplicarle la calificación de fraude porque la simulación, no llegó a tener efectividad más allá de sus fronteras, ni pudo por tanto crear un problema que excediera de la órbita puramente interna dentro de la cual se desarrolló, sin alcanzar una realidad jurídica, ni siquiera física en el orden internacional privado.

El abuso de Derecho, es uno de los conceptos más imprecisos y discutidos en la ciencia jurídica, por lo cual sin entrar de lleno en el tema, baste con señalar que la propia palabra abuso indica ya el uso anormal o excesivo de un Derecho reconocido por el legislador, con un fin que resulta desnaturalizado o desorbitado por el ejercicio que de él hace el titular.

Aplicado a nuestro objeto el uso desordenado afectaría el ejercicio de derechos que se deriven de las normas de Derecho internacional privado, con la aplicación desviada del objeto para que se dictaron, y con el propósito de eludir una disposición imperativa de la legislación competente, acogiéndose al amparo de aquellas normas de colisión a una legislación extranjera.

Por lo cual para distinguir el abuso de Derecho del fraude de ley, el primero implica la lesión de un interés privado, en tanto que el segundo, mira casi siempre a proteger al autor del fraude contra si mismo o a defender el interés social, ya que, si se lesiona un interés privado, bastaría con aplicar otra regla, respecto a los derechos adquiridos.

Por lo que concluimos:

El realizador del fraude de ley en el 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. Estando totalmente de acuerdo con la presente doctrina, por su claridad jurídica. (57)

(57) Obra cit. José Yanguas Messia, págs. 371 a 383.

CAPITULO TERCERO

LA CASUISTICA DEL FRAUDE A LA LEY

1.- EL FRAUDE A LA LEY EN MATERIA DE NACIONALIDAD

Al llegar al presente capítulo, en el cual nos proponemos estudiar sobre las materias donde se da el fraude a la ley, por lo que iniciaremos por las naturalizaciones llamadas fraudulentas, que han tenido lugar en numerosos países, el caso más concreto y conocido por la calidad de las personas que intervinieron, - es el de la princesa Bauffremont, ya expuesto en la introducción de esta tesis, caso en el cual los elementos de hecho son evidentes, como la intención de violar una ley imperativa que regía a los cónyuges Bauffremont, no había sinceridad en el -- cambio de nacionalidad que realiza la citada princesa.

Años más tarde, el tribunal de París, en fecha 30 de junio de 1887, conoció de otro caso de naturalización fraudulenta con - el mismo fin de obtener el divorcio, en una época en que éste no existía en Francia; los cónyuges se habían casado en 1864 y se separaron legalmente en 1866, pues como deseaban divorciarse, adquirieron la nacionalidad Suiza, en el cantón de Schaffouse; la divorciada volvía a casarse unos meses después, planteándose la cuestión de la validez de su segundo matrimonio. El tribunal francés decidió, que los cónyuges solicitaron la nacionalidad Suiza y obtuvieron el divorcio en virtud de una acción - concertada entre ellos, con el fin de sustraerse de la ley - - francesa, que establecía la indisolubilidad del vínculo conyugal, que ni el uno, ni el otro adquirieron la nacionalidad Suiza con el fin de ejercitar y cumplir los derechos y deberes a ella inherentes. Había pues aquí, falta de sinceridad e inten

ción de escapar de común acuerdo a la ley que les regía imperativamente; siendo este problema planteado igualmente en otros países, por ejemplo en Italia, el tribunal de Génova solucionó en la misma forma el litigio acerca de un caso de nacionalidad, consistiendo el asunto, en que el interesado estaba enemistado con algunos miembros de su familia, sabía que, continuando -- siendo italiano sus bienes tendrían que ser heredados por dichos individuos y que el testamento que hiciese sería nulo, -- creyendo poder burlar esta disposición, el defraudador de la ley adquirió la nacionalidad austríaca, fallando el tribunal de Génova en contra de dicho individuo.

Dentro de las naturalizaciones fraudulentas, se puede citar -- también el caso de los matrimonios transylvánicos, tratándose de húngaros, austríacos, o franceses más comúnmente, quienes -- se trasladaban a Transylvania para que se le concediera mediante ciertos requisitos legales, como naturales del país, lo -- cual significaba para ellos la posibilidad de divorciarse, posibilidad no reconocida en particular por la legislación austriaca, húngara y francesa; la validez de los divorcios obtenidos en tal forma y seguidos de nuevos matrimonios, por lo que todos los países citados, a través de sus tribunales respectivos, anularon los divorcios declarando, que habían sido acompañados de la intención fraudulenta de burlar las imperativas -- disposiciones de la ley. (58)

(58) Obra citada, Niboyet J. P. págs. 448 a 450.

Lo mismo ocurrió después de la guerra de 1914 a 1918, la cual se originó en la ciudad de Fuime al ser establecida en ciudad libre hasta su anexión a Italia en 1924; en dicha ciudad se -- acordaba liberalmente el Derecho a los extranjeros y se admi-- tía el divorcio, fue así que numerosos italianos se establecie ron en ella para divorciarse y en seguida contraer nuevas nup-- cias.

Otro suceso ocurrido en Francia, en donde se le declara a un individuo la incapacidad por prodigalidad, este francés se naturalizó inglés, donde se ignora la incapacidad que le afecta ba y donde no se admite ésta, por las nuevas leyes inglesas, -- las que se invocan para sustraerse de la incapacidad declarada en Francia, los tribunales de ese país, se pronunciaron en el -- sentido de haberse realizado una naturalización fraudulenta -- sin valor en Francia.

Otro caso de naturalización fraudulenta, fue el que se realizó para eludir el cumplimiento del servicio militar francés; un -- sujeto se naturaliza en otro país en donde no existe la obliga -- ción de prestarlo, el cambio realizado de nacionalidad con ese fin, se resolvió ante los tribunales, no teniendo valor alguno, que el francés se haya sustraído de sus leyes, para no cumplir con su servicio militar.

