

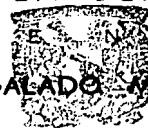
698
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

**EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LAURA EMMA REGALADO MARTINEZ



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

MEXICO, D. F.

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



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

EL FRAUDE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MEXICANO

	PAG.
PROLOGO	1

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO DE FRAUDE

1).- Antecedentes	3
2).- Gramatical	4
3).- Doctrinales	5
4).- Legislativo y Jurisprudencial	7
5).- Concepto que se propone	12
6).- Elementos del concepto que se propone	12

CAPITULO SEGUNDO

EL FRAUDE EN LA DOCTRINA

1.- Doctrina Extranjera

a) J.P. Niboyet	14
b) Adolfo Miaja de la Muela	17

	PAG.
c) Nussbaum	18
d) Martin Wolff	20

2.- Doctrina Mexicana

a) Dr. Carlos Arellano García	21
b) Alberto G. Arce	24
c) Leonel Perez Nieto	25

CAPITULO TERCERO

EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO VIGENTE MEXICANO

1).- Generalidades	27
2).- Constitución Política Mexicana	33
3).- Ley de Nacionalidad y Naturalización	34
4).- Ley de Navegación y Comercio Marítimos	35

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO PARTICULAR DEL FRAUDE A LA LEY

1).- Casos típicos	38
2).- Origen del Fraude a la ley	47
3).- Materia en la que se presenta el Fraude a la ley	50
4).- Tendencias Doctrinales acerca del Fraude a la ley	53

5).- Elementos del fraude a la ley 63

6).- Semejanzas y diferencias entre el orden -
público y el fraude a la ley 73

7).- Efectos del fraude a la ley 83

8).- Posibles remedios a los actos en fraude -
a la ley 91

CONCLUSIONES 92

BIBLIOGRAFIA 96

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

El fraude a la ley, es un hecho, un fenómeno, una -- realidad que se presenta en los sistemas jurídicos, su problemática ha suscitado grandes discusiones, tanto en su planteamiento, como en su solución. En repetidas ocasiones se ha considerado como un falso problema, pero examinando la realidad - se demuestra que el comportamiento que lo caracteriza y que re cibe patente la legitimidad, verdaderamente afecta el sistema en su aspecto axiológico, y por lo tanto, exige una solución.

El estudio del tema se encuadra en el Derecho Internacional Privado, rama que presenta grandes dificultades técni cas, por ese motivo el análisis inicial de la figura y su plan teamiento comienza sobre una revisión de conceptos previos que resultan fundamentales para la precisión de lo que es el fraude a la ley.

El presente trabajo está integrado por una serie de notas sobre los aspectos más importantes del problema, no pretende ser un estudio completo sobre esta figura, la dificultad del tema, la dispersión del material, así como el estudio previo de aspectos poco trabajados a nivel doctrinal, han sido li mitantes para su estudio, el objeto central de esta investigación es la obtención de un concepto claro, así como sus causas y efectos.

Espero que la aportación de esta investigación haga nacer inquietudes para que se profundice en este tema, que en nuestro tiempo ha adquirido una vital importancia por la situación mundial de nuestros días.

Agradezco de antemano a todas las personas que me -- han prestado ayuda para la realización del presente trabajo.

C A P I T U L O I

CONCEPTO DE FRAUDE

1).- Antecedentes.

El delito de fraude ha sido conocido desde los tiempos de Roma, sólo que no había sido separado como entidad jurídica autónoma, con características propias y especiales, pues la conducta fraudulenta la encontramos en Roma involucrada en el delito de hurto o furtum, ya que en este delito, como lo manifiesta el licenciado González de la Vega, "se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones de robo, abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad" (1)

Fué en la propia legislación romana, con la expedición de la Ley Cornelia de Falsis, en la que se hizo el primer intento de separar el delito de fraude de los demás delitos patrimoniales, pues en ésta "se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda: posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituyeran ofensas a la fe pública. Además, en el estelionato se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad pre-

(1) Francisco González de la Vega - Derecho Penal Mexicano.- Tomo II, Pág. 37 Editorial Porrúa, S.A. 1945.

vistos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancía, la doble venta de una misma cosa, etc. En general, se consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra -- cualificación delictiva" (2)

Modernamente y desde el punto de vista estrictamente doctrinario, el fraude ha sido entendido como la maquinación, engaño o artificio falaces para obtener ilícitamente un lucro.

2).- Gramatical.

Para comprender en forma clara el tema a tratar, iniciaré su estudio con algunos conceptos sobre el vocablo --- fraude que nos dará una panorámica más precisa de este tópico.

Fraude -- "(Del latín Fraus, fraudis), m' engaño, --- inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño, generalmente material. Se ha usado como femenino / /. 2.- For. Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos y aún de algunos privados, -- confabulándose con la representación de los intereses opuestos. / / en fraude de acreedores. For. Dícese de los actos -- del deudor, generalmente simulados y rescindibles, que dejan

(2) Francisco González de la Vega, obra citada página 184

al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe". (3)

FRAUDE.- m. Engaño, acto de mala fé: cometer un frau de / / contrabando (4)

FRAUDE.- Acto mediante el cual una persona engañando a otra, o aprovechándose del error en que se halle, obtiene - ilficamente alguna cosa o un lucro indebido. (5)

3).- Doctrinales.

Las acertadas opiniones de los jurisconsultos en la materia, tienen una gran relevancia, ya que por medio de --- ellas, podemos profundizar en el tema que se estudia.

Me permito transcribir algunos conceptos que sobre el fraude a la ley han expuesto algunos doctos.

"En el Derecho Internacional Privado el fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídi ca extranjera competente, a lo que él, o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus in tereses, evadiendo artificiosamente la imperatividad de la -- norma jurídica nacional". (6)

(3) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española
Decimonovena edición, 1972, Editorial Espasa, Calpe, S.A.

(4) Diccionario Larousse Usual. Ediciones Larousse, Edición 1982.

(5) Diccionario de Derecho. Rafael de Pina, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 278.

(6) Dr. Carlos Arellano Garcia. Derecho Internacional Privado, Editorial Porrúa, S.A. cuarta edición, México 1980, pág. 706.

"El fraude a la ley consiste en la realización de un acto ilícito o más frecuentemente, dos o más actos de un resultado antijurídico. Es un medio de vulnerar leyes imperativas, lo que la 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". (7)

"Cuando un nacional para escapar al imperio de los mandatos de su ley, se coloca por su voluntad en situación jurídica distinta y logra que su ley nacional no se aplique, decimos que hay fraude a la ley o conexión fraudulenta, que es la que se adquiere con el propósito de eludir la propia ley. (8)

"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 las cosas en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley". (9)

"Fraude a la ley 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

(7) Adolfo Miaja de la Muela. Derecho Internacional Privado, Introducción y parte general. Ediciones Atlas, Madrid --- 1969, pág. 377

(8) Alberto G. Arce Manual de Derecho Internacional Privado, pág. 195 Edición 7ª fecha 1973, Universidad de Guadalajara (Sección de Obras de Derecho)

(9) J.P. Niboyet. Principios de Derecho Internacional Privado Editorial Nacional, 1974, México 7, D.F. pág. 439.

las circunstancias o factores de conexión (10)

Fraude a la Ley.- Si una disposición declara aplicable un derecho con miras a determinadas circunstancias, tales cuales eran o habrían sido en la época crítica, si los interesados no hubiesen intervenido con el fin de sustituirlas por otras que permitan la aplicación de un derecho diferente del aplicable sin su intervención, cuyo derecho coactivo así intentan esquivar. (11)

4).- Legislativos.

El conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo vigente en un estado, es de vital importancia, - ya que va a marcar la pauta a seguir por una sociedad.

Dentro de este cuerpo de leyes citaré algunos preceptos que tienen relación con la naturaleza del fraude a la ley.

Código Penal.- Para el Distrito Federal en materia - de fuero común y para toda la República en materia de fuero - Federal.

Artículo 386.- "Comete el delito de fraude el que en gañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebi

(10) Dunker Biggs Federico. Derecho Internacional Privado, -- Ediciones Jurídicas de Chile 1956, Santiago de Chile pág.421

(11) Werner Golschmidt, Estudios Jurisprivatistas Internacionales, pág. 177. Barcelona, Bosch. 1948.

do". (12)

Código Civil.- Para el Distrito Federal en materia - común y para toda la república en materia federal.

Artículo 2168.- "Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse a petición de és te, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos" (13)

Ley de Nacionalidad y Naturalización.

Artículo 17.- "Por conducto del Juez el interesado elevará una solicitud a la Secretaría de Relaciones Exterio-- res pidiendo su Carta de Naturalización, y renunciando expre-- samente a su nacionalidad de origen así como a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Gobierno extranjero espe-- cialmente a aquel de quien el solicitante haya sido súbdito; y a toda protección extraña a las leyes y autoridades de Méxi-- co y a todo derecho que los tratados o la ley internacional - concedan a los extranjeros; protestando, además, adhesión, -- obediencia y sumisión a las leyes y autoridades de la Repúbli-- ca. Estas renunciaciones y protestas serán ratificadas en la pre--

(12) Legislación Penal Mexicana. Ediciones Andrade, S.A. Octa-- va Edición, 1978, México, D.F.

(13) Código Civil. Ediciones Andrade, S.A. Decimacuarta Edi-- ción, México, D.F.

sencia del Juez en el caso de naturalización ordinaria.

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 cualquiera otra disposición impongan o puedan imponer en el futuro". (14)

Ley de Navegación y Comercio Marítimos

Artículo 3°.- "La navegación en los mares territoriales de la República es libre para las embarcaciones de todos los países en los términos del Derecho y Tratados Internacionales.

Las embarcaciones extranjeras que navegan en aguas mexicanas, quedan sujetas por este solo hecho, al cumplimiento de las Leyes de la República y de sus reglamentos.

Las calificaciones necesarias para la resolución de los conflictos de leyes, sin exceptuar la clasificación de bienes, serán las determinadas por la ley mexicana, salvo el caso en que, conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera.

(14) Ley de Nacionalidad y Naturalización. Tomo I. Ediciones Andrade, S.A. 1977 Decimacuarta Edición, México, D.F.

Si de acuerdo con las leyes del Estado extranjero de claradas competentes por las leyes nacionales, ha lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que deban aplicarse.

Son inaplicables en México, todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual sea calificado en México.

Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana.

Cuando la celebración o ejecución de los contratos se realice o deba realizarse en territorio mexicano, no serán válidas para las partes, las cláusulas en que se obliguen a iniciar las acciones exclusivamente ante tribunales extranjeros, y las sentencias dictadas por éstos, a consecuencia de tales cláusulas, no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad mexicana y su cumplimiento no podrá ser reclamado ante los tribunales nacionales, salvo que el afectado hubiere optado por deducir su acción o ejecutar sus derechos en el extranjero".(15)

Jurisprudencial.

Es importante conocer el criterio que sobre el fraude ha expuesto la Suprema Corte de Justicia; pongo a considera

(15) Ley de Navegación y Comercio Marítimos. Ediciones Andrade, S.A. 1976, Décima Edición, México, D.F.

ción algunos de ellos:

Fraude.- Los elementos constitutivos de este delito son, que haya un engañador y un engañado, que haya error en el sujeto pasivo del delito; que el sujeto activo se aprovecha del engaño o del error para lucrar o para hacerse ilícitamente de una cosa, y que este aprovechamiento sea con perjuicio del engañado. (16)

Fraude.- El delito antes calificado por la ley, como estafa y ahora como fraude, está integrado por 2 elementos, - primero, el engaño a la víctima o la maliciosa disimulación del error padecido por la misma; segundo, el dolo penal formado por el conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho, por la voluntad de consumir éste y por la dañada intención de menoscabar el patrimonio ajeno (17)

Fraude.- Es verdad que toda maquinación o todo artificio tienen por objeto hacer incurrir en un error al ofendido, para entregar aquello que el delincuente desea obtener -- ilícitamente, pero también lo es, que no todo error, ya sea que se aproveche, de el reo o lo provoque con la misma finalidad, implica necesariamente el empleo de maquinaciones o artificios, puesto que éstos requieren ciertos procedimientos ---

(16) Bueno Cipriano, pág. 2101, Tomo V (10v), Herrera José Ma. pág. 798 (6v), Barba León, 1471, XIV (10v), Tafer Luis y Coag, 889 XVI (7v), Chapi Tao Constantino, XIX 1° de Diciembre 1926 (9v)

(17) Lamadrid y Crespo Francisco, pág. 5532, Tomo LXXVI, 23 - de Junio de 1943 (4v).

"Mise en Scene" de que hablan los autores y que no consiste -
única y simplemente en una aseveración falsa. (18)

5).- Concepto que se propone.

Se entiende por fraude a la ley, la medida que impide la aplicación de una norma jurídica extranjera, evitando de esta manera que uno ó más interesados a través de una conducta dolosa y valiéndose de artificios y maquinaciones se quieran someter a su imperio, por convenir así a sus intereses y con la única finalidad de evadir la aplicación de una norma jurídica nacional competente.

6).- Elementos del Concepto que se propone.

1.- Conducta Dolosa: Entendiéndose, el comportamiento falso o con disimulo de una o varias personas con el propósito de engañar para configurar la ejecución de uno o varios actos.

2.- Artificios o maquinaciones: Si tomamos en cuenta que la palabra artificio significa cautela, habilidad, disimulo, dobléz y el término maquinación, nos dá idea de un proyecto o asechanza oculto y dirigido por lo regular a un mal fin, se deduce que hay una intención de burlar una norma que contiene una disposición prohibitiva o coactiva que impide total

(18) C. Zudnowsky Olichí Samuel y Coag. pág. 2844, 26 de Junio de 1946, tomo LXXVIII, (4v).

o parcialmente la realización de un proyecto.

3.- Existencia de una norma conflictual que le dá -- competencia a la norma jurídica extranjera.

4.- Colocación del caso concreto dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

5.- Intencionalidad de evadirse al imperio de la norma jurídica nacional que dejaría de ser aplicable cuando el ó los interesados se sometieran a una norma jurídica extranjera más tolerante.

