

---

Facultad de Derecho

U. N. A. M.

● **FRAUDE A LA LEY DENTRO  
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

TESIS

Que para obtener el título de :  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta :

**Waldo Rodríguez Valenzuela**

---

México D. F.

1969





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.

A MI PADRE

A MI MADRE

A MIS TIOS

ARNULFO

e

ITALIA

A mis maestros y en especial a los Licenciados Miguel Acosta Romero y Víctor C. García Moreno que me guiaron en mis estudios y el significativo auxilio que me prestaron en la preparación de este modesto trabajo.

**I N D I C E**

## Capítulo I

Análisis del problema desde el punto de vista metodológico y origen histórico de los fenómenos sociales que son antecedentes del conflicto de leyes y del fraude a la ley.

## Capítulo II

Diversas posiciones teóricas que explican el problema del conflicto de leyes en relación con el fraude a la ley.

## Capítulo III

Concepción teórica doctrinaria del fraude a la ley

## Capítulo IV

Elementos de la noción de fraude a la ley y su análisis conforme a la metodología jurídica.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA



## Capítulo I

Análisis del problema desde el punto de vista metodológico y origen histórico de los fenómenos sociales que son antecedentes del conflicto de leyes y del fraude a la ley.

Es necesario adoptar una METODOLOGIA en el estudio de los conceptos de Derecho Internacional Privado así como en el estudio de los autores que se han dedicado a profundizar en las instituciones de Derecho Internacional Privado. Observamos que hay identidad en cuanto a ciertos conceptos básicos pero existe disparidad en cuanto a los métodos de investigación y análisis.

Carnelutti ha dicho con acierto que la ciencia del Derecho está en grandísima parte todavía por hacer; la conciencia de su necesidad es bastante difusa y ha tomado forma precisamente de un problema del método.

Continúa diciendo que la ciencia y la técnica tienen una relación recíproca ya que la ciencia sirve a la técnica y la técnica sirve a la ciencia; no se hace técnica sin ciencia; pero es menester la técnica para que la ciencia alcance su perfección (1).

Del concepto que nos hemos propuesto desarrollar en este trabajo, se observa una dificultad específica en el estudio del tema la que para nosotros deriva de una problemática doble que es, por una parte, el estudio de los fenómenos sociales y de interrelación humana y por la otra, el estudio de los fenómenos jurídicos a que dan lugar los fenómenos sociales.

El concepto de fraude a la ley ha sido muy discutido en la doctrina del Derecho Internacional Privado. Consideramos que el fenómeno social que ha dado lugar al fenómeno jurídico debe estudiarse con detenimiento previamente a determinar las consecuencias que tiene en el mundo del Derecho. Por eso insistimos en que es conveniente también hacer una revisión de la metodología aplicable dentro de la doctrina del Derecho Internacional Privado.

Los problemas de metodología en esta materia posiblemente se agudizan más que en otras ramas del derecho, ya que, como lo han

(1) Carnelutti, Francesco. "Metodología del Derecho". 2a. Ed. Tr. Dr. Angel Ossorio. México, UTEHA, 1962. Pág. 5.

apuntado eminentes profesores, principian desde la denominación y naturaleza de sus normas, pues se discute si efectivamente son de derecho internacional y si son normas de derecho privado ya que grandes sectores del contenido de la materia, como son la nacionalidad, la condición de extranjeros y el conflicto de leyes, derivan, la mayoría de las veces, de normas de derecho interno y cuya naturaleza generalmente es de Derecho Público.

Bielsa se plantea la pregunta de si es necesario que en la ciencia jurídica deba recurrirse a los métodos generales o a los métodos especiales o propios de ella, que es lo verdaderamente lógico, para lograr eficiencia en el estudio de la investigación del Derecho (2).

Consideramos que el METODO es necesario y conveniente en cualquier actividad y con mayor razón cuando se pretende hacer un estudio científico. Para Bielsa, el método significa camino, dirección que se ha de seguir para la consecución de un objeto o fin. Creemos que el método es la serie de pasos lógicos, de instrumentos y apreciación sistemática con que se cuenta en un momento dado para el estudio de un objeto de conocimiento. En este orden de ideas se justifica dentro de la ciencia del derecho el método y la sistematización ya que, como lo apunta certeramente el tratadista argentino, no todos los conceptos que se tienen de las instituciones, las cuestiones y las reglas de conducta como normas jurídicas, se han logrado metódicamente, pues puede suceder que haya conceptos puramente subjetivos que puedan ser incompletos, erróneos y arbitrarios; o bien que se hayan formado por intuición, por cierta experiencia limitada o por un mero empirismo. Creemos que la verdadera aproximación a la realidad será aquella que en forma reflexiva y lógica estudie metódicamente el concepto en si mismo para perfilar tanto sus datos objetivos como sus antecedentes. Los datos que dieron origen a la formación de dichos conceptos y normas deben ser comparados con otros datos para llegar a una apreciación ge-

(2) Bielsa, Rafael. "Metodología Jurídica". Buenos Aires. Editorial Casquélvi, 1961.

neral y creemos que solo aplicando esa metodología pueden llegarse a precisar, con claridad, las instituciones de Derecho Internacional Privado.

Como muy bien lo apunta Bielsa, en la elaboración y formación de un principio que puede ofrecer dificultades, éstas deben ser resueltas mediante nuevos análisis. Esto es lo que nos proponemos hacer con el concepto de fraude a la ley que en nuestra opinión es un principio que ha tenido una gran dificultad para su precisión teórica, objetiva y práctica, y cuya eficacia y validez pensamos que merece una revisión a fondo, tanto desde el punto de vista doctrinario, como a la luz del derecho positivo.

Un estudio de los orígenes del Derecho Internacional Privado nos enseña que son las migraciones de los individuos las que originan las diferencias entre las distintas sociedades que a su vez dan origen a diversidad de órdenes jurídicos.

Desde tiempos muy remotos se ha reconocido que el hombre necesita reunirse para atender más fácilmente a sus necesidades, defensa y protección, y así a través de un proceso histórico muy elaborado se van formando las sociedades. Si existiera una sociedad única en todo el ámbito geográfico de la tierra, no habría problema de diferente formación cultural, social, jurídica o política; sin embargo, tal posibilidad, simplemente teórica, no se da en la realidad ya que en el devenir de la historia encontramos la aparición de numerosas sociedades heterogéneas.

Teóricamente pueden señalarse que dentro de cada una de las sociedades ubicadas geográficamente dentro de ciertos límites naturales, habría características homogéneas y similares entre todos sus miembros que generalmente hablarían el mismo lenguaje, practicarían la misma religión, poseerían características somáticas parecidas, tendrían las mismas costumbres y un determinado orden jurídico. Es difícil precisar el origen de los cambios territoriales de las diversas sociedades; sin embargo, es un hecho histórico incontrovertible que desde los albores de

la historia humana ha habido migraciones masivas debidas algunas al cambio ambiental, otras a buscar mejores condiciones de vida y algunas más por el espíritu aventurero del hombre. Esto ocasionó que la diversidad de grupos entrara en cambios estructurales lo que dió lugar a la existencia de diversos órdenes jurídicos, de diverso tratamiento a los individuos y de situaciones cambiantes dentro de las estructuras sociales.

El fenómeno anterior fue acentuándose por las guerras y las conquistas. "En determinadas circunstancias quedaron unidos dentro de estructuras mayores: Naciones e Imperios, había conquistadores y conquistados; las tribus se aferraban a sus propias costumbres y religiones, a los hábitos sagrados de sus padres; las líneas raciales persistían, el recuerdo de tiempos anteriores, cuando habían sido independientes, constituía una barrera para la pérdida de la indentidad del grupo" (3).