En este ejemplo una persona, demanda el reconocimiento de la -- filiación natural, súbdito de un Estado cuya ley prohíbe la in -- vestigación de paternidad natural, se naturaliza en Francia pa -- ra invocar las leyes de ese país que lo permite; ejemplificán--

dose nuevamente la figura de fraude a la ley.

2.- EL FRAUDE A LA LEY EN MATERIA DE DOMICILIO.

Otro de los campos en donde se da el fraude a la ley es en materia de domicilio; dentro de nuestra legislación, precisamente en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, dentro del Título Tercero, nos dice del domicilio en el artículo 29,- que: "El domicilio de una persona física es el lugar en que reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, en el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro en el lugar en que se halle". (59)

Por su parte el artículo 31.- dice: "El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley le fije su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente". (60)

Sobre los cambios fraudulentos de domicilio, citemos de Niboyet los siguientes:

La costumbre de Normandía prohíbe en absoluto a los cónyuges - contraer matrimonio bajo el régimen de comunidad de bienes; -- por lo cual algunos cónyuges domiciliados en Normandía, se -- trasladan a París, donde fijan su domicilio, regresando después a Normandía.

En el mecanismo del fraude a la ley, Froland, que examina esta cuestión, nos dice que fue discutida en la Conferencia de Abogados de París, en la cual sostuvieron algunos la validez de -

(59) Ordenamiento citado, pág. 15.

(60) Idem. pág. 16.

dicha estipulación, mientras que otros oponían de relieve el fraude cometido por los cónyuges, esta última era la opinión de Froland, el cual argumentaba que no por pasar furtivamente de una comarca a otra, se dejaba de estar sometido a la ley -- del domicilio.

Hay que establecer una distinción entre los normandos que se trasladaban a París, indudablemente existía en este caso, empleando las mismas palabras de Froland, fraude a la ley del domicilio, terminando dicho autor con una frase todavía actual: "Estos cónyuges son dos rebeldes que se pronuncian contra la ley de su domicilio, cuya función es soberana en sus domicilios, debiendo regir a todos aquellos que viven dentro de los límites de sus Estados; estos cónyuges quieren sustraerse a -- las disposiciones de dicha ley, adoptando otras leyes extranjeras y sometiéndose a ellas; y en cuanto han firmado su desobediencia vienen nuevamente a echarse en brazos de la ley anterior". Agregando Froland, "Que acogida se dispensare a estos rebeldes, cualquiera que sea el lugar en donde se lez juzgue"⁽⁶¹⁾.

Poco tiempo antes de morir uno de los cónyuges, cambian ambos de domicilio, vendiendo los inmuebles que poseen en una región, para volver a comprar otros inmediatamente en una comarca distinta; todo ello para colocarse bajo el imperio de una ley sucesoria más ventajosa para el cónyuge sobreviviente. También en este caso dice Froland, hay fraude a la ley; este traslado-

⁽⁶¹⁾ Obra citada, Niboyet J. P. pág. 452.

de domicilio en cierto modo in extremis, no es sincero, pues - lo que se pretende conseguir no es un cambio de domicilio, sino obtener de un testamento lo que no permiten las reglas del régimen matrimonial.

Procede citar igualmente el caso de un Tutor que, para escapar a ciertas consecuencias de sus obligaciones, cambió de domicilio, lo que modificó el domicilio del pupilo, y en consecuencia, las obligaciones del tutor, aunque en principio, el tutor puede cambiar de domicilio, Froland nos dice que en este caso intervino el fraude.

La misma solución se advierte para las donaciones entre cónyuges, acerca de los cuales los autores antiguos nos dicen que, - si ha sido por fraude por lo que los cónyuges se han colocado bajo el imperio de una nueva ley más liberal, este fraude no - debe quedar sin sanción". (62)

Entre nosotros podemos citar numerosos casos de matrimonios domiciliados en la República, que simulan tener su domicilio en México, Uruguay, etc., países que admiten el divorcio ad-vinculum, estos cónyuges no se constituyen en dichos países de buena fe, y a fin de dar competencia a los jueces de los mismos - Estados en sus demandas de divorcio ad-vinculum, no siendo permitido lo anterior en nuestras leyes.

Victor N. Romero del Prado, se pronuncia en contra de la admisión del fraude a la ley en materia de domicilio, ya que mani-

(62) Obra citada, págs. 451, 452 y 453. Niboyet J.P.

fiesta que es muy difícil la prueba en estos cambios de domicilio, de la intención fraudulenta, y que todo lo anterior sería un peligro dejar su determinación a la soberanía o al arbitrio judicial. (63)

3.- CAMBIOS FRAUDULENTOS DE RELIGION

Ejemplificando nuevamente, expondremos como claramente lo dice Niboyet, lo relativo a este tema; en una sentencia dictada, la cual se trataba de un cambio de religión en Siria, con el fin de escapar de las consecuencias civiles de una ley en dicho país, el estatuto personal depende de las creencias religiosas, se trata de un individuo de la secta maronita-cristiana, por consiguiente había sido condenado a pagar a su mujer una pensión por concepto de alimentos, dicho individuo se hizo musulman, porque su nuevo estatuto personal le permitía, así constaba en el proceso, poner término al pago de la pensión; el tribunal de Siria decidió que el marido había querido evidentemente aprovechar su cambio de religión, para sustraerse a la obligación de pagar alimentos a que venía sometido, como puede observarse, el fraude es en este caso, aún más ostensible que en el de la naturalización para divorciarse o en el caso del cambio de domicilio, no se puede concebir que se cambie de religión, lo más íntimo para la conciencia por un motivo de carácter temporal, como lo es una cuestión de alimentos. Hay pues la intencionalidad de sustraerse a la ley y falta total de sin