C A P I T U L O I I

EL FRAUDE A LA LEY EN LA DOCTRINA.

La aportación de la doctrina al tema a tratar tiene -- una gran relevancia, ya que sus opiniones han servido de base para satisfacer una serie de interrogantes en relación a la figura denominada fraude a la ley.

He tomado algunos criterios de autores tanto nacionales como extranjeros que servirán de base para la ubicación y desarrollo del tópico planteado, pues considero que el tema ha despertado grandes inquietudes y por lo tanto, diversos enfoques y puntos de vista de esta figura tan controvertida.

1.- Doctrina Extranjera.-- Es precisamente en la doctrina extranjera donde se encuentra la bibliografía mas amplia de este supuesto, sin ella sería casi imposible llegar a entender la figura denominada fraude a la ley. He tomado en cuenta algunas de las aportaciones de autores extranjeros, como son: --- J.P. Niboyet, Adolfo Miaja de la Muela, Nussbaum, Martin Wolff de los cuales consideraré algunos puntos de vista sobre el tema.

a) J.P. Niboyet.-- Uno de los juristas extranjeros más prolífico en la rama del Derecho Internacional Privado, que han aportado mayor información sobre el tema, es sin duda J.P. Niboyet, que nos indica que: "La noción del fraude a la ley de

be aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sean, en que un individuo pueda invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia a que se refiera. Se trata pues de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente debiera intervenir". (19) Definitivamente es acertada la afirmación que hace el autor, ya que es importante la aplicación de la noción del fraude a la ley en una forma general, sea cual fuere la materia, el individuo ó individuos a quien se aplica; También comenta que " El Derecho Internacional Privado se propone asegurar a las leyes su justa acción en las resoluciones internacionales, pero dejaría en absoluto de cumplir su fin si las leyes internas tuvieran que esfumarse; ante las leyes de países extranjeros, cada vez que -- signifique una anormalidad el hecho de que no conserven todo -- su imperio" (20) En lo anterior Niboyet hace patente la necesidad de que el Derecho Internacional Privado debe de conservar una relación equilibrada con las leyes internas debiendo estudiar cada caso en particular para que el país afectado por -- una conducta fraudulenta conserve todo su imperio. Agrega también que " la verdadera naturaleza del fraude a la ley es la -- de un remedio excepcional, sancionador de todas las leyes imperativas "(21) Concuerdo con el autor al afirmar que la aplica--

(19) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 448

(20) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 444

(21) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 446

ción del fraude a la ley se hará de manera excepcional, es decir cuando se hayan agotado las posibilidades de sancionar la actividad de el o los particulares mediante un procedimiento distinto, para evitar la aplicación de la norma jurídica extranjera, ya que en su aplicación tienen que converger ciertas condiciones que analizaré en el transcurso de este trabajo.

Bajo el rubro de "Materias a que se extiende actualmente la noción del fraude a la ley", el autor en comentario afirma que "la noción del fraude a la ley, es un medio preventivo para impedir ciertos actos que indudablemente se producirían si no existiese para ellos sanción alguna" (22) Definitivamente la aseveración que hace este gran jurista es muy acertada, ya que si esta noción se contemplara como una medida preventiva, se evitaría una serie de problemas, como es la naturalización fraudulenta, cambios de domicilio, entre otros, ayudando con esto a la aproximación de los países y facilitando así la vida jurídica internacional.

La aportación de J.P. Niboyet en el ámbito de Derecho Internacional Privado ha sido cuantiosa; gracias a dicha aportación se ha podido profundizar en temas tan poco tratados, - como es el del fraude a la ley. En mi opinión es uno de los juristas que lo ha estudiado con más ahínco, proyectándose como fiel defensor de la figura que me ocupa.

(22) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 448

b) Adolfo Miaja de la Muela.- Este gran jurista español cuya aportación en la rama del Derecho Internacional ha sido fundamental, ha dado un enfoque muy personal al tema, en su libro Derecho Internacional Privado refiriéndose al campo de acción del fraude hace la siguiente indicación: "El Derecho Internacional Privado ofrece un campo apropiado para actos fraudulentos. La regulación de ciertos negocios jurídicos, sobre todo en lo que afecta a su posibilidad de conclusión dependen de un punto de conexión. Cuando este punto de conexión es variable, tal como la nacionalidad o el domicilio de quien pretende realizar el acto, el cambio de punto de conexión ofrece la posibilidad jurídica de algo vedado por el derecho del país a que el interesado estaba antes conectado." (23) Es muy acertada la aseveración de este gran jurisconsulto ya que uno de los elementos que compone la figura del fraude a la ley es el punto de conexión o circunstancia de vinculación, entendiendo por éste, el medio que la norma de conflicto utiliza para hacer la elección o designación del derecho material que va a regular una determinada relación.

Al referirse a los efectos de la excepción del fraude a la ley, Miaja de la Muela nos señala "Que los sistemas estatales de reglas de conflicto no suelen mencionar la oponibilidad del fraude a la ley a la aplicación de los extranjeros. La

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

admisión de esta excepción y la fijación de sus efectos queda así abandonada al criterio judicial de la mayor parte de los - casos". (24) Definitivamente el comentario de este autor es im-
portante, ya que si nos situamos en nuestra legislación vemos que realmente el fraude a la ley se contempla en escasos pre-
ceptos legales, como es la Ley de Navegación y Comercio Maríti-
mos y la Ley de Nacionalidad y Naturalización, de ahí la conve-
niencia de redacción de normas más precisas para reducir así -
las posibilidades en que una de ellas sea utilizada como medio
para defraudar a otra.

Sigue comentando el autor "En realidad, el fraude a -
la ley no es otra cosa que un supuesto particular del orden pú-
blico. Ambos tienen por finalidad el conservar la absoluta im-
peratividad de ciertas leyes." (25) En este aspecto, difiero de
la opinión del maestro Miaja de la Muela, ya que no se puede -
considerar el fraude a la ley como un supuesto particular del
orden público, pues para que éste se pueda integrar como tal,
tiene que reunir una serie de elementos indispensables que lo
hacen distintivo de otra figura como es sin duda alguna, la -
intencionalidad para evadir la aplicación de la norma jurfdi-
ca nacional.

c) Nussbaum.- Siguiendo con el análisis sobre puntos

(24) Adolfo Miaja de la Muela. Obra citada pág. 379

(25) Adolfo Miaja de la Muela. Obra citada pág. 384,385

que considero importantes relacionados con la figura a tratar en el presente trabajo existen diversos enfoques de estudiosos del derecho cuya opinión servirá como base para el desarrollo de la presente investigación. Entre estos jurisconsultos se encuentra Nussbaum, quien también toca el tema en su libro -- Principios de Derecho Internacional Privado, en el capítulo número XIII, cuyo rubro es, "Sumisión a la ley extranjera para evadir la aplicación de la ley local.

1.- Evasión - Los conflictos de leyes recaerán normalmente sobre los intereses de una persona en forma accidental y ajena a su voluntad como resultas de transacciones que abarcan elementos "extranjeros" (foreign elements). Pero algunas veces las partes vinculadas a un acto jurídico crearán artificialmente situaciones susceptibles de originar conflicto de leyes, porque un "desvío" hacia país extranjero u otra introducción de factores foráneos será apta para facilitar sus propósitos." (26) Es muy respetable el comentario de este jurista, pero en mi opinión, no se trata realmente de una evasión, ya que este vocablo nos dá idea de un medio para eludir una dificultad o contratiempo, sino de un fraude a la ley, -- pues existe una conducta de sometimiento a una norma extranjera más de acuerdo con sus intereses.

Siguiendo con el mismo tema este gran autor opina: -

(26) Nussbaum. Principios de Derecho Internacional Privado. - Traducción y Notas, Alberto D. Schow Editorial de Palma, Buenos Aires 1974, pág. 145.

"Especialmente en el derecho consuetudinario no se ha llegado aún a la elaboración de una doctrina práctica sobre la evasión". (27) Definitivamente, este comentario refleja el problema que se da en el Derecho Internacional Privado, el de no existir normas precisas que prevean la aplicación de esta figura trayendo como consecuencia que en ocasiones se tengan graves problemas entre los países que intervienen en el conflicto.

d) Martin Wolff.- Otro gran jurista reconocido mundialmente en el campo del Derecho Internacional es sin duda Martin Wolff, y dentro de su amplia bibliografía se encuentra el libro de Derecho Internacional Privado que en el capítulo XII denominado Creación Fraudulenta de Puntos de Contacto, nos indica: "Una persona a quien se le prohíbe por una regla jurídica obligatoria, alcanzar sus fines, intenta a menudo evadirla, estableciendo de un modo anormal una serie de hechos a los que no se aplica la regla jurídica y que sin embargo asegura el resultado económico ó social que pretende". (28) - La aseveración que nos comenta el autor, encierra una gran verdad, ya que al tratar de evadir la aplicación de una norma establece una conducta anormal o sea que utiliza medios o rea

(27) Nussbaum. Obra citada, pág. 147.

(28) Martin Wolff. Derecho Internacional Privado, Bosch Casa Editorial Urgil Sibis Barcelona 1936, pág. 137

liza conductas tendientes a la no aplicación de la norma, --- pues si ésta se aplicara afectaría intereses, y por lo tanto, la realización de un proyecto.

2.- Doctrina Mexicana.-- En el ámbito nacional, tenemos grandes exponentes en materia de Derecho Internacional -- Privado, entre ellos contamos con el Dr. Carlos Arellano García, Alberto G. Arce, Leonel Perez Nieto, José Luis Siqueiros entre otros, cuyas opiniones son base importante para el desarrollo de este tema. Por este motivo haré hincapié en las opiniones de algunos de ellos, sobre este tópico tan apasionante que es el fraude a la ley.

a) Dr. Carlos Arellano García.-- Es sin duda el doctor Arellano García uno de los jurisconsultos más prolífico en el tema, la sencillez y precisión de su redacción así como sus ejemplos actuales hacen que los conceptos y figuras más complicadas sean perfectamente comprensibles para el lector; de ahí que sus opiniones sobre el tema, son de suma importancia para la configuración de la presente investigación.

En su libro de Derecho Internacional Privado, respecto a los elementos distintivos entre el fraude a la ley y el orden público nos indica "En resumen tenemos dos elementos -- distintivos muy claros:

1) La no aplicación de la norma jurídica extranjera competente, en el fraude a la ley deriva, no de la ley misma

sino de la ubicación forzada, fraudulenta, insincera, antinatural, anormal de las partes dentro de los supuestos de la norma jurídica extranjera. El choque en el orden público, es del contenido de la norma extranjera con el sistema jurídico nacional. En el fraude a la ley repugna la conducta de las partes interesadas con el sistema nacional.

2) El segundo elemento es el fraude, es decir la falta de normalidad, la antinaturalidad, el engaño, la normalidad de colocarse dentro de la hipótesis de una norma jurídica extranjera única y exclusivamente para burlar la aplicación de la norma jurídica nacional.

El apartado anterior, relativo a los elementos que conciernen en el fraude a la ley, confirma la diferencia entre el orden público y el fraude a la ley puesto que en el orden público, no es necesaria la concurrencia de todos esos elementos que vuelven complejo el fraude a la ley". (29) Definitivamente las diferencias que hace el Dr. Arellano son esenciales para la distinción de estas dos figuras del Derecho Internacional Privado. Estas son importantes, ya que en muchas ocasiones se confunden, o la figura del fraude a la ley, la integran a la del orden público, siendo que hay elementos distintivos que las hacen diferentes. Cabe hacer notar que una de las características fundamentales que prevalecen

(29) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 711

para configurar el fraude a la ley, es el dolo, la intención de evadir una ley, situándose bajo el imperio de otra que conviene más para la realización de sus fines; características - que no se encuentran en el orden público.

Otra consideración que hace el maestro Arellano, es la que se refiere a la generalidad en la aplicación del fraude a la ley y dice: "Consideramos nosotros, que ha faltado un verdadero fundamento para admitir el fraude a la ley en unas materias y rechazarlo en otras, si el fraude a la ley se produce, debe de eliminarse la aplicación de la norma jurídica - extranjera más ventajosa, utilizada como instrumento para la comisión del fraude, sin discriminación apriorística ó dogmática de materias". (30) Es importante este criterio emitido por este autor, ya que, considero que en cualquier rama del - derecho debe de admitirse esta figura, siempre y cuando se -- configuren los elementos para tipificarlo como tal, ya que la finalidad del fraude a la ley es la de impedir la evasión artificial de la norma aplicable y dejar sin efectos a la norma jurídica extranjera que no es normalmente aplicable al caso - concreto.

Por último en la obra citada, el autor bajo el rubro "El fraude a la ley en el Derecho Mexicano indica". "La precariedad de la legislación mexicana, en temas iusprivatistas des-

(30) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 713

taca una vez más bajo el tópicodel fraude a la ley". (31) Definitivamente como lo había comentado con anterioridad, en -- nuestra legislación por desgracia no existen disposiciones ex presas, con el fin de limitar la anormal invocación, para la aplicabilidad de la norma jurídica extranjera; salvo en algunas disposiciones jurídicas dispersas en diferentes ordena--- mientos que analizaré en el transcurso del presente trabajo.

b) Alberto G. Arce.-- Otro de los doctos mexicanos de mayor relevancia en el campo del Derecho Internacional Privado, es el maestro Alberto G. Arce; que sobre el tema a tratar expone: "Cuando un nacional para escapar al imperio de los -- mandatos de su ley, se coloca por su voluntad en situación ju rídica distinta y logra que su ley nacional no se aplique, de cimos que hay fraude a la ley ó conexión fraudulenta, que es la que se adquiere con el propósito de eludir la propia ley". (32) Como se puede observar el autor hace un análisis claro - de lo que se entiende por fraude a la ley y destaca con gran acierto los elementos esenciales de éste, como son: la inten cionalidad para evadir la norma aplicable al caso concreto, el punto de conexión, existencia de una norma conflictual que dé competencia a la norma jurídica extranjera. Cabe hacer notar que los autores coinciden en que el fraude a la ley para

(31) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 719

(32) Alberto G. Arce. Obra citada pág. 195

que se pueda configurar como tal, debe de reunir ciertas características que lo distinguen de las demás figuras.