Estos fenómenos sociales a través de la historia fueron perfilando la existencia de naciones y países con características propias y diferentes cada uno de ellos y lógicamente con regímenes jurídicos distintos que responden a circunstancias muy diversas y muy propias en cada caso. El hecho de que existan diversos países y diversos órdenes jurídicos nos lleva al problema fundamental del Derecho Internacional Privado que es el conflicto de leyes y los efectos que éstos pueden tener en territorios que no son los propios.

Trataremos de hacer un breve resumen de las diferentes situaciones, que tanto en la realidad como en la teoría se presentan.

Según lo apunta Trigueros (4) ha habido varias etapas de la aplicación de leyes extrañas a través del tiempo.

Es casi imposible hacer una determinación de los problemas que se suscitaron antes del Derecho Romano, ya que las investigaciones y los datos con que se cuenta son muy precarios, aún cuando, como señala el profesor Trigueros que la mayoría de las leyes del antiguo derecho te-

(3) Wagley, C. "Minorities in the World".

(4) Trigueros, Eduardo, "La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado". Volumen cuarto. Editorial Polis-México, 1938.

nían un predominante carácter teocrático.

Es a partir del DERECHO ROMANO cuando se percibe la aplicación de distintos regímenes jurídicos a los pobladores también de diferentes regiones geográficas, así vemos que con la expansión de Roma se va absorbiendo y sometiendo a una serie de pueblos con costumbres, ideología, lenguaje, religión y derechos propios que en muchas ocasiones son absorbidos por los romanos; que sin embargo, también respetan, hasta cierto límite las normas locales. Es así como surgen algunas instituciones como las llamadas "municipia" que vienen a ser el origen del municipio moderno. Por otra parte, se aprecia que a las gentes de los pueblos conquistados por Roma se les reconocen ciertos derechos y se les reconocen también sus normas locales siempre y cuando no fueran contra las normas de hegemonía romana.

Dentro de la estructura jurídica romana, según lo señala Mommsen (5), se van asimilando grupos de normas de los pueblos conquistados que, ya sea por razones políticas de integrar al vencido o bien para que éste pagara un tributo por conservar sus derechos, (*canon vectigalis*) pasaron a formar parte del acervo jurídico romano. Por eso algunos autores afirman que en la legislación del pueblo romano no existía el Derecho Internacional Privado, situación que creemos es difícil de contradecir, porque aún no se perfilaban con precisión las fronteras entre los diferentes regímenes jurídicos. Algunos tratadistas estiman que fue con la creación del Praetor Peregrinus cuando se empezó a crear un orden jurídico distinto del derecho romano. En efecto, tal praetor tenía atribuciones de impartir justicia y decir el derecho entre los peregrinos o extranjeros así como entre los extranjeros y los ciudadanos romanos. En esta evolución vemos que posteriormente se le dan facultades excepcionales para dejar de aplicar el derecho romano no obstante la estricta obligación que tenían los magistrados romanos de aplicarlo en todo caso. Es así que en ésta etapa de la transformación romana se observa que el Praetor Peregrinus podía juzgar sin

(5) Mommsen Theodor, *History of Rome*. Tr. Rev. William P. Dickson D. D. Volume 1 London, Printed by Spottis Wood & Co. 1868.

tomar en cuenta el *JUS CIVILE* y en esa forma se fue creando lo que llegó a conocerse como *JUS GENTIUM*.

Señala Trigueros que es muy importante apreciar cómo el derecho ha sentado sus bases para los grandes órdenes jurídicos actuales. se usó el método de incorporar al derecho propio el derecho extraño considerando a éste como supletorio; pero aplicándolo como si fuera propio y señala que con las resoluciones del Pretor Peregrinus nació *Jus Gentium* y que entre otras razones por las cuales se dejó de aplicar, de modo exclusivo, el *Jus Civile*, fueron no sólo las de impartir justicia; sino también otras de utilidad práctica e inclusive económica o, en última instancia, de conveniencia política. Fué así como fue integrándose dentro del derecho romano un derecho menos formalista y menos estricto aplicado tanto por razones de justicia como de otra índole y que integraron bajo una sola soberanía lo que pudiéramos decir dos órdenes jurídicos.

Para algunos es muy claro que el derecho creado a la caída del Imperio Romano de Occidente marca una figura tanto en la historia en general como en el orden jurídico imperante en ese entonces. Sin embargo, como muy bien lo apunta Romero, (6) es arbitrario establecer etapas marcadas en la evolución histórica de la humanidad y resulta discutible el determinar con precisión esas etapas puesto que aún después de la caída del Imperio Romano de Occidente, el derecho romano siguió aplicándose, y los órdenes jurídicos de los godos, de los germanos y de los anglosajones, no nacieron de la noche a la mañana sino que fueron producto de una elaboración y transformación lenta realizada a través de largos períodos de tiempo. Es de comentar que en el ámbito jurídico no sólo existe el sistema derivado del derecho romano, que si bien es cierto que logró alturas grandiosas y sirvió de base a otros sistemas, también lo es que no fué el único derecho existente en el mundo, como tampoco lo son los órdenes jurídicos occidentales que a veces se aprecian como los únicos, olvidándose que existen otros pueblos y

(6) Romero José Luis. "La Edad Media". México Fondo de Cultura Económica. Sexta Edición. Pág. 9.

otras civilizaciones que también se rigen por normas y tienen estructuras jurídicas, como ya lo apuntaron los romanos (UBI SOCIETAS UBI IUS).

A fin de poder precisar la problemática social que dió origen al conflicto de leyes creemos pertinente hacer un comentario breve acerca del origen, evolución y consolidación de los diferentes órdenes jurídicos nacionales y para ello será necesario estudiar la historia a partir de la decadencia romana. Ourliac (7) afirma que hay distintas épocas en el desarrollo del derecho franco y visigótico que se aprecia a partir de las invasiones de los pueblos germánicos a Europa.

El derecho de las llamadas tribus bárbaras era primitivo y provenían del fondo común de todos los pueblos indoeuropeos según deduce Ourliac de los autores latinos como César y Tácito y de los autores que escribieron la historia de las diversas razas que habían formado reinos; de las obras de Gregorio de Tours, Procapio e Isidro de Sevilla sobre las costumbres de los pueblos daneses, irlandeses y francos, redactada después de las invasiones.

En la época de Tácito (55—120) la raza germánica no se había organizado en naciones propiamente dichas, carecía de unidad nacional y ni siquiera existía un nombre para designarla en conjunto. Los germanos se dividieron en un gran número de pueblos independientes que tenían las mismas costumbres y hablaban la misma lengua, pero políticamente tenían grandes diferencias, cada uno de sus pueblos llegó a formar un Estado libre que Tácito llamaba civitas y eran principalmente uniones de familias que vivían bajo un gobierno comunal, el territorio de cada ciudad se dividía en cantones llamados pagi que comprendía cierto número de aldeas o burgos.

Es interesante observar que ello dió origen a la gran cantidad de Estados Germánicos que todavía en el siglo XIX se observaban, hasta la época en que la hegemonía prusiana, bajo las ideas de BISMARCK

(7) Ourliac, Paul, "Historia del Derecho". Tomo 1, Tr. del Lic. Arturo Fernández Aguirre, Profesor de la Facultad de Derecho de Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla., México 1952.



los consolidó el Imperio Alemán.