(63) Obra citada, pág. 640. V. Romero del Prado.

ceridad en la aceptación de una religión distinta. (64)

Sobre el mismo ejemplo Victor N. Romero del Prado, manifiesta-
que sería muy difícil probar el elemento intencional en el su-
jeto al tratar de cambiarse de religión con el único objeto de
evadir una ley civil temporal, y ajustarse al fraude a la ley-
en materia de religión. (65)

4.- Dentro de la existencia del fraude a la ley en otras mate-
rias consideramos importante señalar lo relativo al fraude a -
la ley y la regla locus regit actum; en opinión de un autor --
eminente como lo es Niboyet, establece que la forma de los ac-
tos es la única materia donde puede aplicarse la noción del --
fraude a la ley, ya que hay individuos que pertenecen a países
donde no pueden hacerse diversos actos en documentos privados-
y sin ir acompañados de una cierta publicidad o de la interven-
ción de un notario, para escapar de esas condiciones, dicho in-
dividuo se traslada a un país extranjero cuya legislación no -
es tan rigurosa a ese respecto, así, la donación de bienes in-
muebles no puede hacerse más que en España y en escritura pú-
blica; si dos españoles se trasladan a otro país donde se pue-
de hacer tal donación en documentos privados, ¿se podrá consi-
derar este acto válido?, hay una diferencia evidente entre es-
tos individuos y los españoles que realizan un acto durante su
estancia en el extranjero, para estos últimos es perfectamente
normal la aplicación de la regla locus regit actum, la cual ha
sido creada para que los nacionales que están en el extranjero

(64) Obra citada, pág. 493. Niboyet. J. P.

(65) Obra citada, pág. 641. Victor N. Romero del Prado.

puedan realizar determinados actos, en la forma del lugar donde se encuentren; pero esta regla no ha sido imaginada para -- que se pueda hacer lo que está prohibido de una manera terminante. (66)

Es importante de considerar lo relativo a las reglas de fondo de los contratos y su relación con el fraude a la ley; la autonomía de la voluntad ha adquirido tal importancia que podemos en verdad, preguntarnos ¿cuál es su límite?, hay estipulaciones prohibidas en los contratos, por lo que se dan casos en -- que es tentador realizar un contrato en el país, en donde las estipulaciones o reglas que los rigen no son tan exigentes, y donde sea posible efectuar un contrato en la forma deseada, y como la validez de los contratos se regula a la ley en donde se celebran, ante tal situación se dan los casos de que individuos viajan a otro país con el único propósito de celebrar el contrato deseado, para regresar el mismo día a su país, habiendo burlado la ley y haberse sustraído de la autoridad judicial que le corresponde interpretarlos; cuando la libertad de las partes y la autonomía de la voluntad conduce a tales consecuencias, es preciso evitar éstas, he aquí porque es importante la intervención como un remedio necesario del fraude a la ley.

Por otro lado durante nuestra investigación encontramos la simulación y el fraude legis agere; la simulación consiste en -- una conducta que se efectúa sólo en forma aparente, sin que --

(66) Obra citada, pág. 453 y 454. Niboyet J. P.

las personas que se sirven de tal conducta, tengan la intención de atribuir a aquellas las consecuencias legales generalmente previstas para la misma, por ejemplo se da cuando sólo cuatro personas tienen la intención de crear una sociedad anónima y para cumplir con lo solicitado por el artículo 89 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual solicita de cinco personas para su integración, es cuando se incluye una persona que simula asumir obligaciones y derechos previstos por la ley para actuar como fundador; en el fraude legis agere, consiste en que las partes escogen la aplicación de cierta construcción de operación para alcanzar un resultado expresamente prohibido por otra norma legal, en cuanto a su obtención directa se puede por lo tanto distinguir entre la norma legal prohibitiva que será evadida, por una parte la norma legal aplicable como base de la construcción de la evasión, para que se cubra el acto en fraude a la ley atrás de la segunda norma, que no contraviene a la prohibición expresa de la primera norma; como ejemplo de ello si una persona extranjera, adquiere por medio de un prestanombre un bien con el objeto de poseerlo, administrarlo y gozarlo a través de tal prestanombre, caso expreso prohibido por la ley, actividad que puede realizar el extranjero a nombre propio, aquí se realiza una evasión legal in fraudem legis agere; de lo anteriormente narrado podemos concluir que el fraude a la ley puede darse en la constitución de sociedades mercantiles, así como en las inversiones hechas por extranjeros; el fraude a la ley, se presenta en la fa

se de la constitución de la sociedad, en el caso en que el mexicano no actúa por cuenta propia y en forma subordinada a la instrucción del extranjero, dado que el espíritu de la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera en su artículo primero, nos permite la aceptación de un negocio de desviación admisible.

Así como en el ejemplo antes citado, como en la constitución de una sociedad; en la transferencia del domicilio de una sociedad mexicana al extranjero; o en la adquisición de bienes, etc., el fraude a la ley puede estar presente; no como contravenciones abiertas, sino actos que se efectúan contra el espíritu de la ley, esencia, motivo u objeto de la misma, pero no contra su texto, y que esta figura no se encuentra regulada en la legislación, solamente se encuentra prevista para el caso de simulación". (67)

5.- LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

En el presente tema relativo a la casuística del fraude a la ley, en el cual se ha podido conocer, que esta figura jurídica en el campo del Derecho internacional, se da en diversas materias como lo hemos podido considerar, ahora bien, la jurisprudencia mexicana al respecto es muy parca, no obstante que existen diversas tesis jurisprudenciales que nos señalan por ejemplo: el divorcio de matrimonio eclesiástico contraído en el extranjero; algunas otras que se refieren al orden público; algu

(67) Revista de Derecho Material, Año XXII, No. 70, marzo 1978. México, D. F., Frusch Philepp, Walter. "Fraude a la Ley Mexicana".

nas más que señalan la nulidad de divorcios o matrimonios extranjeros por no haberse cubierto los requisitos exigidos por los artículos 17 y 35 de la ley de Nacionalidad y Naturalización, de las cuales nos precisan la existencia de la figura jurídica del fraude a la ley, pero en otras tesis señaladas nuestra figura jurídica es interpretada como una simulación de actos y únicamente procede la nulidad de los mismos, toda vez -- que habiendo otras formas de solucionar el problema, lo último que se invocaría sería el remedio que representa el fraude a la ley.