Otro de los puntos interesantes que trata el autor es cuando comenta "Algunos de los estados de la federación mexicana; han dado facilidades para obtener el divorcio dentro de su territorio. Naturalmente que los extranjeros o mexicanos de otros estados que han aprovechado esas facilidades, lo hacen siempre con el propósito de eludir las disposiciones de su propia ley". (33) Sin duda el comentario anterior reviste una gran veracidad, pues una de las prácticas más usadas para romper el vínculo matrimonial tratándose de nacionales o extranjeros, es el someterse a la legislación de un estado o país, ya sea porque la tramitación sea más expedita o menos requisitoria, facilitando así el logro de sus objetivos que en este caso se trata de la obtención del divorcio.

c) Leonel Pérez Nieto Castro, - El maestro Pérez Nieto en su obra Derecho Internacional Privado, toca someramente el tema del fraude a la ley, dando su punto de vista de la manera siguiente "El fraude a la ley es un medio utilizado por el órgano aplicador del derecho para impedir la aplicación en el foro de una norma extranjera, con la diferencia de que en este caso los supuestos son distintos pero en mayor medida precisables. Consiste en la utilización del mecanismo conflic

(33) Alberto G. Arce. Obra citada pág. 199

tual 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 conflictivo". (34) Como se observa el autor también recalca la existencia de elementos indispensables para que se pueda configurar el fraude a la ley, como es la voluntad para someterse al imperio de una ley diversa y obtener la realización de un fin determinado.

Con estos enfoques preliminares de las diversas opiniones de juristas, tanto nacionales como extranjeros podré introducirme a la parte medular de esta investigación y analizar más a fondo la controvertida figura llamada fraude a la ley.

(34) Leonel Pérez Nieto Castro. Derecho Internacional Privado 3° Edición Editorial Harle 1984, pág. 232 México.

C A P I T U L O I I IEL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO VIGENTE MEXICA
NO.1).- Generalidades

Como he comentado con anterioridad, la figura del -- fraude a la ley es poco contemplada, tanto a nivel doctrinal como legislativo, siendo este tema iusprivatista, muy precario en el derecho vigente mexicano y en cuanto a la legislación, no existen expresamente preceptos que lo determinen como tal. Ante esta situación comenta Alberto G. Arce: "En cuanto a las leyes mexicanas, es evidente que la noción del fraude a la ley va ligada estrictamente con la noción del orden público. Ya hemos dicho, que las leyes mexicanas son absolutamente territoriales, tanto en lo que ve a los extranjeros en la república, como en lo que ve a las leyes de los diversos estados. El fraude a la ley que se cometa por el extranjero no tiene importancia en cuanto a la ley mexicana, ya que esa misma ley aplicable a todos los extranjeros, no solo 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. El artículo 12 del Código Civil del Distrito Federal que en esta materia es obligatorio en toda la república, establece con toda claridad que las leyes mexicanas, incluyendo -

las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la república, sean nacionales o extranjeros, esten domiciliados o sean transeúntes. Aún cuando el extranjero tenga la intención de obedecer a su ley nacional, intención que incluye el fraude, en los Estados Unidos Mexicanos está obligado a cumplir con la ley mexicana, como determina el artículo 12 referido.

Por lo que ve a los mexicanos en el extranjero, es indudable que la aplicación fraudulenta de otra ley para escapar a lo que determine la ley nacional, 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 ó que no perjudiquen a terceros, los artículos 6° y 8° del Código Civil del Distrito, mandan 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 al interés público, o cuando la renuncia no perjudica derechos de terceros siendo nulos los actos efectuados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, 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 deben ser ejecutados en el territorio de la república, se regirán por las disposiciones del Código

Civil del Distrito". (35) La opinión del maestro Arce, es atinada, ya que, nuestras leyes son esencialmente territorialistas, tanto para nacionales como extranjeros, pues basta la sola lectura de los preceptos citados para confirmar la aseveración del autor.

Otro de los estudiosos del derecho que ha plasmado sus inquietudes sobre el tema es José Luis Siqueiros que en su conferencia dictada en la Academia Mexicana de Derecho Internacional, denominada La Crisis en el Derecho Internacional Privado en México, nos señaló: "De acuerdo con el sistema adoptado por nuestro código civil, las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la república, ya sean nacionales ó extranjeros, estén domiciliados en ella o sean simples transeúntes, dicha disposición trasluce un territorialismo a ultranza. En todo su rigor literal significa, que cualquier persona, por el simple hecho de ser habitante de la república, sea residente en alguna parte de su territorio, ó simple turista, quedará siempre sujeto a las leyes mexicanas. No importa conocer la nacionalidad del extranjero, ni saber cual es su domicilio fuera del país; sólo importa si el interesado es "habitante" de la república, con el agravante adicional de que dicho concepto tiene un significado heterodoxo

(35) Alberto G. Arce. Obra citada pág. 197 y 198.

dentro de la terminología jurídica. Según el diccionario, es "habitante" aquella persona que vive o mora en un determinado territorio, connotación que desde luego no correspondía a -- aquellos extranjeros que se encuentran accidentalmente en el país o son simples transeúntes.

El territorialismo encuentra también apoyo en nues--tro sistema federal. El artículo 121 de la Constitución en su Fracción o base I establece que las leyes de un estado de la federación sólo tendrán efecto en su propio territorio y que, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. Esta afirmación tan categórica debe interpretarse en el sentido de que la ley por su propio vigor o propio imperio no puede - ser obligatoria en otra de las entidades federativas, sin excluirse desde luego la posibilidad de que cualquiera de ellas dentro de su soberanía legislativa y por mandato de su ley interna, pueda aceptar la aplicación de la norma extraña. En otra forma no sería posible dar cumplimiento a la parte normativa del mismo artículo constitucional que establece que ente ra fe y crédito deberá darse en cada uno de los estados de la federación a los actos públicos, registros y procedimientos de los otros.

Algunos juristas y autores mexicanos apoyan la tesis de que todos los actos por los que se crean, modifican o disuelven derechos relativos al estado civil de los extranjeros, han quedado excluidos de la competencia legislativa de -

los estados. En nuestra opinión el problema ha surgido por la confusión de conceptos, ya que por "derechos civiles" el legislador ha entendido aquellos que el Derecho Civil otorga a los extranjeros en igualdad de circunstancias que los nacionales, es decir, el derecho a la personalidad jurídica, de adquirir propiedades, de poder testar, de ser heredero, de domiciliarse en el país; así el extranjero goza como el mexicano, del derecho de contraer matrimonio, de adoptar, de divorciarse, etc., derechos todos éstos que las legislaciones locales no pueden modificar o restringir en perjuicio de los extranjeros, facultad que en forma exclusiva corresponde a las leyes federales. Dicho en otras palabras, el concepto de "derechos civiles" de los extranjeros no debe confundirse con la condición jurídica de los mismos; esta última noción debe interpretarse como el conjunto de derechos y obligaciones a que están sujetos durante su permanencia en el país, es decir, su "status" frente al estado. El último concepto pertenece al derecho público y no hay duda que queda incluido dentro de los límites exclusivos de la competencia federal, en los términos del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política del País". (36) El comentario anterior encierra una gran verdad y viene a corroborar las afirmaciones que sobre la territoriali

(36) José Luis Siqueiros. Crisis en el Derecho Internacional Privado, El Foro No. 50, Julio-Sep. de 1965 México, D.F.

dad de nuestras leyes, se ha venido plantenado, asimismo en lo que se refiere a extranjeros. Son leyes federales, las que tienen facultades para legislar en esa materia y es precisamente el Congreso de la Unión a quien se le han otorgado éstas.

El Dr. Carlos Arellano García también aporta sus opiniones sobre el particular cuando comenta: "La precariedad de la legislación mexicana en temas iusprivatistas destaca una vez más bajo el tópico del fraude a la ley no tenemos disposición expresa que los prevenga como un medio para limitar la anormal o artificiosa invocación de la aplicabilidad de la norma jurídica extranjera. A nuestro legislador no le interesó establecer disposiciones sobre el tema del fraude a la ley."

Sin embargo sin decir expresamente, en la legislación el tema no pasa totalmente desapercibido en el sexto párrafo del artículo 3° de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, el artículo 17 y 38 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización," sigue diciendo el Dr. Carlos Arellano "Dado el territorialismo predominante en el sistema iusprivatista mexicano el fraude a la ley pasa a segundo término y carece casi de importancia. Es el fraude a la ley un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera que ha resultado competente. Si la norma jurídica extranjera no es competente, no es necesario invocar el fraude a la ley. De cualquier manera, para los casos limitados de aplicación de la norma jurídica extranjera, sería deseable, que la legislación mexicana estableciera

una previsión del fraude a la ley para evitar que ciertas normas jurídicas de imperatividad necesarias fueran evadidas ". (37) La -- acertada opinión del maestro Arellano coincide con los anteriores en lo que se refiere a la falta de legislación sobre el tema, además debemos considerar que como manera preventiva debe establecerse supuestos, para que en caso de que se configure el fraude a la ley haya preceptos normativos específicos que lo regulen.

Siguiendo con el desarrollo del tema, consideraré - algunas disposiciones de la legislación mexicana que están re- lacionadas con este tópico.

2.- Constitución Política Mexicana

El conjunto de reglas fundamentales que conforman la Constitución Política Mexicana señala en su artículo 73, - -fracción XVI; "El Congreso tiene facultad: Para dictar le-- yes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmi- gración y salubridad general de la república ". (38) La lec- tura del párrafo primero de la fracción XVI del artículo 73 Constitucional nos confirma lo comentado con anteriori- dad con respecto a que todas las facultades para legislar en esta materia se le otorgan al Congreso de la Unión en for- ma expresa, quedando incluido dentro de los límites exclusivos

(37) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 719 y 720.

(38) Constitución Política Mexicana. Tomo I, Ediciones Andrade S.A. México, D.F. 1977.

de la competencia federal.

3).- Ley de Nacionalidad y Naturalización

Otra de las disposiciones que hace mención del tema, es la Ley de Nacionalidad y Naturalización que en su artículo 17 nos dá idea del fraude a la ley el cual me permito --- transcribir:

Artículo 17 " Por conducto del Juez el interesado elevará una solicitud a la Secretaría de Relaciones Exteriores pidiendo su Carta de Naturalización y renunciando expresamente a su nacionalidad de origen así como a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier gobierno extranjero, especialmente a aquel de quien el solicitante haya sido súbdito, y a toda protección extraña a las leyes y autoridades de México y a todo derecho de los Tratados o la Ley Internacional concedan a los extranjeros; protestando, además adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades de la República. Estas renunciaciones y protestas serán ratificadas en la presencia del juez en el caso de naturalización ordinaria. 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 ó cualquiera otra disposición imponga o puedan imponer en el futuro."

En mi opinión este artículo hace mención en forma -- más precisa al tema objeto de esta investigación, ya que el artículo en su redacción menciona elementos que configuran el fraude a la ley.

Esta misma ley en su artículo 35 último párrafo, indica: "Ninguna autoridad Judicial o Administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros si no se acompaña la certificación que expide la Secretaría de - Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus -- condiciones y calidad migratoria les permita realizar el acto". (39)

Este párrafo del artículo 35 de la ley en comento ha tenido efectos muy positivos, ya que ha permitido eliminar la práctica defraudadora de la norma jurídica extranjera en materia de divorcio tan frecuente hasta antes de esta reforma (decreto del 8 de Febrero de 1971, publicado en "Diario Oficial" el 20 del mismo mes en vigor 15 días después de su publicación), ya que anteriormente los denominados matrimonios al va por eran prolíferos sobre todo en las fronteras.

4).- Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

Como se ha comentado con anterioridad las disposiciones que determinan al fraude a la ley como tal, son escasas y

(39) Ley de Nacionalidad y Naturalización. Tomo I Ediciones - Andrade, S.A. México, D.F. 1977

es en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, donde se hace mención expresa de esta figura, el artículo 3° de este ordenamiento indica: "La navegación en los mares territoriales de la república es libre para las embarcaciones de todos los países, en los términos del Derecho y Tratados Internacionales.

Las embarcaciones extranjeras que navegan en aguas mexicanas quedan sujetas por este solo hecho al cumplimiento de la leyes de la República y de sus reglamentos.

Las calificaciones necesarias para la resolución de los conflictos de leyes sin exceptuar la clasificación de bienes, serán las determinadas por la ley mexicana, salvo el caso en que conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera.

Si de acuerdo con las leyes del estado extranjero, declaradas competentes por las leyes nacionales ha lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que deban aplicarse.

Son inaplicables en México todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual sea calificado en México.

Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana..

Cuando la celebración o ejecución de los contratos

se realice o deba realizarse en territorio mexicano no serán válidas para las partes las cláusulas en que se obliguen a iniciar las acciones exclusivamente ante tribunales extranjeros y las sentencias dictadas por éstos, consecuencias de tales cláusulas, no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad mexicana y su cumplimiento no podrá ser reclamado ante los tribunales nacionales, salvo que el afectado hubiere optado por deducir su acción o ejecutar sus derechos en el extranjero." (40)

Por la lectura del anterior precepto se confirma la territorialidad de las leyes mexicanas que con anterioridad se mencionó, siendo evidente que el fraude a la ley en nuestra legislación va íntimamente ligado con la noción del orden público.

(40) Ley de Navegación y Comercio Marítimos. Ediciones Andrade, S.A. Decimocuarta edición, 1976, México, D.F.

C A P I T U L O I V

ESTUDIO PARTICULAR DEL FRAUDE A LA LEY.

1).- Casos Típicos

Hasta el momento se ha enfocado esta investigación a aspectos generales de la figura objeto de este trabajo, pero en este capítulo se profundizará más sobre los particulares que configuran el fraude a la ley.

En diversas épocas y países se han suscitado casos -- que por su naturaleza se les ha calificado como típicos, como es el de la Princesa Bauffremont, conocido mundialmente. Es el maestro J.P. Niboyet, quien nos coloca en el terreno de los - casos concretos, para examinar como se presenta de hecho este fraude en los dominios del Derecho Internacional Privado.