LOS VISIGODOS.— En el año 408 los visigodos conducidos por Alarico, se pusieron en camino y se apoderaron de Roma y posteriormente se establecieron en forma permanente en lo que se conocía como Aquitania II (Burdeos, Angulema, Poitier) y tuvieron influencia en la parte norte de España en donde sus instituciones y su derecho dejaron huella profunda.

Los burgundios dejaron huella en lo que se conoce como *lex burgundiorum* se establecieron a principios del siglo V en Maguncia y se extendieron por todo el valle de Ródano.

Los burgundios y los visigodos no se consideraron independientes del Imperio Romano pues reconocían la superioridad del emperador, circunstancia que no se presentó con los francos.

En esa misma época fue apreciable la influencia árabe que se dejaba sentir en toda la parte norte de Africa.

Los árabes se establecieron también en España durante siete siglos dejando honda huella en las costumbres, en las instituciones y en el derecho español hasta que los detuvo el mayordomo del palacio del rey franco Carlos Martell en la batalla de pitiers (732), sin embargo, permanecieron en España hasta el siglo XV.

En cuanto a la condición de las personas en esa época cabe anotar lo siguiente: la sociedad se estancó, todos se encontraban mal adaptados a su condición, tanto el campesino como el obrero y el decurión abandonaron su campo. Para tal situación se discurrió un remedio: fijar a cada quien su condición. La orden fue "cada quien a su puesto".

La orden fue efectiva para los esclavos pero no para los hombres libres. Estos se dividieron en dos grandes clases: los honestiores y los humilioris. Esta distinción apareció desde la época de Caracalla.

Los humilioris eran los pobres, los honestiores eran los ricos que por este título gozaban de privilegios, tales como que los pobres eran

castigados con vara o eran condenados a las minas, mientras que los ricos eran deportados.

Los honestiores, comprendieron:

- 1o.—La nobleza de los funcionarios imperiales que se clasificaban en ilustres, respetables, clarísimos y perfectísimos.
- 2o.—La nobleza senatorial hereditaria que también comprendía tanto a los senadores con sede en el senado así como a los honorarios que eran nombrados por el emperador a título de recompensa.
- 3o.—Los decuriones. Miembros del Senado Municipal adheridos a sus puestos.

Los humilioris constituían el conjunto de los hombres comunes o plebe, eran pequeños propietarios de tierras y eran los únicos que en un momento dado podían abandonar su condición.

En cuanto a las fuentes del derecho, como lo señala Ourliac puede tomarse en dos sentidos.

- a).—Las fuentes históricas del derecho o sean documentos que lo traen a nuestro conocimiento como las recopilaciones de leyes escritas consuetudinarias; diversas cartas reunidas en cartularios, actas de la práctica, etcétera.
- b).—Las fuentes propiamente legislativas; leyes, sentencias judiciales y reglamentos, que son la expresión del derecho positivo vigente en determinada época.

Durante las invasiones los galo-romanos se regían por el derecho romano del Bajo Imperio. Las compilaciones de Justiniano, que no datan más que del siglo VI, se recibieron en el Occidente hasta el siglo XI.

Lo esencial del derecho de esa época se localiza en las constituciones imperiales que constituían las leyes por oposición del derecho anterior o jus. Dichas constituciones se expedían a funcionarios que las

conservaban en sus archivos. Tales son el Código Gregoriano (fines del siglo III) y el Código Hermogeniano (mediados del siglo IV) compilados en Oriente.

Hubo una recopilación oficial promulgada en el año 430 por los emperadores Valentiniano III y Teodosiano II. Se le conoció con el nombre de Código Teodosiano. Este código es la fuente capital de información para nuestra época, por medio de él se conoció y se estudió el derecho romano en Galia.

El derecho galo era diferente del derecho romano común. La Galia tenía escuelas y maestros célebres, tales como las Universidades de Burdeos, la de Toulouse; maestros como Camilo y Iulian (Historia de la Gaule).

La ley romana de los visigodos o breviario de Alarico se redactó por orden de Alarico II Rey de los visigodos y por la labor de una comisión formada por sacerdotes y por Nobiles viri, fue promulgada en el año 506 en TOULOUSSE. Todas las demás leyes romanas fueron abrogadas. Estos textos fueron acompañados generalmente de una interpretatio que fue obra de los comisarios de Alarico y no producto degenerado de las escuelas de Occidente.

Los francos nada hicieron por redactar un código especial.

El breviario de Alarico sustituyó todas las recopilaciones antiguas llegando a suplantarse hasta el papiano en Borgoña y resultó la ley romana por excelencia.

Los bárbaros aportaron a la Galia su derecho puramente oral y consuetudinario.

Cada pueblo germano tenía su ley.

La ley de los visigodos es la más antigua. Fue redactada a fines del siglo V. El texto que ha llegado a nosotros es el del siglo VIII.

La ley de los burgundios se ha atribuido tradicionalmente al rey

Godobaldo es una recopilación redactada en el año 600, de constituciones de reyes burguñones. Dicha ley lleva huellas de la influencia romana. La ley de los francos riptuarios es una nueva amalgama del derecho franco y del derecho canónico. Data del siglo VIII. La ley de los francos SALIO o Ley Sálica es el documento más antiguo y más puro. Parece que su redacción original se hizo en latín; pero contenía gran número de palabras tudescas.

El carácter de sus leyes variaba. Donde la romanización había sido intensa los reyes bárbaros habían adquirido un poder legislativo en todos los ramos. Tal sucedió con los visigodos y en menor grado con los burgundios entre los cuales la ley era parcial o total obra del rey. Entre los francos fue lo contrario. Cuando se redactaron sus leyes las ideas romanas habían penetrado muy poco.

El rey no era legislador y dichas leyes tenían carácter popular.

El derecho privado no interesaba al soberano y no trató de hacer innovaciones en ese terreno. La costumbre para los antiguos, tanto para el emperador como para sus súbditos, conservaba un carácter misterioso, sagrado, y esto persistió a través de los siglos hasta que llegó a los reinados de Luis XIV y Luis XV en que los reyes intervinieron en el derecho privado.

Las leyes bárbaras contenían costumbres populares. Estas leyes eran en extremo sumarias y desordenadas, contenían disposiciones de derecho penal y de procedimiento, eran esencialmente una tarifa de composición pecuniaria para diversos delitos e infracciones. Dicho procedimiento no guarda analogía con el procedimiento romano primitivo.

La condición de las personas y de los bienes puede caracterizarse estáticamente desde el punto de vista del derecho privado; en su dinamismo desde el punto de vista del derecho público y de la historia. Analizaremos el primer aspecto.

El estado de las personas desde la época merovingia se distinguían en tres clases: a) los hombres libres, b) los esclavos y c) las personas de condición cuasiservial.

Aún entre los hombres libres había diferencias de condición y dependían de su raza y había desigualdad por lo menos moral, entre los francos y los pueblos vencidos.

Hay que admitir que los romanos no conocían el sistema de la solaridad familiar y la parte de Wergeld que se debía a la familia no debía observarse con motivo de homicidio de un romano. Se dice que no existía ninguna diferencia entre galos, romanos y francos pues tanto unos como los otros tenían igualmente acceso a las altas funciones del Estado y la fusión de razas es un hecho consumado entre los Carolingios.

Las fuentes de la esclavitud eran numerosas: ser esclavo por nacimiento, por efecto de alguna condena penal, o simplemente por la manifestación de la voluntad vendiendo uno su libertad o por una intención piadosa. A los esclavos se les empleaba en las tareas de la casa o del campo.