De lo anteriormente señalado encontramos frecuentemente el -- fraude a la ley realizado dentro de nuestro derecho interno, -- actos así realizados de un Estado de la Federación a otro, con el objeto no de violar la ley en su texto, sino en su espíritu.

**DIVORCIO DE MATRIMONIO ECLESIASTICO CONTRAIDO EN EL EXTRANJERO
ESTATUTO PERSONAL:**

Tratándose específicamente del estado civil de las personas, -- la ley de su país de origen las acompaña a cualquiera otro en que se encuentren. Sin embargo, este principio no es inmutable tomando en cuenta el orden público nacional, que en el caso concreto es el mexicano, que admite el divorcio. No obstante que los interesados están casados bajo un régimen colombiano reconocido por las leyes de su país, no hay impedimento legal para decretar en México la disolución del matrimonio, pues son dos casos distintos la eficacia de los Derechos y la creación de los mismos. Si conforme a la ley mexicana el matrimo-

nio religioso no crea ningún derecho no hay impedimento para que produzca eficacia el matrimonio llevado a cabo conforme a las leyes del país de origen de los esposos que acepta como vá lido el matrimonio eclesiástico. Lo que se prohíbe es la crea ción de un Derecho que pugne con el orden público pero el reco nocimiento del Derecho ya creado no choca con el.

El matrimonio eclesiástico efectuado en el país de origen de acuerdo con el estatuto personal, es indisoluble pero esta indisolubilidad no puede tomarse en cuenta porque choca con el orden público mexicano que sí admite el rompimiento del vínculo conyugal independientemente de la situación que pudiera crearse en el país de los divorciantes. Así pues aplicado el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal y 121 -- Constitucional, procede decretarse el divorcio de personas casadas en un país que no reconoce la indisolubilidad del matrimonio, ya que la solicitud del divorcio se ajusta a lo dispuesto por los artículos 273 y 274 del Código Civil y 674 y siguientes del Código Procesal.

VOTO PARTICULAR EN CONTRARIO DEL MAGISTRADO ANTONIO TARACENA -
ALPUIN:

La facultad de regular el divorcio debe corresponder a la ley que reguló, en su celebración, la constitución del vínculo matrimonial, pues no puede sostenerse que todo aquello que concierne a la validez y legitimidad del matrimonio debe regirse por una ley y lo que se refiere a su disolución debe hacerlo por otra distinta, toda vez que en el caso se pretende disol--

ver conforme a las leyes mexicanas, los lazos que el orden local de Colombia son indisolubles. Es bien sabido que el legislador regula el matrimonio y organiza la familia en base a la indisolubilidad o en la disolución del vínculo matrimonial; la ley que así lo disponga en una u otra forma es de orden público, y en tal carácter debe ser aplicado siempre, es decir asume su pleno imperio y reclama su aplicación indiscutible y excluyente de toda obra o ley contraria foranea.

Conforme a las prescripciones del artículo 19 del Código Civil Colombiano, que somete a sus nacionales a las leyes de ese país aunque residan en el extranjero donde están domiciliados, un divorcio como el que aquí se trata no tiene valor alguno en Colombia.

Según el artículo 291 de nuestro Código Civil las sentencias de divorcio deben remitirse al oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y para que publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas al efecto y por lo tanto, al no admitirse el divorcio en Colombia no podrá llenarse este requisito de nuestra ley; y por lo tanto la sentencia de divorcio que se decreta no tendrá eficacia en dicho país, - siendo esto contrario tanto a la soberanía de nuestro tribunal como al imperio de sus resoluciones y en contravención de las leyes de Colombia cuya soberanía se debe respetar. (68)

(68) Primera Sala Tomo 149, pág. 616, ediciones Comisión Especial de Anales de jurisprudencia y Boletín Judicial.

LEY EXTRANJERA - SOBRE ELLA ESTA LA LEY NACIONAL - ORDEN PÚBLICO: Sea cualquiera la doctrina que se adopte por el Estado y a la que ajuste sus sistemas de Derecho internacional privado, - en todos se admite que la ley extranjera, aun cuando no fuera aplicable según la ley nacional, deja de serlo si se opone al orden público. (69)

EXTRANJEROS ESTATUTO PERSONAL - ART. 12 DEL CODIGO CIVIL:

El artículo 12 del Código Civil reconoce implícitamente la extraterritorialidad de las leyes relativas al estatuto personal de los extranjeros no domiciliados en la República o no se encuentren en ella como transeúntes interpretado a contrario sensu dicho artículo.

IDEM: La exposición de motivos del Código Civil dice: Que "en el proyecto se completó la teoría de los estatutos desarrollados en el Código de 84. Se reconoce que la ley personal debe regir el estado y capacidad de las personas, pero que esa ley no se aplicaría si pugna con alguna disposición de orden Público. Se establece que se considera como ley personal la del domicilio cuando los individuos tienen dos o más nacionalidades o no tienen ninguna, o cuando se trata de mexicanos que, siendo originarios de otras entidades federativas ejecutan actos jurídicos en el Distrito o en los territorios Federales.