En diversas materias encontramos aplicaciones del mismo en las naturalizaciones llamadas fraudulentas, en los - cambios de domicilio, en los cambios de religión y en la realización, por último, de determinados actos jurídicos.

Primer caso.- La cuestión de las naturalizaciones - fraudulentas

La hipótesis de las naturalizaciones fraudulentas es la que ya ha quedado expuesta ante la necesidad de poner un - ejemplo desde el principio: Un matrimonio español, cansado de hacer vida en común, se naturaliza en Francia, únicamente por

que el divorcio existe en dicho país.

La calidad de franceses es para ambos cónyuges la condición sine qua non de su divorcio; y como éste es un fin -- que buscan, es fácil convencerse de que su intención no ha sido en modo alguno, la adquisición de una nueva nacionalidad -- con los derechos y obligaciones inherentes a la misma, han -- adoptado una nacionalidad como un remedio, con el único propósito de violar la ley interna que debieron respetar..

Examinemos algunos casos, uno de los cuales adquirió extraordinaria celebridad.

1. ASUNTO BAUFFREMONT --Las naturalizaciones llamadas fraudulentas han tenido lugar en numerosos países, pero el caso más conocido, a causa de la calidad de las personas que intervinieron, es el de la Princesa de Bauffremont, casada ésta -- con un oficial francés, los cónyuges obtuvieron posteriormente el único remedio que la ley francesa podía ofrecerles en -- aquella época (ésto ocurrió antes de 1884): 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 de 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, decidiendo que, se trataba de una naturalización fraudulenta. Los elementos de hecho eran los que ya hemos indicado, apareciendo en ellos, evidentemente, la intención de violar -- una ley imperativa que regía a los cónyuges. No había sinceridad en el cambio de nacionalidad, pues si la princesa de Bau--ffremont cansada de ser francesa (no lo era por su nacimiento), había experimentado la necesidad imperiosa de ser alemana en - el mes de mayo de 1875, esta necesidad se transformó en el mes de octubre en necesidad imperiosa de ser rumana, en virtud de su segundo matrimonio, lo cual demuestra por consiguiente, la falta total de sinceridad en dicho cambio de nacionalidad.

Esta cuestión se ha planteado igualmente en otros pa--ses. En Italia, el Tribunal de Génova solucionó en la misma - forma un litigio acerca de un caso de nacionalidad, aunque aje no a la cuestión de divorcio. En este asunto, el interesado - que estaba enemistado con individuos de familia, sabía que con--tinuando siendo italiano, sus bienes tendrían que ser hereda--dos por dichos individuos y que el testamento que hiciese se--ría nulo. Creyendo poder burlar esta disposición, dicho indivi--duo adquirió la nacionalidad austriaca, el Tribunal de Génova - falló en contra.

2. Entre las hipótesis de naturalización podemos ci--tar igualmente el conocidísimo caso de los matrimonios de --- Transilvania. Se trataba de húngaros, de austriacos, y hasta de franceses que se trasladaban a Transilvania para que se --

les considerase, mediante ciertos requisitos legales, como naturales del país, lo cual significa para ellos la posibilidad de divorciarse, posibilidad no reconocida en particular por la legislación austriaca y húngara. Un anuncio publicado en el periódico Neues Wiener Tabellblatt, de 22 de diciembre de 1878, decía: Un especialista informa discretamente a los cónyuges católicos separados, acerca del camino legal que hay que seguir para casarse nuevamente con otras personas. Se ve, por consiguiente, hasta que punto podían generalizarse los divorcios y como daban lugar a lucrativas industrias.

La validez de los divorcios obtenidos en tal forma y seguidos de nuevos matrimonios, pues una cosa era, generalmente, la continuación de la otra, se planteó en numerosos países: en Francia, Austria y en Hungría. Algunos tribunales anulaban estas uniones, declarando que habían ido acompañadas de la intención fraudulenta de burlar las más imperativas disposiciones de la ley.

Segundo caso.- Los cambios fraudulentos de domicilio

En lo referente al cambio de domicilio, es interesante hacer notar que la noción del fraude a la ley, tiene antecedentes bastante antiguos. En efecto, en el derecho anterior al siglo XIX, en el cual era el domicilio el que regía el estado y capacidad de las personas, surgieron ya casos análogos a los que constituyen el fraude a la ley, Froyland cita varios:

1. La costumbre de Normandía prohibía en absoluto a

los cónyuges contraer matrimonio bajo el régimen de comunidad de bienes. Algunos cónyuges domiciliados en Normandía, se -- trasladaban a París, donde fijaban su domicilio, regresando -- después a Normandía. Es el mecanismo del fraude a la ley. -- Froyland, que examina esta situación, nos dice que fué discutida en la Conferencia de Abogados de París, en la cual sostuvieron algunos la validez de dicha estipulación, mientras que otros, ponían de relieve el fraude cometido por los cónyuges. Esta última era la opinión de Froyland, el cual argumentaba -- que no por pasar furtivamente de una comarca a otra se deja de estar sometido a la ley del domicilio. Hay que establecer una distinción entre los normandos que se trasladaban a París para fijar allí su residencia y los que aparentaban establecerse en París, individualmente, existe en este caso y empleamos las mismas palabras de Froyland, fraude a la ley del domicilio, terminando dicho autor con una frase que todavía es exacta a la hora actual: "(Estos cónyuges son dos rebeldes -- que se pronuncian a la ley de su domicilio, cuya función es soberana en sus dominios 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)", y agrega para terminar: --- "(¿Qué acogida se dispensará a estos rebeldes, cualquiera --

que sea el lugar donde se les juzgue?)".

2. Poco 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 Froyland hay fraude a la ley; este traslado 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.

3. 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 pueda cambiar de domicilio, Froyland nos dice, que en este caso intervino fraude.

4. 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.

Tercer caso.- La cuestión de los cambios fraudulentos de religión.

En una sentencia dictada recientemente, se trataba

de un cambio de religión en Siria, con el fin de escapar a las consecuencias civiles de una ley. En dicho país, el estatuto personal depende de las creencias religiosas. Se trataba de un individuo de la secta maronita cristiano, por consiguiente, que había sido condenado a pagar a su mujer una pensión en concepto de alimentos. Dicho individuo se hizo musulmán 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 en este caso, es aún más ostensible que en la naturalización para divorciarse o en el 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 es una cuestión de alimentos. Hay pues intención decidida de sustraerse a la ley y falta total de la sinceridad en la aceptación de una ley distinta.

Donde no pueden hacerse diversos actos, en documento privado y sin ir acompañado de una cierta publicidad o de la intervención de notario; para escapar a estas condiciones dichos individuos se trasladan a un país extranjero cuya legislación no sea tan rigurosa a este respecto. Así la donación de bienes inmuebles no puede hacerse en España más que en escritura pública; si dos españoles se trasladan a un país ex--

tranjero en donde se pueda hacer tal donación en documento -- privado, ¿ se podrá considerar este acto como válido?, hay -- evidentemente entre estos 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 regil actum, la cual ha sido creada para que los na cionales que están en el extranjero 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.

Cuarto caso.- Reglas de fondo de los contratos

La noción de la autonomía de la voluntad ha adquirido tal importancia, que podemos en verdad preguntarnos, cuales son sus límites. Hay, a pesar de todo, estipulaciones prohibidas en los contratos, por lo cual es tentador el ir hacer un contrato en el país donde éstas son posibles, ya que la jurisprudencia, en la mayor parte de los casos, somete la validez de los contratos a la ley del lugar donde se estipulan. Supongamos, por ejemplo, dos franceses que quieren hacer un contrato y sustraerse de antemano a la autoridad judi cial para interpretarlo. Hasta fines del año 1925 esta cláusula estaba prohibida en Francia. La tentación era grande, - por lo tanto, para ir a firmar un contrato a Dover, ¿era posible sustraerse tan facilmente a la acción de la ley france sa?, el caso es idéntico al de las naturalizaciones. Se pue-

de cambiar de nacionalidad para invocar después sus consecuencias; pero no hay que olvidar que el cambio de nacionalidad ha de ser sincero.

Los individuos de nuestro ejemplo fueron a Dover o Londres por exigencia de sus negocios; fueron allí fraudulentamente, con el único propósito de firmar un acto que no hubieran podido firmar en otra parte. Hubo, pues, por su parte, intención de burlar la ley y falta total de sinceridad en su viaje. Pero si un hombre de negocios francés va a Londres para vender allí su mercancía y encuentra un comprador de otro país, las partes podrán adoptar todas las cláusulas previstas y posibles con arreglo al derecho inglés; no habrán ido a Inglaterra con el único propósito de burlar la ley francesa. Como puede apreciarse, encontramos siempre el elemento psicológico.

Hace poco tiempo, el fraude tenía también lugar en gran escala, en las relaciones entre Francia y la Alsacia y Lorena. Los contratantes no tenían más que tomar el tren o el aeroplano por la mañana para llegar a Estrasburgo a mediodía, firmar su contrato y volver a tomar el tren para dormir en París. Cuando la libertad de las partes conduce a tales consecuencias, es preciso evitar éstas.

He aquí porque interviene el fraude a la ley, cuando no puede recurrirse a otro remedio." (41)

(41) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 448 a 455.

2).- Origen del Fraude a la Ley

Mucho se ha dicho que el fraude nació con la ley, -- pues se afirma que el hombre nunca se ha ajustado espontáneamente a los imperativos de las normas de conducta impuestas por la autoridad; el ingenio humano se agudiza y se adelanta siempre un paso al legislador, encontrando el camino para eludir la aplicación de la norma. Sin embargo, en el derecho antiguo no se presentaba el fraude a la ley, ya que se trataba de derechos consuetudinarios, en los que las normas se establecían por un número determinado de experiencias, evitando así la fricción entre el hecho y el derecho, dificultando la determinación de las normas. Esta solución trae como consecuencia, la imposibilidad de que surjan figuras como la del fraude a la ley.

En el Derecho Romano no era conocida esta figura, al respecto, Javier Lluís y Nasbrusi nos comenta: "El primitivo Derecho Romano de la Ley de las XII Tablas parece haber ignorado totalmente la noción del fraude a la ley, como consecuencia de su criterio de estar a la mera expresión literal de la ley. Así era posible existir actos contra el texto, mas no -- contra el espíritu de la ley".

A primera vista es sorprendente que el derecho escrito en sus primeras fases (cuando apenas empieza a rebasar el carácter de norma consuetudinaria y de órdenes verbales de --

los directivos, para fijarse en textos escritos), sea precisamente cuando en muchos aspectos ofrezca un formalismo más rígido. En realidad, es una reacción bastante primaria ante el texto de la ley; precisamente por serlo suele repetir en las formas jurídicas más avanzadas entre las personas no profesionales del derecho, cuando se enfrenten con algún texto legal. Es que ante un texto normativo lo primero que capta la mente humana es precisamente la disposición escrita y se precisa de una segunda operación mental para pensar en su fundamento y el modo como éste puede delimitar y condicionar el valor de un precepto, y por tanto el frío alcance de la letra, que es así lo que previamente advirtió quien con ella se enfrentó.

Así se explica el cambio registrado en el período clásico. En él se introduce la idea de que la ley responde a una voluntad del legislador que precisa respetar y Ulpiano enseñará que quien procediere contra una prohibición legal actuaría contra lege, pero junto a esta infracción admite -- que quien sin violar la letra actúe contra su espíritu, obraría in fraudem legis. Así nace la figura del fraude a la ley. Pero la actitud mental a que responde este período aún tiene un contacto con el anterior: se ha percibido que la ley responde a un propósito del poder dispositivo, que hay otro elemento a tener en consideración además de la letra, que ésta no es más que un medio de expresión de una voluntad. Mas ambos elementos son objetivos, en el sentido de que, en si son

externos a la voluntad del súbdito; aún no se ha dirigido la atención hacia otro elemento, que es la actitud y voluntad -- del llamado a respetar y cumplir los preceptos legales.

A partir del período Justiniano se observa que existe la posibilidad de que un individuo, para burlar sin peligro, procure combinar actos de por sí válidos pero que en conjunto tengan por resultado sustraerle a la obligación de cumplir con un precepto imperativo. En ese momento la intención del agente adquiere considerable importancia y quedan sentadas las bases para poder desarrollar la figura del fraude a la ley.

El Derecho Internacional Privado, ha contribuido de modo destacado al desarrollo de la doctrina del fraude a la ley, la cual aún no tiene en los ordenamientos positivos, la amplia y general aceptación que convendría llegara a alcanzar. Esto no obstante, el problema a que tiende esta doctrina, es lo bastante amplio, general e incluso universalmente sentido como para haber proporcionado al refranero jurídico el aserto "hecha la ley, hecha la trampa" que no contribuye precisamente al prestigio de la ciencia del derecho.

Ya en el siglo XVII, la escuela holandesa, considerablemente territorialista, admitió como excepción a la aplicación de la ley de domicilio, haber modificado éste in fraudem sui iuris vel civium suorum. Aunque parezca paradójico, el mismo territorialismo de la escuela contribuiría a la acepta-

ción de esta excepción, pues precisamente el territorialismo a ultranza se prestaba al fraude por meros cambios de domicilio con intención defraudadora, cuya consecuencia era herir en su raíz el principio territorial en pro de la voluntad de las partes. Es decir, que desde este punto de vista, la escuela holandesa era consecuente con sus principios.

En el siglo XVIII el Derecho Interregional Francés nos presenta el caso aducido por Froyland, de un matrimonio que traslada su domicilio en Normandía a París, para alterar el régimen económico del matrimonio y lo califica de acto de rebeldía a la ley que se quiso defraudar con el cambio de domicilio.