La Ley Sállica comparaba a los esclavos con los animales.

La potestad dominical entrañaba el derecho de vida o muerte.

La influencia de la iglesia en ese aspecto fue grande y se reconocieron los matrimonios de los esclavos si se habían efectuado con conocimiento de su amo y hasta su honor marital encontró protección frecuente.

La esclavitud en la época merovingia fue desapareciendo gradualmente. A lo largo de la época franca se desarrollaron dos movimientos:

a).— Entraron al vasallaje hombres libres; b).— Se atenuó la diferencia entre las personas de condición cuasiservial.

Al mismo tiempo algunos hombres libres perdieron su libertad. La

población rural se confundió en una condición única.

Los hombres libres en gran número enajenaron su libertad por la *abnaxatio*. Los que no tenían de que vivir se hacían esclavos para que los señores les dieran lo necesario.

Los esclavos se beneficiaron por una práctica que ya era conocida en el Bajo Imperio: pasaron a ser *servicosati* es decir, se establecieron en una dependencia y se libraban de su señor mediante ciertas rentas fijadas por las costumbres del fundo. De ésto resultó que los esclavos se convirtieron en siervos de la gleba. En cuanto a las personas de condición *cuasiservial*, ésta se volvió idéntica a la de los esclavos establecidos y se fundió con ella y surgió la clase única o sea la *servidumbre*. En cuanto a la condición de las tierras en la época carolingia, existían algunos pequeños propietarios sobre todo en las cercanías de las ciudades y en las *vici* o *burgos*, pero el tipo normal era el de la *villa*.

Las antiguas villas de la época romana subsistieron tal como eran; inclusive conservaron sus antiguos nombres, se crearon algunas más como resultado de la conquista sobre los bosques, así como por la roturación que seguía a las invasiones. Estas villas estaban en manos de grandes propietarios que formaban la aristocracia territorial y política de las que se reclutaban a los grandes del reino.

Las villas se formaban de dos partes, una que se dejaba inculta, que se acompañaba de bosques y de pastos y que se aprovechaba en común por los *terratinentes*; ahí pastaba el ganado y se obtenía leña. Y la otra parte que se cultivaba se dividía en numerosas parcelas agrícolas.

Los *terratinentes* también debían prestar servicios personales al señor.

El derecho privado y el derecho penal eran personales en la monarquía francesa y variaba según las razas. La noción de raza se perdió en la decadencia de la monarquía carolingia.

Los jueces frecuentemente pasaban por alto los preceptos de las diversas leyes bárbaras y de las capitulares carolingias.

En cada región que tenía una individualidad propia, se formó una costumbre que regía uniformemente a todos los domiciliados en ella; costumbres territoriales y no personales. Salía evidentemente de las leges de las razas dominantes en la comarca. Esta evolución se consumó en el siglo XI. Ya se habían olvidado los capitulares, puesto que constituyeron una legislación sabia, que no había penetrado mucho en la conciencia popular. La época feudal desemboca en un derecho consuetudinario y estrictamente territorial. Así continúa siendo el derecho francés hasta la Revolución. A partir del siglo XIV ciertas ramas del derecho privado se rigieron por los principios de las leyes romanas. Eso sucedió principalmente en los contratos y en las obligaciones. Las obras privadas y la jurisprudencia sufrieron la influencia del derecho romano, en algunos puntos subsistían soluciones autónomas, consuetudinarias y bien adecuadas a las necesidades de la práctica.

Las divisiones territoriales tenían sus dificultades jurídicas que vino a resolver la teoría del conflicto de leyes, también tomada del derecho romano.

El mismo problema que resuelve hoy el Derecho Internacional Privado puede formularse así: si dos individuos que viven bajo el imperio de un mismo derecho entran en relaciones jurídicas, solo su ley nacional tiene competencia para fijar las reglas; pero si dos individuos viven bajo diferentes legislaciones y establecen entre sí relaciones jurídicas, conviene determinar cual ley debe regirlas.

Después hasta el siglo XIII el problema se menospreció.

En el siglo XIV los romanistas, comentando la célebre Ley Cunctos Populos ahondaron más en toda la teoría del conflicto de leyes. Ya se había distinguido entre la ley personal de las partes y la *lex loci* o ley real.

Por ejemplo Bartolo presentó el problema siguiente: un contrato celebrado en Prusia por un extranjero. ¿Qué ley debía prevalecer? pero la solución variaba según las cuestiones que pudieran presentarse a propósito de un contrato: si se trataba de la forma del contrato había que tener en cuenta el lugar en que se había verificado el acto; si se trataba del procedimiento del juicio había que considerar el lugar en que se juzgaba; si se trataba de la capacidad de las partes había que seguir la ley de su domicilio.

Tales principios asentados por los romanistas se aceptaron de inmediato por los jurisconsultos consuetudinarios y con ellos se vinieron a resolver universalmente los conflictos creados por la aplicación de las costumbres.

Desde el punto de vista teórico y en la etapa que se estudia, el derecho romano se enseñó en Europa por dos escuelas, los glosadores y los bartolistas, Irnerius impartió enseñanza de 1088 a 1135 y se dice que aportó un método nuevo consistente en comentarios muy breves del derecho Justiniano que se conocieron con el nombre de glosas y dieron origen a la escuela de los glosadores en Boloña entre los siglos XII y XIII. Se aprecia también la tendencia de los glosadores de adaptar a las instituciones de su época el derecho romano.

**LOS BARTOLISTAS.**— Los historiadores dicen que Bartolo rompió con las discusiones gramaticales de sus antecesores e hizo aparecer el espíritu de la ley sobre la letra, llegó a extraer ideas generales de los textos jurídicos que eran aprovechadas fuera de ellos.

Los libros de los bartolistas se conocían como **LECTURAS.**

Eran repeticiones y comentarios que contenían exposiciones amplias, sistemáticas de sus tesis. Se señala que los bartolistas llegaron a obtener de las leyes romanas un derecho apropiado a las necesidades de su tiempo y tuvieron el mérito de haber constituido la legislación del porvenir. Ahí se habla sobre las teorías de Bartolo en relación con el



conflicto de leyes y los estatutos reales y personales que interesan a nuestra materia.

Paralelamente a la evolución teórica se desarrolló en esa época una evolución social de emancipación de las ciudades y el reconocimiento a éstas de los privilegios o fueros o sea la posibilidad de darse sus propias normas, de impartir justicia y de cobrar impuestos dentro de los límites de la ciudad con cierta independencia del emperador.

Generalmente se otorgaban esos privilegios en documentos o cartas. Así fue por ejemplo, la carta de 1270 que abrió Alfonso de Poitiers y que se llamó Alfonsina; así fueron también otorgados por los privilegios a las ciudades alemanas como Sübeck y otras del Norte de Alemania. En España encontramos los famosos fueros de Castilla y Aragón. Este movimiento propició la formación de un derecho local muy importante.

Históricamente y durante el transcurso de los siglos del XI al XVI se observa una serie de cambios estructurales en la sociedad que orientan hacia la formación de lo que posteriormente se conoció como el Estado Moderno.

Esos cambios fueron en todos los órdenes: económico, cultural, científico, geográfico y político.

Los fenómenos sociales se fueron encadenando unos a otros de igual manera que en la etapa de los grandes viajes y descubrimientos que ampliaron el marco geográfico y económico del Mundo Occidental, el renacimiento trajo consigo una nueva apreciación de las artes, la cultura, la filosofía y la religión.