IDEM: Se sujetó la aplicación de la ley personal cuando se trata de extranjeros, al justo principio de reciprocidad y se - -

(69) 3a. Sala Tomo XCVII índice general 59/60 2 parte VIDE T. - CXVIII pág. 41 1a. Sala

obliga a éstos cuando contraten con mexicanos a declarar su estatuto y las incapacidades, que conforme a el tuvieran so pena de que si no lo hacen o declaran falsamente, el contratante mexicano que ha procedido de buena fe, tiene derecho a que se -- apliquen las disposiciones del Código Civil mexicano, aún tratándose del estado y capacidad del extranjero. (70)

TESIS RELACIONADAS:

Tomo 98 pág. 41, índice general 195/60 pág. 68

LEYES PROHIBITIVAS Y DE INTERES PUBLICO: La razón de que existan reglas prohibitivas o imperativas, está fundada en que -- esas leyes son las que conservan a la comunidad, que no pueden tener en cuenta el interés de los particulares, aquellas cuyo fin social es realizar un orden necesario, fijo e invariable -- no sujeto a la voluntad de particulares, al que deben someterse todos en el país. Y esto que parece divagaciones teóricas, corresponde al artículo 8 del Código Civil. (71)

EXTRANJERO CONFLICTO DE LEYES: Artículos 12 y 19 del Código Civil. Existe en este juicio en relación al actor y a la demandada un conflicto de leyes, pues mientras el actor debe ser --

(70) 3a. Sala Tomo XCVII índice general 59/60 Primera parte -- VIDE T. CV pág. 169 2a. Sala.

(71) Tomo 97 pág. 59, Anales de Jurisprudencia, Índice general-1980, Tomo I Derecho Civil, Edición Dirección de Anales de jurisprudencia y Boletín Judicial.

(71) 3a. Sala Tomo XCVII, Índice general 39/60 Primera Parte -- VIDE C U pág. 169 3a. Sala Anales de Jurisprudencia Índice general de 1974, Derecho Civil y Familiar 1974, Ediciones-Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.

juzgado conforme a la legislación mexicana en acatamiento a lo preceptuado en el artículo 12 del Código Civil, esta legislación no puede aplicarse a la demandada, por no ser habitante de la República, ya sea como domiciliada o como simple transeúnte al ser llamada a juicio.

Este conflicto de leyes que no está expresamente reglamentado por nuestra legislación debe resolverse conforme a las normas del artículo 19 del Código Civil, interpretando en primer lugar el artículo 12 del mismo ordenamiento y por aplicación de los principios generales de Derecho internacional privado. (72)

Enseguida citaremos una tesis en la cual podríamos interpretar como se da el fraude a la ley en nuestro derecho interno, la cual se refiere a un divorcio efectuado en el Estado de Morelos en la cual se puede percibir la intención de uno de los cónyuges que demanda el divorcio en un estado, conociendo que el cónyuge demandado se encuentra fuera de esa jurisdicción.

"Si se prueba que el domicilio del demandado se está fuera de la jurisdicción del juez que conoce del juicio de divorcio, y la notificación y el emplazamiento al mismo se hace a través de la publicación, debe concluirse que fue ilegalmente citado para intervenir en el proceso y por lo mismo el demandado no pudo haber sido oído en juicio, violándose el artículo 14 Constitucional siendo procedente la protección federal". (73)

(72) Vivanco de Lazcano María de la Luz, Su, suc. pág. 427
Tomo XXXVIII, 17 de mayo de 1933.

(72) 3a. Sala, Tomo XCVII, índice general, 59-60 1a. parte.

(73) Jurisprudencia - Apéndice.- 1917 1975. Cuarta Parte Tercera Sala, pág. 514 a 517.

En este caso que se podría tomar como la existencia del elemento intencional en el ánimo del demandante, con el fin de someterse voluntariamente a una ley competente para disolver el -- vínculo matrimonial; por lo que sabiendo que el demandado no vive en esa jurisdicción en donde fue notificado mediante el periódico oficial del Estado, era obvio, que de no contestarse la demanda de divorcio el juicio se iría en rebeldía, y posteriormente se decretaría la disolución del matrimonio, si el demandado no promovía la violación de su garantía constitucional que le protege.

Como se puede observar, al existir el juicio de garantías y señalar que hay violaciones al procedimiento, éste en un momento dado se solicitaría la reposición del procedimiento, o la nulidad de una sentencia; pero en ningún momento este caso se manejaría como fraude a la ley en nuestro derecho interno.

Analizadas las diferentes formas en como opera el fraude a la ley encontramos tres tipos diferentes de fraude, según la relación temporal entre la maniobra fraudulenta y su propósito, de acuerdo a Goldschmidt: (74)

"El fraude retrospectivo; el cual se comete para eludir las -- consecuencias de un acto que se realizó en el pasado con total sinceridad, teniendo como ejemplo a la Princesa Bauffremont, la cual obtuvo un divorcio vincular y un nuevo matrimonio, dado que intenta esquivar las consecuencias jurídicas de su ma--

(74) Werner Goldschmidt, Derecho internacional privado, Derecho de la tolerancia 3 Edición, de palma Buenos Aires 1977, -- págs. 108 a 110

rimonio que celebró con sinceridad; El fraude simultáneo, es aquel que falsea los hechos y al llevarlos a cabo a fin de esquivar consecuencias inmediatas del acto perpetrado con sinceridad, siendo tal el caso en que quienes constituyen una sociedad en el extranjero dándose en una de sus partes indicios del fraude a la ley, ya que sustituyen los hechos sinceros por los fraudulentos, en el mismo momento en que quiere realizarlos; y por último el fraude a la expectativa, siendo aquel en que el evasor manipula los hechos no porque el acto sincero por el momento produciría consecuencias inmediatas que deseaba descartar, sino porque teme que en lo porvenir puedan darse tales, - con secuelas, que por ello previsoramente y eventualmente, resuelve apartar, siendo el caso por ejemplo, el de una pareja argentina, que contraen matrimonio en México, para que si más tarde quisieran divorciarse puedan disponer de tal matrimonio mexicano no divorciabile, y no del argentino indisoluble".