Pero fué en el siglo XIX el que mostró un mayor desarrollo de la doctrina del fraude a la ley en la jurisprudencia internacionalista, sobre todo a partir del famoso caso de la princesa Bauffremont-Bibesco, que permitió a la jurisprudencia gala pronunciarse ampliamente sobre este problema".(42)

3).- Materias en que se presenta el Fraude a la Ley

La figura del fraude a la ley se ha considerado tradicionalmente como propia de la problemática del Derecho Internacional Privado, pero considero que por ser una disposición de

(42) Javier Lluís Nasbrusi. Revista General de Legislación y Jurisprudencia "El Fraude a la Ley en el Derecho Internacional de los Estudios, Tomo XXXIV, 2º Epoca, Madrid, España 1937, págs. 587, 588, 589 y 590.

carácter general, se presente en las ramas jurídicas que fueran susceptibles de ser objeto de la aplicación de esta excepción como es: Derecho Mercantil, Civil, Penal, etc.

Al respecto el jurista español Victor Romero del Prado nos indica: "Las múltiples relaciones jurídicas que se -- crean en el plano internacional imponen la determinación de -- las leyes que deben regularlas, y como éstas a su vez varían de un país a otro, de uno a otro lugar, se originan los llamados "conflictos de leyes en el espacio", porque pueden dos ó más, pero simultáneamente diferentes, pretender regirlas.

Hay que establecer así cuando es la ley normalmente competente para regir una relación jurídica y para ello ya fijaba Savigny a mediados de siglo pasado, como criterio guía: Aplicar a cada relación jurídica la ley más conforme con la -- naturaleza propia y esencial de esa relación, fijar su asiento, la siége, pues entonces "localizada" aquella será la ley de ese lugar lo competente lógicamente para regirla pues esta ría subordinada o sometida a ésta; o según criterio de Jitta, citado por el autor, buscar la que más favorezca el cumplimiento del fin: social de la relación ó para Pillet ante esa presencia simultánea y diversa de leyes, escoger la que más ó mejor responda al fin social de ellas.

No es esta la oportunidad de desarrollar estos criterios guías u otros que se han aconsejado seguir por la doctrina para la solución de tales conflictos legislativos, pe-

ro sí destacar que por diversos motivos los agentes del acto jurídico o partes intervinientes en la relación jurídica, para elegir el cumplimiento de las condiciones o registros exigidos por esa ley, normalmente competente para regirlo o, en otros términos, su aplicación, cambian de lugar para su celebración, sometiéndose así a las prescripciones de otro ordenamiento jurídico, configurándose lo que se denomina "Fraude a la Ley". Se evita, de esa manera, que se aplique la ley que corresponde y hace nacer el problema de la validez o nulidad del acto realizado de ese modo.

La inhabilidad legal de un acto determinado en A, se procura evitarla, trasladándose al lugar B, cuya ley lo permite o es menos severa o rigurosa operándose un cambio de domicilio o de nacionalidad por la naturalización en B, aún cuando luego se vuelva a A, ó en éste vayan a producirse sus efectos. Cambiando de ese modo el estatuto personal (ley de domicilio o de nacionalidad) se consigue una aptitud legal, una capacidad de la que se carecía, por el estatuto personal anterior, Así se logra obtener los casos habiendo un divorcio vincular, eludir un servicio militar; que una sucesión se rija por una nueva ley que dé o quite una nueva vocación hereditaria de la que antes se carecía o se tenía, o evadir el pago de un fuerte impuesto como en la constitución de una sociedad determinada, ó el cumplimiento de un requisito formal oneroso etc. En derecho de familia y en orden, especialmente a la ce-

lebración del matrimonio y el divorcio vincular, se han producido numerosos e interesantes casos". (43)

4).- Tendencias Doctrinales acerca del Fraude a la Ley.

Pese a que el fraude a la ley es una figura antigua cuya evolución se remonta al Derecho Romano, no se ha llegado a un acuerdo sobre ella, ni en la teoría ni en su aplicación práctica. Existen opiniones diversas sobre la precisión del concepto, subsisten también confusiones con otras figuras jurídicas, y se discute todavía acerca de la importancia de sus elementos y su aplicación práctica.

Las posturas doctrinales comunmente adoptadas son en el sentido de negar su existencia como figura autónoma, de aceptar un concepto sumamente amplio del fraude a la ley, que incurre en confusiones con otros tipos de fraudes ó de aceptarlo con algunas restricciones o limitaciones en su aplicación. J.P. Niboyet, nos Comenta al respecto:

a) "Doctrina que rechaza la noción del fraude.-

Para algunos autores el fraude a la ley no existe en Derecho Internacional. Cuando dos individuos piden que se les aplique su ley nacional, españoles que se han naturalizado en Francia, quieren estar sometidos a su ley nacional, no obstan

(43) Victor Romero del Prado. Manual de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires 1944, -- pág. 699.

te ser ya franceses. el juez español no tiene para que buscar los móviles, las intenciones por las cuales han querido hacerse franceses; esta cuestión no le interesa. Esos individuos, ¿son franceses o no?. En el primer caso, la ley competente para el divorcio es la ley francesa; y si el divorcio lo han obtenido en Francia, el juez español tiene que reconocerlo, - De modo que, conforme a esta opinión no hay que tomar en cuenta para nada las razones por las cuales los interesados han podido llegar a invocar esta ley; lo que se trata de saber es si jurídicamente pueden invocarla. Y es evidente, desde luego que un francés puede en derecho, invocar la ley francesa, un español, la ley española.

b) Admisión parcial de esta nación.-

Frente a esta teoría que elimina completamente del Derecho Internacional Privado la noción del fraude a la ley, aparece otra teoría que admite la noción que examinamos, pero solamente para los contratos y la forma de los actos, rechazándola por el contrario en todas las hipótesis de cambio de nacionalidad. Cuando se cambia de nacionalidad es por algo, a no ser que se trate de un hecho absurdo. Hay siempre, por lo tanto, un interés de no hacerlo, se conservaría la anterior nacionalidad.

A nuestro juicio, sin embargo, si los que cambian de nacionalidad tienen casi siempre una razón para hacerlo, esto no quiere decir que dicha razón sea necesariamente de orden -

matrimonial o familiar. Hay motivos para suponer y hasta para asentar el principio de, que la razón primordial es la de relacionarse, desde el punto de vista político con un nuevo estado; si después de eso hay que quedar sometido a las leyes nuevas, ésto no es más que una consecuencia, por lo general, si se pretende llegar a ser ciudadano de un nuevo estado, es más bien por razones de orden moral y sentimental. Hay pues una diferencia entre el que se naturaliza porque sus sentimientos le aproximan a un nuevo estado y el que por el contrario, se naturaliza únicamente porque sentimientos cada vez más intensos le distancian de su cónyuge. El fin que este último persigue con el cambio de nacionalidad no es otro que el de obtener un nuevo estatuto personal; mientras que, normalmente, el objeto excluido de una naturalización debe ser el cambio de vínculo político.

No es posible asimilar ambas hipótesis sin convertir los cambios de nacionalidad en simples asuntos inspirados en el interés, lo mismo que se tratase de una operación comercial.

c) Opinión de Niboyet.-

La noción del fraude a la ley 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 a que se refiera. Se trata pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que no

malmente debiera intervenir. Citemos nuevamente el ejemplo de la naturalización.

El divorcio está sometido en las relaciones internacionales, a la ley nacional de los cónyuges. Dos cónyuges españoles después de naturalizarse en Francia, podrían así divorciarse, puesto que la ley francesa se los permite. La noción del fraude a la ley va a permitir que a dichos individuos no se les aplique la ley francesa, que en caso normal, sería la ley competente.

Hay que distinguir dos casos:

Primero.- 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 donde habrá que aplicarle esta ley para todo su estatuto personal.

Segundo.- Un español se naturaliza en Francia, normalmente, sino interviniendo fraude; 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 sancionaría en España una violación de las leyes españolas, cometida por todos aquellos que se naturalizacen en Francia con el exclusivo propósito de divorciarse y burlar así la ley española. Disponemos pues, de un remedio, de una especie de excepción -

que permite rechazar todo cuanto los cónyuges pidan, fundándose en su nueva ley, en la ley francesa". (44)

El doctor Carlos Arellano hace un exhaustivo análisis sobre la postura de J.P. Niboyet, matizando más las diferencias al distinguirlas en:

"Primero.- Doctrina que rechaza la noción del fraude a la ley. Argumentan sus defensores que si dos sujetos cambian su nacionalidad para divorciarse, debe reconocerse ese divorcio, porque las razones que tuvieron para naturalizarse no hay motivo para que el juez las tome en cuenta. Son extranjeros y se puede reconocer su situación de divorciados.

En Alemania, según nos informa Aguilar Navarro, los autores impugnan el fraude a la ley para subsimirlo en el orden público o para considerar que no es una noción necesaria. Pero esa ya no es la situación imperante en la actualidad, - pues modernos autores, Kegel Neuhauss y Raape, ya han revisado la actitud alemana y le han dado mayor relevancia al fraude a la ley.

Sobre el particular Wolff considera que el fraude a la ley está subsimido dentro del orden público de donde derivaría que el fraude a la ley, es una noción superflua.

Consideramos que con los elementos distintivos establecidos entre el fraude a la ley y el orden público, es suficiente para que se tilde de errónea la postura que preten-

(44) J.P. Niboyet, Obra citada pág. 439, 440 y 441.

de la identificación de ambas nociones. Por tanto, la mejor - refutación a esa tendencia identificadora está en el señalamiento de los puntos de diferenciación entre una y otra noción.

En cuanto a la primera argumentación, de que no hay motivo para tener en cuenta las razones que tuvieron para naturalizarse, respecto de quienes cambiaron su nacionalidad para poder divorciarse, deben indicarse, que el juez vela por el respeto a las leyes, y si se burló la imperatividad de las mismas mediante artificios, mantener la imperatividad de sus leyes es una razón suficiente para tomar en cuenta los motivos de su naturalización no natural ni sincera.

Miaja de la Muela, en cierta forma parece inclinarse a la tendencia que rechaza el fraude a la ley, cuando nos dice:

"Si se entiende que el fraude a la ley es un concepto autónomo respecto al del orden público, calificado por un elemento intencional, aparte de desgajar la primera teoría del fraude en derecho interno, no es posible sustraerse al siguiente dilema: o sólo se sancionan los actos fraudulentos cuando son contrarios al orden público, es decir, a las leyes del foro de más rigurosa imperatividad, o en todo caso en que se haya buscado una combinación de actos para lograr un fin, aunque éste no sea contrario al orden público. En el primer supuesto, la teoría del fraude es superflua; en el segundo, sumamente peligrosa por suprimir la seguridad para los nego-

cios lícitos dentro del margen más o menos amplio que cada legislación deje a la autonomía de la voluntad."

Queremos entender, de estas frases transcritas de Miaja de la Muela, que más que rechazar la noción del fraude a la ley, se señalan los peligros a que pueden conducir el mal uso de esta noción y para evitarla será preciso determinar con mayor precisión al alcance y significado al fraude a la ley.

Segundo.- Doctrina que admite parcialmente el fraude a la ley. Menos drástica que la anterior, una segunda doctrina admite en parte, la noción del fraude a la ley "pero solamente para los contratos y la forma de los actos, rechazándola por el contrario, en todas las hipótesis de cambio de nacionalidad. Cuando se cambia la nacionalidad es por algo, a no ser que se trate de un hecho absurdo. Hay siempre por lo tanto, un interés; de no hacerlo se conservaría la anterior nacionalidad.

La crítica realizada por Niboyet a esta segunda tendencia es definitiva. Admite que los que cambian de nacionalidad tienen casi siempre una razón para hacerlo, pero esta razón no es necesariamente de orden matrimonial o familiar. La razón primordial es la de relacionarse desde el punto de vista político con el estado que otorgue la nueva nacionalidad. El que se naturaliza en otro país para divorciarse pretende cambiar su vínculo familiar, mientras que el naturalizado --

normal tiene la pretención de variar su vinculación política.

A esta segunda tendencia doctrinal limitativa del funcionamiento del fraude a la ley se refiere Orués y Arregui indicando que Arminjon aplica el fraude a la ley al fondo de los actos jurídicos, cuando, en virtud de la autonomía de la voluntad, eligen los contratantes cierta ley, en fraude de disposiciones imperativas aplicables a un contrato. Indica que según Pachioni, debe rechazarse el fraude en las hipótesis de cambio de nacionalidad.

El doctor Arellano considera que ha faltado un verdadero fundamento para admitir el fraude a la ley en unas y rechazarla en otras. Si el fraude a la ley se produce debe eliminarse la aplicación de la norma jurídica extranjera más ventajosa, utilizada como instrumento para la comisión del fraude, sin discriminación apriorística o dogmática de materias. A pesar de esa aseveración de alcance tan general, si aceptamos que el fraude a la ley no opera en aquellos casos en los que no se demuestre por presunciones la actuación insincera, anormal, antinatural, artificiosa de someterse a la norma jurídica extranjera con el único propósito de burlar la imperatividad de la norma jurídica nacional aplicable. Es timamos muy valedera en este sentido la opinión de Orués, quien recomienda:

"No debe, pues, aceptarse el fraude a la ley como excepción a la extraterritorialidad contractual, sino en a-

quellas ocasiones donde aparezca un meridiano caso; aun en ellos, no siempre se derivará la nulidad de los compromisos - contraídos".

Nos indica Orué que Ligeropoulo aconseja el empleo -- del fraude a la ley "con toda prudencia y moderación, siempre que sirva para corregir marcadas imperfecciones de la ley".

Tercera: Doctrina que admite sin limitaciones la doctrina del fraude a la ley.- Niboyet emite su punto de vista - en el sentido de que el fraude a la ley "debe aplicarse a todos aquellos casos de cualquier clase que sean, en que un individuo pueda invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia que se refiera. Se trata - pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente debiera intervenir".

No obstante la amplitud de su aseveración en el sentido de que el fraude a la ley se aplique a todos los casos, a través de los ejemplos que analiza, deja traslucir que, la norma jurídica extranjera puede ser aplicable y no dejarse de aplicar por fraude cuando normalmente le corresponde aplicarse a esa ley extranjera y sólo debe usarse el remedio del -- fraude a la ley cuando intervenga el fraude o sea, el artificio de colocarse al amparo de la ley extranjera únicamente para evadir la aplicación del imperio de la ley nacional.