La lucha que se suscitaba entre los grandes centros de poder como eran los señores feudales, los reyes, el emperador y la iglesia católica, dió origen a una etapa de guerras intermitentes que políticamente desembocó en el concepto de soberanía que se fue afinando poco a poco hasta resplandecer en la época del absolutismo y posteriormente se

fue transformando de soberanía real en soberanía del pueblo.

La REFORMA también contribuyó el deterioro del poder material de la iglesia que hasta esa época había venido ejerciendo el poderío político.

Todos éstos fenómenos hicieron que en el ámbito del derecho se sentaran las bases del Estado Moderno, a reconocer la igualdad soberana de los estados y que cada estado en el ámbito interno tiene soberanía para establecer su orden jurídico e instituciones políticas y por ende regular la condición de las personas tanto nacionales como extranjeras, situación muy importante para el estudio del Derecho Internacional Privado, ya que plantea con precisión la existencia clara y definida de diversos órdenes jurídicos que en ámbito personal dieron lugar a problemas de aplicación e interpretación.

Los historiadores comentaron que en el período de referencia las fuentes del derecho fueron generalmente la costumbre que en forma impresionante dió origen a multitud de normas; el derecho romano y la legislación real a través de ordenanzas.

Por su importancia precisa hacer un comentario de la legislación real de la época monárquica en que el rey asumió en su persona todo el poder legislativo, que según algunos autores era la ley viva; si bien hacían la distinción de que el dominio del derecho privado estaba fuera de la facultad real ya que pertenecía generalmente a la costumbre y las ordenanzas se referían a cuestiones que desde entonces se consideraban de derecho público.

La legislación en ese aspecto emanaba del soberano y fue así como se fueron configurando diversos cuerpos de leyes.

En España nos encontramos con el fuero Juzgo, las Siete Partidas, las Leyes de Indias, La Nueva Recopilación y algunas ordenanzas como las de Bilbao, en materia mercantil, y las de Aranjuez, en materia de minería.

En Francia también existieron cuerpos de leyes muy importantes sobre todo en los siglos XV al XVIII, como las ordenanzas de Orleans de 1561, la de Moulins de 1566 que estableció la inalienabilidad del dominio de la corona; la gran ordenanza de 1629 sobre cuestiones del matrimonio, donaciones, sucesiones y quiebras; la ordenanza de 1667 sobre procedimientos civiles; las grandes ordenanzas mercantiles de Colbert; la de Comercio Terrestre de 1673 y la de Comercio Marítimo de 1681.

En este devenir histórico se fueron configurando, como ya se indicó, los grandes sistemas jurídicos nacionales, los que sufrieron un gran impacto con la Revolución Francesa que vino a liquidar definitivamente el sistema feudal y dió nuevos principios constitucionales y de organización estatal así como una nueva valoración de los derechos humanos.

Esos nuevos principios fueron la soberanía nacional que se hizo radicar en el pueblo con lo cual se liquidó la idea del derecho divino de los reyes; el principio de la separación de poderes; la entronización del estado de derecho y la declaración de los derechos del hombre, estableciendo su igualdad y reconociendo todos los principios emanados del derecho de libertad, de trabajo, de religión, de pensamiento, de reunión y la expresión de las ideas.

Todos estos principios jurídicos influyeron más que en Europa en América y así tenemos que casi todas las constituciones americanas los hacen propios. El siglo XIX contempla una serie de transformaciones profundas en todos los órdenes.

La revolución industrial dá origen a los grandes problemas de las masas obreras que a su vez inspiraron las doctrinas socialistas.

El colonialismo vé apagarse su influencia en América y curiosamente su hegemonía y su apogeo en Africa y Asia.

Es el siglo en el que se configuran, definen y perfilan las ideas del

nacionalismo. Surgen así los nacionalismos aultranza con ideas de supremacías sobre los demás y del poder militar así como ambiciones territoriales cuyos efectos se dejaron sentir en gran parte del presente siglo.

Así vemos que surgen de la unión de multitud de estados pequeños, grandes naciones como Italia unificada por Garibaldi; Alemania constituida en imperio bajo Bismarck, que también vemos que el nacionalismo se va acentuando en Europa y su expresión es la gloria y el poder militar nacionales y el orgullo de pertenecer a determinada nación.

Este fenómeno socio-político también afectó al derecho, pues como consecuencia de él los regímenes jurídicos nacionales dieron cabida a normas que plantearon muchos conflictos en el campo que nuestra materia estudia. Sirve de ejemplo el hecho de que para Francia sus nacionales, en cualquier parte del mundo en que se encuentren, se rigen por las leyes francesas. Similares actitudes encontramos en el derecho alemán, en el inglés y en el italiano.

Es precisamente de este hecho socio-político, que tuvo influencia en el derecho, de donde se deriva el concepto teórico de FRAUDE A LA LEY, que es el tema de nuestra tesis y que habremos de revisar y estudiar en los capítulos subsecuentes.

## Capítulo I I

Diversas posiciones teóricas que explican el problema del conflicto de leyes en relación con el fraude a la ley.

Como ya analizamos en el capítulo precedente, los hechos sociales, a través de la historia, dieron lugar al problema del conflicto de leyes y al estudio de los efectos de los actos jurídicos en los territorios de diferentes estados. Sobre este particular los autores insisten en señalar diversas escuelas que han tratado de explicar los problemas apuntados que comentaremos a continuación:

- 1).— Según Goldschmidt (8) la escuela estatutaria tuvo sus orígenes en Italia y se dividió en los que propugnaron por el estatuto personal o sea que el derecho se aplica a las relaciones en función de la nacionalidad de las personas independientemente del lugar donde se encuentran, y el estatuto real conforme al cual se aplica el derecho del lugar donde se realizaron los actos jurídicos o en su caso del lugar de ubicación de los bienes. En esta etapa se habla de los glosadores y postglosadores como teóricos del estatuto personal y del estatuto real.
- 2).— Teorías autárquicas:— Los Postglosadores Italianos (siglos XII y XV) establecen sistemas autárquicos que son aceptados por la escuela francesa (tanto la del siglo XVI como la del siglo XVIII) y por la escuela holandesa (siglo XVIII). Si bien es verdad que esta autarquía no fue resultado de una actividad consciente, ya que el punto de apoyo de los estatuarios fue la división del Derecho Romano en "persona" y "res", no lo es menos que dicho distingo se convirtió bajo sus manos de meramente clasificativo en normativo, y como tal reviste carácter autárquico.

Bartolo de Sassoferrato distingue entre las reglas jurídicas de las ciudades (estatutos) las que hacen referencias a cosas (estatutos reales) y aquellas que enfocan las personas (estatutos personales).

(8) Goldschmidt Werner "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. Ed. Tomo 1. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952. P.P. 295-303.

Dentro de la ciudad, los estatutos reales se imponen a todo el mundo; los personales en cambio sólo a los súbditos. Fuera de la ciudad, los estatutos reales no se imponen a nadie; en cuanto a los estatutos personales hay que distinguir si son prohibitivos (estableciendo incapacidades) o permisivos (confiriendo facultades). Los últimos, por constituir una derogación del Derecho Común o sea del Derecho Romano, rigen sólo dentro de la ciudad. Respecto a los estatutos prohibitivos, por el contrario, hay que realizar una nueva distinción según que sean favorables o adversos; los primeros son extraterritoriales; los segundos, en cambio, son territoriales.