Apreciándose en dicho autor el elemento esencial del fraude, - que es el intencional, por lo cual se concluye, que la existencia del fraude a la ley, produce el efecto de su propia ineficacia.

CAPITULO CUARTO

EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO VIGENTE MEXICANO

A continuación citaremos y analizaremos algunas leyes mexicanas que contemplan el fraude a la ley, la mayoría de ellas de manera interpretativa por lo que en principio partiremos de -- nuestra Carta Magna.

1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Política Mexicana, es la ley suprema de nuestro gobierno, mediante la cual toda persona nacional o extranjera con el simple hecho de encontrarse dentro de nuestro país goza de las garantías y protección que ella nos confiere, así como un nacional al encontrarse fuera de su nación por la extraterritorialidad de algunas de nuestras leyes gozará de beneficios.

Respecto de nuestro tema a estudio podemos puntualizar que -- nuestra Carta Magna, trata el fraude a la ley de manera interpretativa, pues encontraremos algunos preceptos que hacen referencia a la supremacía de la ley; uno de los artículos que de alguna manera nos remite al fraude a la ley, es el comprendido en el artículo 14, en lo relativo a la retroactividad de la -- ley.

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus -- propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". (75)

De lo cual se desprende lo siguiente:

Una ley tiene efecto retroactivo cuando se aplica a situaciones, hechos o actos que tuvieron lugar con anterioridad al momento en que entró en vigor. La retroactividad se prohíbe cuando perjudica, es decir, lesiona o viola los derechos de una persona, por lo que a la inversa, si le beneficia puede aplicarse.

Está prohibido aplicar la ley penal por analogía o mayoría de razón.

Siendo el artículo 14 característico de un régimen respetuoso, como el nuestro, de la libertad, y sólo se podrá actuar con lo contenido expresamente en la ley.

Por su parte el artículo 39 de la propia Constitución, nos remite a la soberanía nacional que reside esencialmente y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, el pueblo tiene, en to-

(75) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S. A. Pág. 13. México, 1984.

do tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, del cual se desprende, que la soberanía opera también en materia internacional, con plena libertad para establecer relaciones con otros estados u organizaciones de estados, celebrar convenios o tratados y para hacer que se respete totalmente la independencia de su territorio y la vigencia de las leyes e instituciones.

En el artículo 73 de nuestra Constitución, relativa al Congreso de la Unión nos manifiesta que tiene facultades; en su fracción XVI, para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

En el artículo 94 párrafo cuarto de la ley Suprema Constitucional, fija los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados en el extranjero por el Estado mexicano, señalando -- así los requisitos para su modificación e interrupción.

El artículo 104 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, manifiesta que a los tribunales de la federación corresponde: en su fracción IV, conocer de las controversias que se suscitan entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como de las que surgieren entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o un Estado.-

Por su parte el artículo 105, nos dice, que corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellos en que la Federación sea parte en los casos en que establezca la ley.

2.- LEY DE NACIONALIDAD Y NATURALIZACION

En el presente cuerpo de leyes a estudio, encontramos en su artículo 17 párrafo segundo: "Cuando se demuestre que el extranjero, al hacer las renunciaciones y protestas a que este artículo se refiere, lo ha hecho con reservas mentales, en forma fraudulenta o sin la verdadera intención definitiva y permanente de quedar obligado por ellas, quedará sujeto a todas las sanciones legales que esta misma ley o cualquier otra disposición impongan o puedan imponer en el futuro". (76)

De lo anterior, podemos considerarlo como una prevención del fraude a la ley, la cual marca un límite bien definido para los que pretendan defraudar la ley en su espíritu, al solicitar Carta de Naturalización en nuestro país, y renunciando expresamente a su nacionalidad de origen.

Por otro lado el artículo 47 establece: "La naturalización obtenida con violación a la presente ley, es nula". (77)

(76) Guía del Extranjero.- Ley de Nacionalidad y Naturalización Rodolfo Bravo Caro.- Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México, 1984. Pág. 159.

(77) Ord. cit. pág. 159.

El artículo 35 indica en su fracción II, último párrafo, "Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompaña la certificación que expida la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permita realizar tal acto".⁽⁷⁸⁾ Señalando el precepto una sanción en el artículo 39. "A cualquier -- particular o funcionario público que extienda un certificado de hechos falsos que sean utilizados en un procedimiento de naturalización, se le impondrá de dos a cinco años de prisión y multa de cien a quinientos pesos".

Al funcionario judicial o administrativo que de trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros sin que se acompañe de la certificación expedida por la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar tal acto, o con aplicación de otras leyes distintas a las señaladas en el artículo 50, se le impondrá la destitución de empleo y prisión hasta de seis meses o multa de \$10,000.00 o ambas a juicio del juez, quedando desde luego separado de sus funciones, al dictar el auto de sujeción a proceso".⁽⁷⁹⁾

Con las prevenciones y sanciones señaladas en los artículos anteriormente citados es posible evitar que se defraude la ley -

⁽⁷⁸⁾ Idem. pág. 157.

⁽⁷⁹⁾ Idem. pág. 157.

en virtud de que el contenido de los preceptos marca un límite para que el fraude a la ley continúe.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

En nuestra ley encontramos más concretamente la lucha contra - el fraude, localizamos en primer término en el artículo 6o. -- que dice: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo -- pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique-- derechos de terceros". (80)

La ley es, pues, en principio, irrenunciable, y por lo tanto - obligatoria salvo algunas excepciones expresamente consagradas en ella. Siempre que se derogue indirectamente una ley obligatoria el agente será penado con una sanción.