En realidad, en apoyo de la doctrina afirmativa del fraude, podemos invocar todo el estudio precedente del frau-

de que nos denota la existencia de un buen remedio para impedir la evasión artificial a la norma aplicable, dejando sin efectos a una norma jurídica extranjera que no es normalmente aplicable". (45)

Después de las lecturas de las opiniones anteriores tanto de juristas nacionales como extranjeros, me permito poner a consideración las siguientes conclusiones:

1. De su negación - No es posible aceptar como válida la postura negativista porque se deduce la existencia del fraude a la ley como una figura distante de otros conceptos; aunque en ocasiones, sobre todo en el área del Derecho Internacional Privado, coincide con los supuestos de orden público pero aún así, no es posible su confusión, ya que éste presenta características esenciales que lo hacen diferente a otras figuras.

2. De su aceptación - Tampoco es posible admitir la aplicación de ese concepto a todos los supuestos imaginables sin restricción alguna, pues su configuración exige la existencia de ciertas limitaciones que se refieren a que sus elementos se den todos ellos, íntegra y realmente; a que se den las características esenciales que se requieran en las normas puestas en juego en el sistema jurídico, en las materias o ramas del derecho afectado. Cuando estos elementos y estas ca-

(45) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 711, 712, - 713 y 714.

racterísticas se presentan, la configuración del fraude a la ley es incuestionable.

3. De sus limitaciones - En general las limitaciones que se toman en cuenta no derivan de las características propias de la figura, como debería de ser, sino que la conexión que hay con ella, depende generalmente de la postura del actor respecto de la concepción del derecho y sus principios fundamentales.

Entre los juristas que rechazan la utilidad del fraude a la ley sobre la base de que los resultados que con ello se pretende lograr indicando que también pueden alcanzarse a través de otras figuras jurídicas, tenemos a: Wolff, Alfonsín Miaja de la Muela; Otros rechazan categóricamente la aceptación del fraude a la ley en la técnica del Derecho Internacional Privado, sin pretender sustituirlo, sino negando la necesidad de su aplicación, debido a la inseguridad que su aplicación propicia en el ámbito de las relaciones jurídicas, entre ellos Romero del Prado, Anzilotti.

La Doctrina Francesa ha dado una amplitud a la aplicación del fraude a la ley, entre los principales que la desarrollan encontramos a: J.P. Niboyet y Dubois, entre otros.

5).- Elementos del Fraude a la Ley.

Uno de los temas de discusión entre los juristas es el relativo a los elementos que deben constituir la figura -

del fraude a la ley; algunos se refieren a aspectos eminentemente técnicos como son, la naturaleza de las normas y sus elementos, en cambio otros hacen referencia a aspectos axiológicos como son la finalidad de las normas y su relación con otros fines normativos. Bajo el rubro "Condiciones para poner en práctica la noción del fraude a la ley", J.P. Niboyet nos indica dos: "La primera el fraude, la segunda la imposibilidad de impedir la aplicación de la ley extranjera si no se recurre a la noción del fraude a la ley.

Primera condición: Que existe un fraude.- La noción del fraude no la adoptamos aquí tal y como se le entiende por lo general en derecho interno, en el que aparece como el medio clásico suministrado por la acción Paulina del Derecho Romano, para proteger a los acreedores contra los manejos anormales que sus deudores realicen con intención de perjudicar. Así. comete fraude el deudor que estando ya en situación muy difícil, vende a un tercero, por una pequeña cantidad, un establecimiento de comercio, con el fin de que ya no figure en su patrimonio, disminuyendo así la masa de bienes que constituye la única garantía de sus acreedores. En este caso, el fraude es la intención de causar un perjuicio a sus acreedores con el propósito de constituirse en estado de insolvencia.

En el Derecho Internacional Privado, el fraude a la ley no es eso; su finalidad es distinta. Cuando un individuo

comete el fraude a la ley no pretende en modo alguno causar perjuicio a sus acreedores, sino sustraerse mediante hábiles manejos a la acción de una ley que le contraría, sometiéndose para ello, al imperio de una ley más tolerante. El fraude que nos interesa aquí es la intención, es decir, la voluntad de -- burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. Se trata, es verdad de una intención - pero no va acompañada del propósito de causar un perjuicio a un tercero, sino que tan sólo de no respetar la ley.

El elemento que nos permitirá caracterizar este fraude será en particular, la ausencia total a veces de toda sinceridad en las circunstancias, en virtud de las cuales se invoca el beneficio de la ley extranjera. En efecto; si el acto ha sido perpetrado con el fin de poder invocar, en lo sucesivo, una ley distinta de la que debiera aplicarse normalmente, no hay - sinceridad en los interesados; esto se ha colocado bajo el imperio de otra ley con el único objeto de burlar la primera y no para vivir normalmente bajo el imperio de la segunda ley.

Resulta de aquí, si un individuo consigue colocarse bajo el imperio de una ley extranjera más ventajosa para él - sin intención de burlar la ley anterior no habrá intervenido fraude alguno.

Hay que entender por lo tanto, no al resultado obtenido, sino al grado de imputabilidad, a la medida con arreglo a la cual se ha intentado burlar la ley. El elemento psicoló-

gico es el que habrá de tenerse en cuenta; y el encargado de apreciarlo será el juez". (46)

Javier Lluís Nasbrusi, en La Revista General de Legislación y Jurisprudencia enfoca el tema considerando los siguientes elementos:

I. - De la existencia del fraude a la ley:

a). Que tenga lugar la modificación de una situación o condición jurídica. - De no darse esta circunstancia podrán darse otro tipo de vulneraciones, más no constituirá propiamente un fraude a la ley, ya que este requisito es consubstancial con la naturaleza del fraude a la ley, por lo que tiene de actividad dirigida a perturbar los efectos del derecho.

Existe por ejemplo el caso de la fundación de una compañía que desde su origen adolezca de un móvil fraudulento. Aparentemente en tal caso no habrá modificación de situación legal, puesto que el fraude se haya en el inicio del convenio asociativo. En realidad, si hay modificación, no del estatuto social pero si de la condición jurídica de los asociados, que a los derechos individuales unen los derivados del pacto social es decir, que para que pueda existir fraude puede bastar que haya un aspecto parcial en que tengan lugar tales modificaciones. Luego ya serán las repercusiones de esa modificación parcial las que desarrollen el alcance del móvil fraudulento.

b). Que tenga apariencia de decisión jurídicamente -

(46) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 446 y 447.

normal y lícita.- La ilicitud corresponde a otras figuras jurídicas (delitos, etc.) pero precisamente la idea del fraude de ley apunta los casos en que se han soslayado las previsiones legales sobre vulneración de las disposiciones de la legislación.

Aquí radica uno de los problemas graves de los requisitos de la figura del fraude de la ley y de donde los autores no están de acuerdo. Para la Doctrina Objetiva Pura basta con que haya violación de la ley, con independencia del propósito del agente. La doctrina subjetiva por el contrario se centra tan sólo en la voluntad del agente, despreocupándose de la necesidad de la violación legal. En cambio, la doctrina mixta exige la concurrencia de dos elementos. O si se prefiere se precisará del corpus y del animus.

El requisito del ánimo es evidentemente imprescindible, sin él, como observa Yangua se podrá hacer un acto contra ley pero no en fraude de la misma. Ello tiene como consecuencia que un mismo acto pueda merecer diferente calificación jurídica según la intención de las partes. Que si ésta responde a un móvil malicioso tenga como resultado la invalidación de tal acto: y si no obedece a tal finalidad nos hallaremos ante un supuesto normal regulado normalmente por las leyes como cuando no interviene tal problema del fraude, no podemos soslayar que éste, como todos los requisitos y teorías subjetivos, se presta a peligros de prueba en la práctica. -

Ante todo, obsérvese que mayor es el peligro contrario, que -- obrando de buena fe una persona pueda verse como defraudadora y sus actos dispositivos invalidados.

Pero, además hay situaciones que el fraude es evidente y por tanto, normalmente no habrá problema grave, pues la realidad de los hechos permitirá fácilmente apreciar si existe o no. No olvidemos que para realizar un fraude de ley, es preciso proceder a realizar una serie de operaciones y combinaciones que es más que dudoso se hagan de buena fe. Por tanto, es problema de apreciación de intenciones, en la práctica es más aparente que real.

Ahora bien,, sobre la naturaleza de este ánimo, preciso es tener en cuenta que responde al propósito de eludir no de violentar la ley; pues en tal caso ya no nos hallaríamos ante la figura del fraude, sino de otras infracciones e ilegalidades.

El segundo elemento, el corpus, también es necesario, sin él, como observa el ya citado Yangua, será posible un acto inmoral, un acto sancionado por la ética, pero no por el derecho, cuya aplicación no se rehuye. Con todo téngase en cuenta que en los casos en que los preceptos éticos están sancionados por la ley y son de aplicación, ya no cabrá esta diferenciación, pues en tal evento los preceptos morales sin dejar de serlo, se habrán de convertir, además, en legales y su fraude será un fraude a la ley, aunque sea una ley que podríamos de-

nominar de segundo grado.

c). Que tras esas apariencias de licitud, el fin perseguido sea el de rehuir la aplicación de algún precepto dispositivo de la ley.- En parte hemos tratado ya de esta cuestión en el apartado anterior, al hacer referencia del cuerpo y del ánimo del fraude en el que es preciso inclinarse por la teoría mixta y ello no por un eclectisismo cómodo y simplista sino porque este caso en la teoría más general que ha advertido más elementos a tener en consideración.

De no existir la referida finalidad, no habría tal fraude y, sobre todo, no habría incumplimiento de las exigencias del legislador, extremo éste que es clave para el fundamento mismo de la institución.

d). Que se realicen actos aisladamente válidos, pero que persigan y provoquen un resultado ilegal.- Si los actos no fueran aisladamente válidos nos hallaríamos ante otras figuras de vulneración legal; si no hubiera un resultado ilícito o éste no se buscara, faltarían el fraude objetivo y su propósito (fraude subjetivo). Como dijo Arminjon, es preciso que el sujeto se refugie "tras el texto de la ley para violarla en su espíritu". Pero, además, hay que tener en cuenta que es violada de un modo especial, que hay otras formas en que también se plantea el problema del respeto a textos de valor legal, pero violando su espíritu. En realidad este requisito está implícito en los antes señalados, si bien con--

viene insistir en la precisión de que se vean relacionados. De que se llegue a una conclusión simple, en cierto sentido, a partir de elementos diversos utilizados con un fin convergente.

e). Que las normas cuya aplicación se burla no pertenezcan a la esfera de la autonomía de la voluntad.- Es decir que se trate de disposiciones de carácter perceptivo o de orden o de interés público, de ahí precisamente resulta que en Derecho Internacional Privado esta excepción tenga carácter - hasta cierto punto complementario de la de orden público, cubriendo muchos de los posibles huecos de que pudiera adolecer ésta. La razón de ser de dicho requisito es clara. Sería ilógico y disconforme con la naturaleza y fundamento de la institución, exigir en nombre de una medida de carácter tan excepcional un rigor mayor del impuesto por las instituciones dirigidas a regular normalmente los actos de los hombres. Además, donde la ley admite las libres decisiones de la voluntad, difícilmente podrá haber fraude al legislador. Si hay infracciones de otra índole, otras serán las instituciones llamadas a poner coto a dichos abusos.

Ahora bien, ya hemos dicho que la autonomía de la voluntad no es una patente de corso. Incluso en los ámbitos en que se admite la libertad de acción, suele haber normas preceptivas y naturalmente, si éstas fueran burladas se daría lugar a la aplicación de la doctrina del fraude a la ley.

Tratándose de una institución que se halla aún en una fase de elaboración mucho más doctrinal que positiva, resulta en la práctica muy difícil hallar un motivo objetivo de determinación de los casos en que pueda aplicarse la excepción del fraude a la ley". (47).

El Doctor Carlos Arellano García, en su libro Derecho Internacional Privado, hace un análisis de las diferentes opiniones acerca de los elementos del fraude a la ley, y concluye acertadamente al exponer: "Estimamos nosotros que no es necesario calificar de objetivo o subjetivo los elementos del fraude a la ley, ya que, de cualquier forma, los elementos -- subjetivos únicamente tendrán relevancia jurídica mediante la prueba presuncional basada en antecedentes objetivos de los que se desprenden los consecuentes objetivos.

Para determinar los elementos del fraude a la ley, -- concordamos con Aguilar Navarro, en que basta analizar la forma de operación del fraude a la ley y determinar los factores que concurren. En nuestra opinión los elementos del fraude a la ley son los siguientes:

1. Una norma conflictual que le da competencia a la norma jurídica material extranjera.

2. Colocación de la situación concreta dentro de -- los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

(47) Javier Lluís Nasbrusi. Obra citada pág. 606, 607, 608, -- 609 y 610.

3. Mayor benignidad, conveniencia o ventaja, desde el ángulo de los interesados, en la norma jurídica material extranjera.

4. Mayor severidad, más rigor, menos conveniencia o ventaja desde el punto de vista de los interesados en la norma jurídica material nacional.

5. Intención de evadir la norma jurídica nacional material originalmente aplicable, antes de producirse el segundo elemento.

6. Artificio, falta de sinceridad, anormalidad, -- antinaturalidad en la ubicación dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

7. Evasión a la imperatividad de la norma jurídica nacional que deja de ser aplicable en virtud de que los interesados cambiaron la situación de hecho que les ligaba con esta norma jurídica nacional." (48)

Después del estudio de las posturas anteriores puedo concluir que para que se configure el fraude a la ley debe contar con los siguientes elementos:

1) Artificiosos o maquinaciones, entendiéndolo como una intención dolosa para burlar una norma que contiene una disposición prohibitiva que impide total o parcialmente la realización de un proyecto.

(48) Dr. Carlos Arellano García. Obra citada pág. 708.

2) Existencia de una norma conflictual que le dá - competencia a la norma jurídica extranjera.

3) Intencionalidad de evadirse al imperio de la norma jurídica nacional que dejaría de ser aplicable cuando el o los interesados se sometieran a una jurídica extranjera más tolerante.