- 3).— Escuela Francesa del siglo XVI.— Esta fase teórica proclamaba la estricta territorialidad de todo derecho y se expresaba en la acepción “Todos los estatutos son reales, salvo algunas excepciones como el estado civil y la capacidad”. Los muebles se consideraban que eran estatutos personales. El más connotado teórico de esta etapa fue Bertrand D’Argentre.
- 4.— Escuela Flamenca y Holandesa (siglo XVIII).— Recoge las ideas de Bertrand D’Argentre y se pronuncia por el territorialismo. Sus principales teóricos son Nicolas Burgundio (1568–1649) Cristian Rodenburgo (1618–1668) y Ulrico Huber (1636–1694).

Es necesario aclarar que excede a los fines de este trabajo el hacer una crítica de cada una de las escuelas apuntadas, que corresponden más bien a la teoría general del Derecho Internacional Privado, y aquí únicamente nos dedicamos a enunciar breve y suscintamente los planteamientos teóricos.

Escuela Anglosajona.— Coinciden los autores en señalar a la

escuela anglosajona dentro del campo del territorialismo a través del método de análisis de sentencias de sus tribunales.

- 5).— Carlos Federico de Savigny (1779–1861) aún cuando su obra no se refiere exclusivamente al Derecho Internacional Privado, los comentaristas de ella han hecho estudios profundos sobre la tesis que en relación con el conflicto de leyes sustentó el connotado jurista alemán.

Para Savigny todos los pueblos viven en una comunidad y una de las obligaciones sociales consiste en aplicar en determinados pueblos, el derecho de otros bienes de la comunidad, es decir reconoce la existencia del derecho extranjero y la posibilidad de su aplicación dentro de ciertos límites en forma extraterritorial.

- 6).— Estanislao Mancini (1817–1888). Este autor italiano llevó a extremos criticables el llamado estatuto personal ya que, según él hizo una clasificación, consideró las cuestiones de estado y capacidad como reglas jurídicas necesarias; determinó que siempre serán los del país nacional del individuo y que “se ciñen a éste como si fueran trajes hechos a la medida” según la expresión que invoca Goldschmidt (9) el individuo lleva en su sangre su derecho a donde quiera que vaya independiente del territorio en que se avecine; esta teoría ha sido muy criticada porque se basa fundamentalmente en un principio político de nacionalismo y se dice que Mancini trató de favorecer sobre todo a la gran cantidad de emigrantes italianos. Posteriormente los teóricos del Derecho Internacional Privado han tratado de explicar de diferentes maneras el fenómeno fundamental de la materia y así tenemos por ejem-

(9) *Ibidem*, P. P. 297–299.



plo que Zitelmann y Wolff afirman los supuestos de carencia y de acumulación de normas. Otros asientan la transposición del supuesto individual del caso y otros proponen por último, la necesidad de establecer normas individuales emitidas por el juez en el caso concreto de consulta, afirmando que la aplicación armoniosa del derecho privado a las relaciones jurídicas de los individuos en la sociedad universal puede ser reconociendo la aplicación de una ley determinada o formulando el juez una regla aplicable al caso de conflicto como lo señala Jitta citado por Goldschmidt (10). La misión de un estado determinado, en cuanto a relaciones jurídicas absolutamente internas, no se limita a una elección entre las diversas leyes en conflicto, ya que no se trata de determinar la covingencia pacífica de las leyes atribuyéndoles una esfera dentro de la cual son soberanas o por lo menos dominantes; sino de disciplinas de aplicación armoniosa del derecho privado a las relaciones jurídicas de los individuos en la sociedad universal, fuese indicando una ley determinada o sea formulando una regla jurídica que el juez nacional aplicará directamente a los individuos.

7).— Problema íntimamente relacionado con el concepto que hemos venido estudiando es el relativo a las fuentes del Derecho Internacional Privado. Aquí las escuelas se separan en varias direcciones, desde la teoría jusnaturalista hasta el nacionalismo.

8).— Los jusnaturalistas consideran la existencia de un derecho universalmente válido, justo y equitativo que está más allá de los sistemas nacionales y de los Estados y que para algunos es la expresión de la voluntad divina y para otros es el resul-

(10) Ibidem, P. 300

tado de los anhelos de justicia que derivan de la naturaleza misma del hombre.

En consecuencia, el Derecho Internacional Privado inspirado en el jusnaturalismo habrá de aplicar las reglas del derecho natural y entre ellas la que señala que los ciudadanos de un país continúan siéndolo donde quiera que se encuentren y la segunda somete todas las cosas ubicadas en el territorio de un estado a las normas de éste no importa a quien pertenezcan. Los principales autores de esta tendencia son: el colombiano Alfredo Cock y Frankenstein. Esta teoría ha tenido muchos adeptos; sin embargo, se le ha criticado que se aparte de la realidad jurídica y social.

9).— Teoría Internacionalista.— Esta teoría considera que el Derecho Internacional Privado forma parte del Derecho Internacional Público y que sus fuentes son, por consiguiente, los tratados y el derecho consuetudinario internacional, y que a partir de la comunidad de naciones que impone las relaciones sociales y jurídica entre ellas, se deriva la aplicación de la ley fuera de su territorio. Los principales autores que propugnan esta teoría son Antonine Pillet, Jitta, Zitelmann.

10).— Teoría Nacionalista.— Esta teoría sostiene que el Derecho Internacional Privado viene a ser un conjunto de normas que forman parte del orden jurídico interno de un estado y que por lo tanto sus fuentes serán exactamente las mismas que originan el derecho interno. Consecuencia de ello será que el Derecho Internacional Privado deberá aplicarse de acuerdo con los métodos de interpretación y aplicación que le da el propio derecho interno.

Es de aclararse, como muy certeramente lo hace Goldschmidt, (11) que son conceptos distintos la teoría nacional que enfoca las fuentes del Derecho Internacional Privado que se refiere precisamente a los orígenes de las normas de este y a la teoría nacional de Mancini que está dirigida únicamente al aspecto o ámbito personal de las normas del Derecho Internacional Privado.

En la etapa actual del desarrollo de esta materia, cabe recordar que la mayoría de los autores en cuanto a las fuentes del Derecho Internacional Privado son nacionalistas.

Dicey afirma, por ejemplo, que el legislador no aplica nunca derecho objetivo extranjero; sino que se limita a reconocer los derechos subjetivos nacidos al amparo de aquél derecho objetivo. En esta doctrina se mezcla el auténtico nacionalismo que afirma que el Derecho Internacional Privado surge de fuentes puramente nacionales, con un territorialismo formalista, según el cual el derecho material aplicado es siempre el nacional si bien se limita a proteger derechos subjetivos producidos por el derecho material extranjero. Por otro lado, reconoce Dicey, que tratados expresivos de normas indirectas deben ser observados. Muchos autores nacionalistas anglosajones e italianos unen, como Dicey, a su nacionalismo (las normas indirectas preceden del legislador nacional) el territorialismo formalista; también el derecho material aplicado es, en cuanto a su fuente, siempre nacional.

Así por ejemplo crea el juez, según Beale, un derecho subjetivo a base de los hechos que engendraron análogo derecho subjetivo en el extranjero. Según Ago y Pacchioni el derecho

(11) *Ibidem*, P. 301

material extranjero se convierte, al aplicarlo en derecho propio. Entre las teorías que siguen esta escuela podemos contar a los americanos Beale y Lorenzen, al inglés Dicey, en Alemania a Niemeyer y Wolff en Italia a Pacchioni y Ago. (12).