El artículo 8o. por su parte nos dice: "Los actos ejecutados - contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". (81)

Ahora bien, este artículo no siempre sanciona con nulidad absoluta los actos en fraude, aún cuando vayan dirigidos contra semejantes leyes, sino que sancionan con nulidad, los actos contrarios a las leyes prohibitivas o de interés público, salvo - cuando la ley ordene lo contrario. La sanción del fraude, no-

(80) Código Civil.- Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1984.-#3 pág. 42.

(81) Idem. Pág. 42.

será pues, ni aún en estos casos, siempre, la nulidad absoluta, ya que hemos visto que la ley admite excepciones.

Artículo 12.- "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refirieran al estado y capacidad de las personas, se aplica a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros estén domiciliados en ella o sean transeúntes". (82)

Por lo anterior se deduce:

1.- No se ha requerido la búsqueda de textos legales, representando desde un punto de vista práctico una gran ventaja de la administración de justicia en México y a efecto de concretar su exposición nos referimos a los siguientes:

No se han requerido textos legales de otros países, lo que no es sencillo para las partes en el juicio sus abogados y los jueces.

Así como tampoco la legalización ni la certificación de vigencia respecto de dichos textos legales; tampoco ha sido necesaria la traducción de textos extranjeros; se ha reducido la necesidad de invocar el orden público y el fraude a la ley, como medio de impedir en ciertas ocasiones, la aplicación de la norma jurídica extranjera nociva.

Artículo 18.- "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". (83)

(82) Idem. pág. 43.

(83) Ordenamiento citado. pág. 44.

Artículo 19.- "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho". (84)

Artículo 20.- "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del -- que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados". (85)

Nuestros tribunales deben, en primer término, dar preferencia al precepto legal cuando éste exista, sin que ello quiera decir que deban de atenerse a lo dicho exclusivamente en él, -- pues las leyes son siempre susceptibles de interpretación por medio de la lógica, para determinar el contenido real del texto, que a su vez puede sobrepasar los límites aparentes obteniendo por la interpretación gramatical, o bien restringirlos, resultando de ahí la interpretación extensiva o restrictiva -- del precepto, en nuestra opinión el Código Civil no ordena al juez atenerse exactamente a lo dispuesto por la letra de la -- ley, sino más bien el tener en cuenta el contenido de la misma examinado a través de su propia letra.

Y aún cuando este artículo, no comprende un principio expreso-

(84) Idem. pág. 44.

(85) Idem. pág. 44.

de sanción del fraude a la ley, puede considerarse como tal, - en virtud de que hemos dado por aceptado que el fraudem legis- constituye una violación a la ley. Esta interpretación, por - otra parte se impone, pues de otra manera el artículo 80. del- Código Civil, sería inoperante, si consideramos que sólo las - violaciones directas a la ley son sancionables, concederemos - implícitamente mayor valor a lo actuado en fraude a la ley, -- que a los actos normalmente ejecutados.

Por otra parte, en nuestro Código Civil, además de estos ar- - tículos que en nuestro concepto pueden fundamentar la lucha -- contra el fraude, existen otros que prohíben determinados ca-- sos de fraude, y surge la duda sobre si el legislador quiso so lamente preveer determinadas hipótesis y sancionar únicamente- éstas, o bien, existe en realidad un principio general indicando que el fraude de ley debe siempre caer bajo la sanción del- acto contra legem.

Como ejemplo citaremos el capítulo II, Título I, del Libro- Primero del Código Civil, que trata de los requisitos para con- traer matrimonio, los que contienen la prohibición de que el - adoptado, contraiga matrimonio con el adoptante, y lo relativo al tutor que le prohíbe contraer matrimonio con la persona que se encuentra bajo su tutela, impedimento que se extiende al cu rador; casos como éstos, inclinan a considerar que en la inten- ción de los legisladores nunca existió el deseo de castigar en general los actos en fraude a la ley, sino únicamente determi- nados casos. Ahora bien, que clase de nulidad será la que - -

afecte a los casos fraudulentos, mientras la ley no disponga expresamente otra cosa. Dada la terminología empleada en nuestro Código Civil, se deduce que será la nulidad absoluta". (86)

LEY DE NAVEGACION Y COMERCIO MARITIMO.

El sexto párrafo del artículo 3o. reformado dice: "Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la -- aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana--na". (87)

Como puede observarse, la citada disposición trata abiertamente de lo que es el fraude a la ley, pero no señala la sanción correspondiente, por lo que es fácil pensar que nos remite a la nulidad absoluta del acto realizado en fraude a la ley.

LEY GENERAL DE POBLACION

La disposición de esta ley es de orden público, y de observancia general en la República la cual regula todos los fenómenos que afecten a la población. En su artículo 37 establece los lineamientos para poder negar la entrada al país de un extranjero, o negarle ya internado el cambio de calidad o característica migratoria.- En el artículo 68 de la propia ley indica -- que: los jueces no podrán celebrar ningún acto del estado civil, sin el comprobante de su estancia legal en el país emitido por la Secretaría de Gobernación, así como tampoco se dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros

(86) Código Civil para el Distrito Federal.- Leyes y Códigos de México, Porrúa, S.A. México 1984. pág. 8 y subs.

(87) Ley de Navegación y Comercio Marítimo.- Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, S. A. México 1984. pág. 8.

que no comprueben su legal estancia en el país. Y en caso de resolver los jueces están obligados dentro de los cinco días siguientes de celebrado el acto o emitida la resolución a dar aviso a la Secretaría de Gobernación. En el capítulo de sanciones de este cuerpo de leyes en su artículo 93 principalmente en sus fracciones III y V, nos precisa la manera en que un funcionario auxilie a un extranjero de alguna manera a evadir las disposiciones que marca la ley, siendo destituido de su cargo. Y en el artículo 119 nos habla del funcionario judicial o administrativo que ejecute actos con extranjeros sin la certificación de la Secretaría de Gobernación, procederá su destitución así como pena corporal.