4) Colocación del caso concreto dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

6).- Semejanzas y diferencias entre el orden público y el fraude a la ley.

Uno de los temas que apasiona más a los juristas es sin duda alguna las diferencias que existen entre el orden público y el fraude a la ley, pero antes de llegar a determinar esas diferencias, primero haré un pequeño estudio previo, de lo que se entiende por orden público.

Leonel Pérez Nieto nos indica el concepto de orden público "Como medio de que se vale el juez para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera, normalmente competente." (49) Niboyet lo considera "Un remedio para no aplicar una ley extranjera que en caso normal sería competente." (50) Alberto G. Arce dice: "La noción del orden público se refiere al derecho que tiene un país para no aplicar la

(49) Leonel Pérez Nieto Castro. Obra citada pág. 229

(50) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 381.

ley extranjera cuando esta aplicación le perjudique; el mismo Arce en su obra cita a André Weiss, que dice; que la noción del orden público es por sí misma tan obscura, tan incierta, que no puede definirse sino clasificándola. Para este autor el orden público que los nacionales no pueden violar es el orden público interno, que ejerce la influencia -- dentro del territorio del Estado, en el resorte de una sola y misma ley, en las relaciones de un soberano y los súbditos que, por nacionalidad están sometidos a su autoridad. El orden público internacional por el contrario, aparece en las relaciones de un individuo y de un estado, a que no está sujeto por su origen. El orden público internacional y el orden público interno proceden del interés general; pero el interés público tiene menos exigencias en un caso con otro, como lo muestra el ejemplo que se presenta con las leyes que concierne al estado y capacidad de las personas, que generalmente se admiten que la siguen a país extranjero. Un Holandés no se considera mayor de edad y por consiguiente capaz de ejecutar los actos de la vida civil sobre el territorio francés, sino de la edad de 23 años, que fija la legislación nacional y nadie pensará aplicarle en este caso la disposición del Código Civil Francés que declara mayores de edad a los franceses a los 21 años cumplidos. Esta disposición no es un mandato de orden público internacional y sin embargo es evidente de orden público interno, en el sentido de que los franceses no po

drían contravenirla en sus contratos estipulados, por ejemplo, que serían capaces de contratar a los 20 años, porque -- ese convenio no tendría ningún valor". (51)

El Maestro Trigueros Sarabia nos brinda su aportación cuando dice que "Algunos tratadistas entienden el orden público con imprecisión que hacen de dicho concepto una idea tan ambigua que redundaría en hacer tal concepto inútil.

Es peligroso emplear este tipo de conceptos y aún -- cuando sean usados generalmente deben de prescindir de ellos para substituirlos por ideas más tangibles y más fácilmente -- manejables, que si bien tienen un nombre universalmente adm^utido nos pueden acercar más a los fenómenos que queremos estudiar. Veamos con este enfoque si a la luz de la razón re-- siste la idea de orden público un serio análisis y si en ese caso puede sernos útil para el desarrollo de este estudio.

En los estudios de Derecho Internacional Privado, -- es frecuente encontrar la división del orden público en or-- den público internacional y orden público interno. Arminjon presenta como ejemplo para establecer la distinción el si--- guiente: Un egipcio musulmán está considerado en Francia como mayor de edad a los 18 años, en tanto que un francés será -- considerado menor de edad, no obstante cualquier aclaración que pueda hacer en sentido contrario, la ley que fija la ma-

(51) Alberto G. Arce. Obra citada pág. 188.

yoría de edad en los franceses a los 21 años, es de orden público interno. Si este mismo musulmán se ha casado ya, y pretende contraer matrimonio con una musulmana, no le será permitido porque la ley que prohíbe la poligamia es de orden público internacional.

No sólo en el Derecho Internacional Privado, sino en todas las ramas del derecho ha tomado incremento considerable la noción de orden público y como vemos no puede ser más imprecisa y más ambigua. De ello puede deducirse todas las consecuencias que pretenda, con el peligro de que cegados por su aparente realidad, nos oculte los verdaderos motivos de la solución de los problemas. Nociones como la de "orden público" - en el Derecho Privado, "igualdad" en Derecho Constitucional y otras muchas, no son sino palabras cuyo significado nada tiene de real y de las cuales resultan las consecuencias menos apegadas a la verdad jurídica.

Del principio de "orden público internacional" los tratadistas pretenden deducir la necesidad de descartar la vinculación señalada por la regla de Derecho Internacional para aplicar la ley del lugar en que el problema se trata; pero ninguno de sus partidarios pueden determinar de manera precisa y clara cuáles son las disposiciones que se encuentran en estos casos.

Sigue diciendo el Maestro Trigueros que, "todos los actores, para precisar su idea de orden público señalan los -

más variados ejemplos, concluyendo que no pueden darse una idea fija de este concepto la que es esencialmente mutable. - La idea general que se persigue de orden público es en su fondo exacta, aún cuando veremos adelante, debe justificarse por causas enteramente diversas. Hay casos en que efectivamente la ley territorial debe aplicarse siempre, a determinadas relaciones de derecho. No pueden éstas reunirse en un solo grupo y ser llamadas en conjunto con un sólo nombre.

Al hacer clasificación de las leyes que integran un sistema de Derecho Positivo, hemos de ver que las reglas de vinculación tienen por campo sólo determinadas clases de leyes, siendo éstas solamente las que pueden ser en casos señalados substituidas por leyes extrañas. Hemos de estudiar al ver las causas que pueden motivar la alteración o la anulación de las reglas de vinculación, como, sin necesidad de recurrir a la noción confusa, imprecisa y ambigua de "orden público". pueden encontrarse las debidas soluciones de los diversos problemas que han de estudiarse.

La necesidad de recurrir a la noción de orden público se impone cuando se pretende estudiar al Derecho Privado - Internacional desde un punto externo o desde un principio sen- tado a priori.

Al colocarnos en el plano real al estudio del Derecho en el interior de un sistema jurídico, apreciaremos la inutilidad de esta confusa noción, pues veremos que las re--

glas de vinculación o de Derecho Internacional Privado sólo se aplican al subsistir algunas leyes de entre las que forman un sistema de Derecho Positivo por las leyes extranjeras y que aún en el caso de una normal sustitución pueden presentarse hipótesis realizables en las que la vinculación normal no puede o no debe surtir su efecto por faltar a la finalidad pretendida por el legislador. Veremos que las reglas de vinculación no obran sobre las reglas constitutivas sobre las reglas de calificación, etc., y que hay casos en que la inexistencia de una institución jurídica o el fraude a la ley hace ineficaz la regla de vinculación.

Como puede verse, con lo anterior, no es posible hacer caber estas ideas tan disímbolas en una sola designación ni comprenderlas en una noción general que traerían las mismas consecuencias que las de orden público internacional que criticamos. Lo que importa precisamente apartarnos de esta -- clase de nociones y basar nuestro estudio sobre ideas precisas aunque no se escuden en frases consagradas." (52)

En base a las opiniones emitidas anteriormente podemos entender como orden público el remedio que impide la aplicación de una norma jurídica extranjera competente, pues de aplicarse provocaría un malestar social, impediría la sa-

(52) Eduardo Triguerras Sarabia. Estudios de Derecho Internacional Privado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1980, pág. 190, 191 y 192.

satisfacción de una necesidad colectiva ó evitaría la obtención de un beneficio para el conglomerado.

Después de tener una idea más precisa sobre esta figura, expondré algunas de las diferencias con el fraude a la ley, que proponen algunos autores, Goldschmidt afirma que "El fraude a la ley existe y se sanciona en cualquier rama jurídica tanto en el Derecho Internacional Privado, como en el orden interno. En cambio dice, el orden público es para él materia exclusiva del Derecho Internacional Privado, ya que supone la aplicabilidad del Derecho Extranjero. Por otra parte distingue desde el punto de vista de la naturaleza de las instituciones, 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 no debe ser aplicado por atentar contra el orden público de un estado". (53)

J.P. Niboyet en relación con el tema cuestiona lo siguiente: "¿Que relación existe entre la noción del orden público y la del fraude a la ley?. Comenzando con el punto de vista de Bartin, quien incluye la noción del fraude a la ley dentro del orden público, en el cual aquella constituiría un simple caso. Para sostener este punto de vista perfectamente admisible, se razona así: No se debe aplicar una ley extranjera en un país cuando de ello resulte una perturbación social. Si se

(53) Werner Goldschmidt. Sistema y Filosofía del D.I.P., Barcelona 1948, Tomo I, pág. 173.

consciente en cometer relaciones jurídicas a leyes extranjeras, esa condición de no perjudicarse así mismo. Este perjuicio puede sobrevenir de dos maneras diferentes:

Primera.- El orden público nos sirve para eliminar una regla extranjera, porque su contenido en derecho, es inconciliable con nuestro orden público.

Ejemplos: a). Un matrimonio extranjero pide el reconocimiento de un hijo adulterino en España. La ley extranjera que admite esta acción, es inconciliable con el orden público español.

b). Si un matrimonio belga solicita un divorcio ante un Tribunal Español, se le responderá que el divorcio no existe en España. La ley belga que admite el divorcio es inconciliable por lo tanto, con el orden público español. Hay, en suma defecto de comunidad jurídica entre estos estados.

Segunda.- Cuando se trata del fraude a la ley, el caso es distinto, la ley extranjera en sí, no quebranta en modo alguno el orden público de otro país. En efecto; si se trata de belgas divorciados en Francia conforme a la ley belga, puede invocarse su derecho en España, pues éste no quebranta el orden público español. Pero el caso será muy distinto si esta ley belga, se aplica a españoles que normalmente debieran haber continuado sometidos al imperio de la ley española.

Lo que en este caso es inconciliable con el orden pú-

blico no puede ser, en derecho la ley belga en sí sino el hecho de que se aplique a españoles que fraudulentamente la han invocado. Si se le aplicase a verdaderos belgas e incluso a españoles sinceramente naturalizados, el caso sería distinto.

Por consiguiente, los aspectos del orden público no serían más que estos dos: El aspecto jurídico: En derecho, la ley extranjera es inconciliable con el orden público; y el aspecto de hecho: en ciertos casos concretos que no pueden ser determinados de antemano la aplicación de la ley extranjera es inconciliable con el orden público.

Si bastase a los españoles este subterfugio para divorciarse y regresar después a España, libres ya del vínculo matrimonial que querían disolver, habría que reconocer que este resultado no solamente sería una consecuencia extraña, sino además, un acto descarado frente a todos aquellos que estuviesen sometidos a la ley española. Este resultado sería inconciliable con el orden público." (54)

El maestro Carlos Arellano resume dos elementos distintivos muy claros:

"1. La no aplicación de la norma jurídica extranjera competente, en el fraude a la ley deriva, no de la ley misma, sino de la ubicación forzada, fraudulenta, insincera, antinatural, anormal de las partes dentro de los supuestos de la -

(54) J.P. Niboyet. Obra citada pág. 461, 462 y 463.

norma jurídica extranjera. El choque en el orden público es - del contenido de la norma extranjera con el sistema jurídico nacional. En el fraude a la ley repugna la conducta de las -- partes interesadas con el sistema nacional.

2. El segundo elemento es el fraude, es decir la falta de normalidad, la antinaturalidad, el engaño, la anomalía en colocarse dentro de la hipótesis de una norma jurídica extranjera única y exclusivamente para burlar la aplicación - de la norma jurídica nacional.

El apartado anterior relativo a los elementos que concurren en el fraude a la ley, confirma la diferencia entre el orden público y el fraude a la ley, puesto que en el orden público no es necesaria la concurrencia de todos esos elementos que vuelven complejo al fraude a la ley." (55)

En el fraude a la ley, la maniobra es importante como base de la excepción, es indispensable comprobar que se han - cado cada uno de los elementos, pues si uno de ellos falta, - la figura no se integra y la excepción, en el caso de la --- excepción de orden público lo único que se tiene en considera- ción es el resultado, no es necesario averiguar nada respecto de la conducta que lo antecedió, es suficiente con que su resultado no sea congruente con las normas jerárquicamente supe- riores del sistema en donde se va a aplicar para que la excep-

(55) Dr. Carlos Arellano García, Obra citada pág. 711.

ción pueda presentarse.

En ocasiones, por circunstancias especiales, puede oponerse indistintamente una y otra excepción, pero esto no -- significa, que ambas figuras sean idénticas, sino únicamente que a sus efectos puede aplicarse en ocasiones la misma solución. No siempre que un fraude a la ley se presenta, puede oponerse simultáneamente la excepción de orden público. Quiero recalcar que una gran diferencia entre estas dos figuras es sin duda alguna, la intencionalidad para evadir la aplicación de la norma jurídica nacional, característica esencial en el fraude a la ley. Para finalizar este tópico, me permito afirmar que la naturaleza del orden público y del fraude a la ley son diferentes, ya que, en el primero choca el contenido de la norma extranjera con el sistema jurídico nacional, mientras que en el segundo repugna la conducta de las partes interesadas con el sistema nacional.

7).- Efectos del Fraude a la Ley.

En cuanto a los efectos del fraude a la ley, existen diversas opiniones entre los estudiosos del derecho, tomaremos algunos de ellos para dar una panorámica mas general -- del tema.

Lluís Nasbrusi Jaime hace una división de los efectos del fraude a la ley, tomando en cuenta:

"1. En cuanto al ámbito de su alcance.

Modifica la determinación de la norma a aplicar al - hecho fraudulento concreto de modo que las leyes imperativas no resulten burladas. Hay autores que sostienen que debería acarrear la nulidad de todo el complejo de actos dirigidos a provocar el fraude y no tan solo los efectos fraudulentos de los mismos. En realidad, si a lo que se dirige la institución es a evitar burlas a las leyes, bastará con anular los efectos defraudadores con lo cual habrá la ventaja de una menor - alteración de situaciones jurídicas susceptibles, entre otras posibilidades, de afectar a terceros de buena fe. Esto no excluye que, en algún caso concreto, el alcance del fraude pueda ser tan amplio que obligue a alterar todos los actos a él dirigidos; más no modifica esto el principio general, sino - que nos muestra en una de sus peculiares facetas.