- 11).— Teorías Eclécticas.— Las eclécticas afirman que las fuentes del Derecho Internacional Privado son nacionales aunque su contenido es internacional; la costumbre viene a ser una obligación natural de cada estado de aplicar el derecho extranjero en la medida que el mismo estime justo y señala que las normas del Derecho Internacional Privado, algunas son nacionales y otras de derecho internacional; por último hay quien señala que las reglas del Derecho Internacional Privado tienen su fuente en el derecho natural, en el derecho internacional público y en el derecho interno.

Los principales autores de este sector son Anzilotti y Cavigliari.

En México se destaca la teoría del distinguido profesor don Eduardo Trigueros Sarabia, teoría que el insigne maestro denominó de incorporación dual y que desgraciadamente sólo es posible apreciar a través de los diversos trabajos y publicaciones que aparecieron en forma por demás dispersas.

Por su importancia resalta la obra de Trigueros (13) del cual hemos extraído los puntos principales que, creemos, son la base de la teoría del desaparecido maestro. Con objetivos mucho más reducidos que otras tesis, pero con una lógica más cercana a la realidad, la tesis internista presenta soluciones diversas que tienen todas en común la idea de hacer depender las soluciones de los conflictos de leyes con la ley de

(12) Ago, Roberto. "Teoría del Diritto Internazionale Privato". Padova Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Gia Litotipo). 1934—XII.

(13) Trigueros, Eduardo. "La Aplicación de Leyes Extranjas el Problema Fundamental", que apareció publicado en tres números de la revista "Jus" correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo del año de 1941.

cada país, integrado en este punto por normas de conflicto o de Derecho Internacional Privado.

No vamos a ocuparnos en el análisis de las diversas manifestaciones de las tendencias internistas, porque sería desviarnos de nuestro objeto; ocupándonos tan sólo en analizar la tesis de la incorporación del derecho extranjero en que, en la actualidad, pueden considerarse resumidas las principales teorías internistas.

La teoría de la incorporación no pretende, como la teoría de la personalidad o la teoría internacionalista, encontrar soluciones idénticas para todos los conflictos de leyes que se presentan en los estados que integran la comunidad internacional. Sin desconocer que existen coincidencias en cuanto a las soluciones y sin pretender desvirtuar la comunidad histórica de algunos conceptos del Derecho Internacional Privado, presenta aspectos de mayor positividad, aún cuando no deja de advertir la comodidad de soluciones idénticas, se señala la imposibilidad material de una identidad absoluta en las soluciones.

Invirtiendo la posición adoptada por la tesis internacionalista, aprovechan la parte real confesada por sus defensores, y se afirma que el conflicto que presenta la absoluta territorialidad del derecho, frente al comercio y a la vida humana que rebasa las fronteras, debe plantearse y resolverse internamente. Esto es, cada estado deberá proveer, en la esfera de su poder jurídico, a la solución de los problemas que ante sus órganos se presentan, acudiendo al medio específico de que el Estado dispone: A su propio ordenamiento jurídico.

Se hace notar, desde luego, que hoy, todo Estado debidamente organizado tiene un sistema propio de Derecho Internacional Privado interno y que si algunas veces se aceptan tratados normativos, obligándose convencionalmente a regular de un modo especial algunas materias, ésto mismo presupone una organización y plena libertad para legislar independientemente y según su propio modo de pensar.

La tesis internista contemporánea acepta, desde luego, la territorialidad absoluta de todas las leyes, señalando como objeto del Derecho Internacional Privado la debida regulación interna de las relaciones de naturaleza internacional en cuanto, por su especial naturaleza, no pueden ser disciplinadas de modo conveniente por la legislación substantiva interna del Estado.

Esta afirmación de absoluta territorialidad trae como consecuencia la destrucción de la tesis, también internista de la auto-limitación, en cuanto a que, la tesis antes mencionada, vendría a presentar como consecuencia de esta auto-limitación, la extraterritorialidad del derecho extranjero aplicable a los casos en que el derecho interno lo limitara.

Así llega la doctrina a considerar las normas de Derecho Internacional Privado como normas que incorporan al sistema jurídico de un Estado, las normas o grupos de normas de otros Estados.

La incorporación se realiza por una "verdadera y propia inserción en el ordenamiento propio de aquellas normas (extrañas) con el significado y con el valor que ellas tienen en el sistema para el cual se han dictado".

La posibilidad técnica de tal incorporación queda demostrada al afirmar que un Estado puede por medio de la norma de Derecho Internacional Privado “insertar, en el orden jurídico al que pertenece, las normas substanciales que regulan las relaciones que presentan un carácter extraño a la vida real interna, realizando esta función característica al fijar una vinculación entre la relación que se regula y un orden jurídico extraño y asumir la fuente del orden designado como fuente de su propio orden, para dar juridicidad a las normas emanadas de aquellas fuentes”. (14).

Resulta así, según la gráfica expresión de Chiovenda que el órgano del Estado “aplica el derecho extranjero; pero como derecho nacionalizado y no como derecho extranjero”.

En este caso la tesis de la incorporación apoya la validez del derecho incorporado con el propio valor del sistema jurídico incorporante ya que éste en vez de regular por medio de normas substantivas directas una determinada relación, recurre a un derecho extraño, como en todo caso puede hacerlo y como de hecho se verifica continuamente, en la referencia a leyes emanadas de fuentes diversas de producción de normas. En el derecho de todos los países continuamente se presentan disposiciones de este tipo.

La norma de incorporación que ordena la aplicación de una ley extraña sólo se diferencia de la generalidad de las otras normas de este tipo genérico, en que la designación de la fuente no es directa, sino que está referida, en general, a los mismos elementos de la relación a la que debe aplicarse.

Con un pensamiento jurídico distanciado totalmente de la

(14) Ibidem, P. 10

dogmática continental, la escuela norteamericana de Yale, nos propone conclusiones análogas. La aplicación de las leyes extranjeras por la incorporación, se efectúa hablando de integración de leyes extrañas en el cuadro de la legislación nacional.

La incorporación descarta, como hemos dicho, toda idea de autolimitación, así como toda idea de conflicto de leyes propiamente tal, como una consecuencia de la separación absoluta del principio de la territorialidad.

Para los defensores de esta tesis, el derecho extraño no puede valer por sí mismo fuera de un territorio, en consecuencia, nunca puede presentarse un "conflicto" entre varias leyes. Para el órgano de un Estado, sólo hay una ley aplicable y es la que deriva del Estado mismo, incluyendo en ella las normas extrañas incorporadas. Tampoco puede pensarse en una autolimitación; sino en la limitación de las normas sustantivas del derecho interno frente a otras normas distintas, pero no en la limitación que un orden jurídico puede imponerse a sí mismo. Esto vendría a implicar, o la admisión de la extraterritorialidad del orden jurídico extraño, señalado como competente, o la aceptación de un canal de aplicación diverso del orden jurídico estatal.

La breve exposición que presenta sobre las características esenciales de la teoría de la incorporación nos permite apreciar sus aciertos fundamentales.

Podemos ver en ella un sistema dogmáticamente correcto y técnicamente posible para hacer que la norma jurídica integrada de un sistema de derecho pueda venir a ser norma jurí-



dica en otro sistema. Con ésto se pretende remediar el efecto de la territorialidad del derecho asegurando una solución idéntica o semejante a un estado para las relaciones de derecho que estén vinculadas con un sistema de derecho de otro Estado. La creación de normas idénticas en dos sistemas permite efectivamente la solución aparente del problema surgido de la territorialidad al dar a la relación jurídica un efecto de derecho idéntico o semejante al que tuviera en caso de ser juzgado por los órganos del sistema jurídico al cual se encuentra vinculado.