De lo anteriormente citado, se puede observar que en esta ley existe la prevención y sanción del fraude a la ley, pero únicamente de manera interpretativa . (88)

CODIGO PENAL

El Código Punitivo Vigente, en su artículo 386 establece el delito de fraude genérico, en donde podemos considerar inmediatamente la existencia del elemento intencional relativo a las maquinaciones y engaños, que producen un resultado, al existir este elemento subjetivo en el ánimo del sujeto delictivo. En el artículo 387 en su fracción X, se hace referencia a la simulación de un acto, para perjudicar a un tercero u obtener un lucro indebido; se puede considerar la similitud de actos men-

(88) Guía del Extranjero.- Ley General de Población.- Rodolfo - Bravo Caro.- Editorial Porrúa, S. A. México 1984. pág. 25- y subs.

tales que realiza el sujeto activo del delito de fraude, con el sujeto que realiza un acto en fraude a la ley por el elemento intencional, ambos obtienen un lucro no debido, uno lo obtendrá en dinero o en especie el otro obtendrá al defraudar la ley una situación favorable a sus intereses, como lo sería en el caso del divorcio, uno tiene un nexo causal entre la conducta y el resultado material, el otro tiene un punto de conexión entre la intención de defraudar la ley y el resultado obtenido con dicha intención, siendo el punto de conexión la ley extranjera que le sea más favorable; se puede considerar la similitud de conductas entre el delincuente y el defraudador de la ley a quien sólo se le sanciona con la nulidad del acto obtenido en fraude a la ley; mientras que el delincuente sufrirá una pena corporal y estará obligado a la reparación del daño causado". (89)

(89) Código Penal para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. págs. 126 y subs.

C O N C L U S I O N E S

- 1.- El efecto característico del fraude a la ley consiste en -- impedir la aplicación de la norma jurídica extranjera, por que ésta pretende eludir el Derecho propio competente.
- 2.- Los actos de fraude a la ley atentan contra el espíritu -- del orden jurídico y no propiamente contra la norma jurídi ca.
- 3.- El evasor está colocado en un supuesto legal permisivo lí cito pero el resultado se proscribe a través del fraude a la ley.
- 4.- La intención de defraudar a la ley es la característica -- que más singulariza al fraude a la ley y es el elemento -- que distingue a dicho fraude a la ley de otras figuras en el Derecho Internacional Privado.
- 5.- En la simulación absoluta no se encubre acto real alguno -- pues, el acto es inexistente.
- 6.- La simulación de actos requiere el acuerdo de voluntades -- mientras que en los actos de fraude a la ley no es neces ario tal acuerdo.
- 7.- La diferencia entre orden público y fraude a la ley la en contramos en la diferente naturaleza de ambas institucio nes.
- 8.- El fraude a la ley existe en el orden interno de un Estado, y es aquí donde se produce con mayor frecuencia.
- 9.- La intención aunada al resultado caracteriza a los actos -- en fraude a la ley.

- 10.- La intención es válida para el Derecho una vez que se proyecta al exterior y de no ser así sería metajurídica.
- 11.- El fraude a la ley se realiza al colocarse el evasor en un supuesto legal permisivo, con la intención de eludir la norma jurídica, obteniendo el resultado propuesto, a través de otro precepto legal.
- 12.- Los únicos actos que en el Derecho Internacional Privado se puedan considerar como actos en fraude a la ley son aquellos en los cuales se incorpora la norma general, por que en ellos la conducta aún no se ha realizado, y se llevará a cabo en el ámbito del orden jurídico incorporante.
- 13.- La sanción que debe darse a los actos realizados en fraude a la ley, es la nulidad absoluta por ir en contra de una disposición prohibitiva.
- 14.- Se debe incluir en la legislación vigente una norma que sancione los actos realizados en fraude a la ley.

BIBLIOGRAFIA DE OBRAS GENERALES

- Aftalión R. Enrique y Otros. Introducción al Estudio del Derecho.
cho.
- Aguilar Navarro Mariano. Derecho Internacional Privado. Vol.I.
- Arce G., Alberto Derecho Internacional Privado.
- Arellano García Carlos. Derecho Internacional Privado.
- Boggiano, Antonio. Derecho Internacional Privado.
- De Pina y Vara, Rafael. Diccionario de Derecho.
- Duncker Biggs, Federico. Derecho Internacional Privado.
- García Máynez Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.
- Goldschmidt, Werner.- Derecho Internacional Privado. Derecho-
de la Tolerancia.
- .- Sistema y Filosofía del Derecho Interna
cional Privado.
- Miaja de la Muela Adolfo.- Derecho Internacional Privado Tomo-
I.
- Maurry, J. Derecho Internacional Privado.
- Niboyet, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado.
- Pavón Vasconcelos Francisco.- Comentarios de Derecho Penal.
Parte Especial.
- Pereznieto Castro Leonel.- Colección de Textos Jurídicos Uni--
versitarios.
- Romero del Prado, Victor.- Derecho Internacional Privado.
- Verplaetse, J.- Tratado de Derecho Internacional Privado.
- Yanguas Messia, José.- Derecho Internacional Privado Parte Ge-
neral.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Nacionalidad y Naturalización

Código Civil para el Distrito Federal

Ley de Navegación y Comercio Marítimo

Ley General de Población

Código Penal para el Distrito Federal

Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

OTRAS FUENTES

Revista de Derecho Material. Año XXII No. 70 Marzo 1978.

México, D. F., Frusch Philepp, Walter. "Fraude a la Ley Mexicana".