Así por ejemplo, si un castellano se hace navarro con el exclusivo propósito de desheredar a sus hijos, resultará nula la desheredación, pero no lo serán los restantes cambios de su condición jurídica.

Hay además, dos razones que abogan en pro de esta limitación de efectos legales:

a). Negativa: La razón del daño jurídico a evitar, só lo es preciso aplicarla allí donde el daño resulta efectivo y en cierto sentido pretendido, es decir, el ámbito objeto del móvil fraudulento.

b). Positiva: Una más amplia aplicación de la excep-

ción del fraude a la ley tendría como consecuencia una alteración total de las condiciones jurídicas de una persona, con la natural inseguridad para ellos y lo que es peor, para quienes de buena fe tuvieran relaciones con ellos.

En resumen: Exagerar el alcance del fraude de ley parece innecesario y además peligroso.

2. En cuanto al ámbito de sus prescripciones.

a). Negativo: Enerva la aplicación de las normas a las que el defraudador se quizo someter.

b). Positivo: Prescribe la aplicación de las disposiciones queridas por el legislador, desde el momento en que -- las promulgó, es decir, restablece la normalidad jurídica prevista en el ordenamiento legal.

c). Ambos efectos son complementarios y vienen a constituir dos aspectos de uno solo más general que es la sustitución de una norma por otra, de la querida aplicar indebidamente por la que realmente procede tener en consideración."

(56)

El Doctor Carlos Arellano realiza un análisis de las posturas de varios tratadistas sobre el tema y nos indica:-
"El efecto trascendente del fraude a la ley, mismo que justifica su existencia es impedir la aplicación de la norma jurídica extranjera que ha sido substituta artificialmente de la

(56) Lluís Nasbrusi Jaime. Obra citada pág. 611 y 612

norma jurídica nacional, cuya imperatividad pretendió evadirse.

Este efecto lo señala W. Goldschmidt con las siguientes palabras: "La existencia del fraude a la ley produce el efecto de su propia ineficacia. La norma indirecta resulta -- inaplicable a los hechos artificialmente creados; pero ello queda aplicable a los hechos reales."

"Miaja de la Muela se refiere a la impedición de la -- realización de un acto lícito "cuando el encargado de autorizarlo percibe claramente la producción de un resultado antijurídico." Considera el propio autor que, en el Derecho Internacional Privado " ante una conexión fraudulenta, cabría también la prevención y la represión. 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 allí -- donde va a ser realizado para quienes siempre han sido sus nacionales. Aunque este procedimiento sea teórico y prácticamente preferible a una declaración posterior de nulidad, no suele ser puesto en obra: tan sólo se concibe en un estado con pluralidad de legislaciones, como es el caso de los Estados Unidos con la Uniform Marriage Evasion Art., en la que se conjuga el método preventivo con el represivo en materia de matrimonio y divorcio."

Enfocadas las aseveraciones de Miaja de la Muela des--

de el punto de vista de los efectos del fraude a la ley, nos parece de sumo interés su apuntamiento de un efecto preventivo en el país en donde se realiza el fraude que habrá de producir efectos en el país en el que se evade la imperatividad de una norma. Este efecto preventivo podría ser el resultado de una cooperación internacional. Por ejemplo: En un país utilizando para consumir divorcios para que produzcan efectos en otro país más riguroso en las causales de divorcio, podría modificarse la legislación para evitar el divorcio de extranjeros cuya finalidad obvia, es eludir la norma jurídica normalmente competente.

Lo anterior, es lo ideal irrealizable. Sólo necesita la cooperación de los estados. No es muy edificante para un país de su legislación sea utilizada para evadir la imperatividad de la ley de diversos estados.

Sobre el mismo tema agrega Miaja de la Muela, "Lo normal es que el país en que el acto se realizó no tenga preocupación alguna por la procedencia de la persona que ejercita un derecho concebido por sus leyes y cuyo normal resultado es conforme también con la letra y el espíritu de éstas. Es el país de cuyo ordenamiento jurídico se evadió el interesado en el negocio fraudulento el que puede tener interés más tarde en declararle nulo".

"Problema diferente es la previsión expresa en el derecho del país de recepción de la posible nulificación de los

actos realizados mediante el fraude a la ley.

El artículo 59 del Código Civil Suizo (transcrito por Miaja) dice: "Un matrimonio concluido en el extranjero según el derecho allí en vigor, se considera válido en Suiza, cuando su conclusión no se haya realizado en el extranjero con el fin manifiesto de eludir las causas de nulidad del Derecho Suizo."

Niboyet hace una clasificación de los efectos de la intervención de la noción del fraude a la ley", desde el punto de vista de los países relacionados con ese fraude a la ley. Así se refiere a los efectos del fraude a la ley en el país cuya ley se invoca a consecuencia del fraude, en el país defraudado y en terceros países.

Respecto al país defraudado, considera Niboyet que no se va a anular el acto realizado para defraudar la ley, únicamente se le va a negar al fraude a la ley la posibilidad de producir ciertas consecuencias jurídicas.

Por ejemplo: En el caso de la princesa de Bauffremont, no se declaró nula su naturalización alemana, únicamente se rechazó su divorcio y su segundo matrimonio.

Respecto al país cuya ley se invoca para realizar el fraude a la ley, sugiere el autor que: "El respeto que se deben los soberanos debería incitarles a poner términos a los fraudes. . . "

"En cuanto a terceros países, el juez del tercer pa-

is deberá respetar la ley imperativa violada, ya que ésta sería la ley competente."

"Otro problema que suscitan los efectos del fraude a la ley, es el siguiente:

El fraude a la ley, es invocado para privar de efectos al acto realizado en burla a la imperatividad de la ley normalmente aplicable, pero ¿es aplicable la norma jurídica nacional en sustitución de la norma jurídica extranjera?, para que esto sea así, será requisito que se prevea esta última aplicación en el Derecho vigente del estado que ha invocado el fraude a la ley.

A manera de corolario, podríamos dejar asentado en la parte final de este apartado que, es deseable que los creadores de las normas jurídicas internacionales en tratados internacionales, se preocupen por delimitar los efectos del fraude a la ley. El deseo de previsión se hace extensivo a la legislación interna que deberá pronunciarse por preveer o no el fraude y de establecerlo deberá de señalar con claridad sus efectos. Dentro de los cánones de la cooperación internacional, el estado no debe permitir que sus normas jurídicas se empleen usualmente por nacionales de otros estados para defraudar el imperio de la leyes que nos rigen".(57)

(57) Dr. Carlos Arellano García, Obra citada pág. 717, 718 - y 719.

Desde que se empezó a estudiar el concepto del fraude a la ley, la sanción que se ha propuesto por los juristas, ha sido la nulidad absoluta del acto realizado en fraude a la ley, ya que los actos así realizados no pueden producir efectos en derecho, por ir en contra de una disposición prohibitiva.

Desde el bajo imperio en Roma, donde tuvo su primer origen el fraude a la ley, los juristas lo calificaron como un acto nulo, carácter que ha conservado en todas las legislaciones derivadas del derecho Romano.

Gracias al concepto del fraude, se puede tener un remedio para los actos que van en contra del espíritu de la ley.

La razón para sancionar los actos en fraude a la ley, es sencilla, ya que si no hubiera una sanción las leyes perderían una eficaz protección contra las transgresiones que respetando su letra atacan su espíritu.

Tomando en consideración que el resultado obtenido en el fraude a la ley, no se identifica objetivamente con la prohibición legal sino sólo subjetivamente por la intención del autor, el acto no es en estrecho rigor contra legem, - y no puede considerarse nulo, por esa razón, pero podrá ser considerado nulo porque hubo la intención y el resultado de defraudar a la ley y por tal motivo se justifica sancionarlos en la misma forma en que lo serían de violar la letra de la disposición prohibitiva que fué evitada.

Al respecto existen diversas opiniones entre los juristas para delimitar cuales son los efectos del fraude a la ley; pero puedo decir que en cuanto a sus resultados, trae como consecuencia la nulidad de los actos efectuados en fraude a la ley, es decir, de los actos que sirvieron como medios para llegar a la consecuencia efectiva.

8).- Posibles remedios a los Actos en Fraude a la Ley.

1. El fraude a la ley, pone de manifiesto los defectos de un sistema determinado, de una legislación, de una materia en especial o de una norma en particular; una de las formas de evitarlo sería la redacción de normas más precisas para reducir así las posibilidades de evadir la aplicación de la ley nacional competente.

2. Debe haber una interpretación flexible como el método adoptado por la jurisprudencia Europea, sobre todo la Italiana quien otorga al juez una gran flexibilidad en el manejo de la interpretación, de manera que no se tenga que recurrir a figuras o a conceptos para solucionar la situación, haciendo respetar los fines de la norma en cada caso.

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

- 1.- El fraude a la ley, es un hecho, un fenómeno, una realidad que se presenta en los sistemas jurídicos.
- 2.- Se entiende por fraude a la ley la medida que impide la aplicación de una norma jurídica extranjera, evitando de esta manera que uno ó más interesados a-través de una conducta dolosa y valiéndose de artificios y maquinaciones se quieran someter a su imperio, por convenir así a sus intereses y con la única finalidad de evadir la aplicación de una norma jurídica nacional competente.
- 3.- Son elementos del fraude a la ley: a) Una conducta dolosa. b) Artificios o maquinaciones. c) Existencia de una norma conflictual. d) Intencionalidad de evadirse al imperio de la norma jurídica nacional. e) El punto de conexión.
- 4.- El tema del fraude a la ley, en Derecho Vigente Mexicano, es pobre, ya que no hay disposición expresa que prevenga o limite la anormal ó artificiosa invocación de la aplicabilidad de la norma jurídica extranjera.

- 5.- Como excepción de lo anterior este tema se encuentra contemplado por la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y en la ley de Nacionalidad y Naturalización.
- 6.- El fraude a la ley, es una figura autónoma, con características propias que permiten distinguirla de otras, en el ámbito del Derecho Internacional Privado.
- 7.- El fraude a la ley es una figura y no una conducta.
- 8.- Se entiende como orden público el remedio que impide la aplicación de una norma jurídica extranjera vigente, pues de aplicarse provocaría un malestar, impediría la satisfacción de una necesidad colectiva ó evitaría la obtención de un beneficio social.
- 9.- Algunos juristas consideran que el fraude a la ley es parte integrante del orden público, en discrepancia de lo anterior, se señala que para configurar el fraude a la ley, se deberán dar elementos esenciales, a nivel particular, como es la intencionalidad para evadir la aplicación de la norma jurídica nacional.

- 10.- En el orden público lo que se considera en esencia es - el resultado, sin averiguar nada respecto a la conducta que lo antecede.
- 11.- La naturaleza del orden público y del fraude a la ley, - son diferentes, ya que, en el primero choca el contenido de la norma extranjera con el sistema jurídico nacional, mientras que en el segundo repugna la conducta de las - partes interesadas con el sistema nacional. Por otra parte, para que se configure el fraude a la ley deberán darse los elementos característicos de éste; mientras que - en el orden público no es necesaria la concurrencia de todos estos elementos que vuelven complejo al fraude a la ley.
- 12.- El fraude a la ley trae como consecuencia la nulidad de los actos efectuados, es decir, de los actos que sirvieron como medio: para llegar a la consecuencia deseada.
- 13.- Como posibles soluciones a los actos en fraude a la ley, podemos considerar:
- a) La redacción de normas más precisas para reducir la posibilidad de evadir la aplicación de la ley nacio-

nal competente.

- b) Que haya una flexibilidad en la interpretación del jugador, de tal manera que no se recurra a figuras o conceptos para solucionar una situación, haciendo respetar el espiritu de la norma en cada caso.

B I B L I O G R A F I A

- ARCE G, ALBERTO. Manual de Derecho Internacional Privado, Séptima Edición, Universidad de Guadalajara, México 1973.
- ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México 1980.
- BARBA, LEON. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, -- Tomo XIV (10 v.), Pág. 1471, México 1926.
- BUENO, CIPRIANO. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, Tomo V (10 v.) Pág. 2101, México 1926.
- CHAPI TAO, CONSTANTINO. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, Tomo XIX (9 v.), México 1926.
- DE PINA, RAFAEL. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, - S.A., México 1983.
- DUNCKER BIGGS, FEDERICO. Derecho Internacional Privado, Ediciones Jurídicas de Chile, 2da. Edición, Santiago de Chile - 1956.

GOLDSCHMIDT, WERNER, Estudios Jurisprivatistas Internacionales y Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado, - Bosch Casa, Editorial Urgil Sibis, Barcelona, España 1948.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1945.

HERRERA, JOSE MARIA. Jurisprudencia de la Suprema Corte de -- Justicia, Tomo V (6 v.) Pág. 798, México 1926.

LA MADRID Y CRESPO, FRANCISCO. Jurisprudencia de la Suprema - Corte de Justicia, Tomo LXXVI (4 v.) Pág. 5532, México 1943.

LLUIS NASBRUSI, JAVIER, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XXXIV. Editorial Segunda Epoca. Madrid, - España 1937.

MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. Derecho Internacional Privado. Ediciones Atlas. Madrid, España 1969.

NIBOYET, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado, - Editorial Nacional, México 1974.

NUSSBAUM. Principios de Derecho Internacional Privado, Traducción y Notas Alberto D. Schow, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina 1974.

PEREZ NIETO, LEONEL. Derecho Internacional Privado, 3a. Edición, Editorial Harla, México 1984.

ROMERO DEL PRADO, VICTOR M. Manual de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina 1944.

SIQUEIROS, JOSE LUIS. Crisis en el Derecho Internacional Privado, Revista El Foro No. 50 Julio-Septiembre, México 1965.

TAFER, LUIS Y COAG. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, Tomo V (6 v.) Pág. 798, México 1926.

TRIGUEROS SARABIA, EDUARDO. Estudios de Derecho Internacional Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1980.

WOLFF, MARTIN. Derecho Internacional Privado, Bosch Casa, Editorial Urgil Sibus, Barcelona, España 1948.

ZUDNOWSKY OLIHI SAMUEL, Y COAG. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, Tomo LXXVIII (4 v.) Pág. 2844, México 1946.