Sin embargo, la solución, tal como hasta ahora ha sido presentada, es incompleta.

Frankenstein se pregunta si la ley francesa puede decidir cómo debe ser celebrado el matrimonio en Noruega entre un griego ortodoxo y una nacional de aquel país para ser reconocido en Francia, haciendo notar la inconsistencia de los sistemas internos de Derecho Internacional Privado, que por el desconocimiento de las nociones del derecho y de la ley pretenden en esta forma dictar leyes al mundo. De aquí Frankenstein concluye la necesaria aplicación de toda una serie de postulados que dignifiquen y nacionalicen el Derecho Internacional Privado.

La observación de Frankenstein es correcta, aún cuando su conclusión no puede admitirse como una conclusión necesaria. En efecto, la ley francesa no puede determinar las condiciones de validez del matrimonio en Noruega, ni directamente ni por medio de normas de aplicación de leyes extrañas, ni siquiera por lo que hace al reconocimiento de tal acto en

Francia; pero esto no porque la ley francesa deba aceptar los lineamientos de una doctrina general cualquiera. La causa es mucho más accesible. El derecho de un Estado es siempre territorial. Hemos afirmado esto al principiar este estudio y hemos dicho que esta territorialidad del orden jurídico tiene como consecuencia el que las actividades humanas que están sometidas al derecho son sólo aquellas que tengan lugar en el espacio geográfico del territorio del Estado.

Todas las normas jurídicas que integran un sistema estatal tienen esta necesaria limitación a la que no se sustraen ni las normas de incorporación que señalan la ley aplicable, ni ésta, en cuanto ser inscrita al orden jurídico tiene forzosamente las mismas limitaciones de las demás normas de ese orden de derecho. La norma incorporada es una norma del sistema incorporante y cuando la inserción se realiza pierde toda relación con el sistema jurídico del que forma parte y del cual fué tomada.

No es simplemente un problema de poder físico, como quiere W. W. Cook, el que limita la validez de las normas incorporadas. Hemos visto ya la importancia que la limitación del poder físico tiene en cuanto a la coercibilidad del derecho y ésta es su validez especialmente limitada; pero también el limitado poder normativo del Estado trae esta consecuencia.

De acuerdo con la tesis de la incorporación, el sistema incorporante agrega a su orden de normas otras normas tomadas de sistemas extraños. Estas normas sin relación alguna del sistema del que fueron tomadas, no pueden ser normas frente a actos humanos realizados fuera del espacio geográfico que forma el territorio del Estado que las ha incorporado; los

actos realizados fuera de este espacio, aún dentro del ámbito de vigencia de la norma idéntica o análoga de otro sistema, quedan frente a la tesis de incorporación como simples hechos ajenos al orden jurídico del Estado incorporante, en tanto que éste por su necesaria territorialidad no puede regirlos.

Este acto, que es jurídico y no tiene consecuencias jurídicas, sólo por realizar la hipótesis prevista por la norma que rige en este territorio la conducta de quien lo efectúa, no puede ser tenido por tal, ni puede producir efectos de derecho fuera del ámbito de vigencia de esa norma. Suponer otra cosa sería contrariar la lógica y conceder que una concreción del derecho tuviera un efecto más amplio que el derecho mismo.

No puede suponerse como pretende la tesis norteamericana de Beale que “cuando un derecho ha sido creado por una ley, este derecho viene a ser un hecho y su existencia puede ser factor en la hipótesis que la misma ley, u otra ley considere como condición de un nuevo derecho” con lo que se pretende que “el hecho” (Vested Right) sea trasladable de un territorio a otro como circunstancia condicionante del derecho de un Estado diverso de aquel que lo creó. No obstante la ingeniosa presentación de la idea, no puede pasarnos inadvertida la transposición del plano del deber ser en que se sitúa lo jurídico y el plano del ser en que está situado el hecho. Lo jurídico no es susceptible de “trasladarse”, ya que no ocupa lugar. Un derecho no puede ser “llevado” de un territorio a otro para colocarlo ahí y presentarlo como condición de aplicación de otro derecho. Estas exposiciones, producto del abuso de lenguaje, nos llevan con frecuencia a admitir razonamientos fundados en el equivoco que produce el empleo in-

debido de tecnicismos jurídicos con significación de cosas o de actos que suceden.

- ✓ Es cierto que una relación jurídica, una situación jurídica concreta, es no sólo con frecuencia, sino en la mayoría de los casos, presupuesto para la aplicación de otras normas de derecho o para la actuación de los órganos del Estado; pero no hay que confundir los hechos o acontecimientos condicionantes de una norma, con las situaciones jurídicas que presuponen. Es preciso proceder con toda pulcritud lógica en este punto, ya que, precisamente esta relación entre una situación jurídica concreta y la aplicación de otras normas o la actuación de los órganos estatales, es lo que, en la teoría pura, conduce a la ineficacia, parcialmente, de la exposición actual de la tesis de la incorporación.

No sólo constituye el problema de Derecho Internacional Privado el dar soluciones análogas a las actividades de los hombres cuando se realicen en uno o en otro Estado; ésto es a mi juicio, el problema de menor importancia. El problema que es a nuestro modo de ver principal, consiste en la determinación de la eficacia jurídica que frente a un orden de normas y frente a los órganos de un Estado, debe tener la actividad humana realizada fuera del poder jurídico de este Estado, y sobre todo la forma técnica en que es posible dar una determinada eficacia a esa actividad destinada a producir efectos de derecho. Este aspecto pasa inadvertido a los expositores de la tesis de la incorporación y, sin embargo, dogmáticamente tiene una fundamental importancia y en la práctica la debida solución de este aspecto del problema tiene trascendentales consecuencias no sólo para la resolución de

los problemas técnicos específicos; sino también frente a las soluciones finales.

Veamos como la teoría de la incorporación deja sin resolver este problema analizando su idea a la luz de la teoría del derecho.

La norma general que se inserta en el orden jurídico incorporante, según la opinión misma de los expositores de la tesis de la incorporación, no puede concretarse o individualizarse por actos efectuados fuera del territorio aún cuando ellos realicen la hipótesis prevista en otra norma idéntica, pero que no forme parte del sistema incorporante.

Por otra parte, la norma individual o concreta que se ha formado al realizarse la hipótesis prevista en la norma general, por un acto efectuado en el ámbito territorial de su vigencia, no puede condicionar, como norma jurídica completa, la aplicación de otras normas o la actividad de los órganos del Estado; sino en tanto que esas normas y órganos formen también parte del orden jurídico del que la norma concreta es parte.

Esto porque la norma jurídica concreta sólo tiene valor como tal en cuanto vale la norma jurídica general de la que es derivación. La norma jurídica concreta o individual sólo existe o más propiamente sólo vale, en un ámbito espacial en que existe o vale el orden jurídico del que forma parte.

De esto resulta la parcial insuficiencia de la tesis de la incorporación tal como hasta ahora ha sido expuesta. Esta tesis resuelve el problema relativo a la igualdad de consecuencias jurídicas que puedan atribuírse en un Estado a actos realizados en su territorio, con relación a actos idénticos realizados

en el otro Estado cuya norma haya sido incorporada. Así, el acto realizado por un individuo en un Estado, tendrá consecuencias idénticas o análogas a las que el mismo acto tuviera en aquel otro Estado cuya norma reguladora de esa actividad ha sido incorporada.

Aún cuando este problema es efectivamente uno de los que se producen como efecto de la territorialidad del derecho, no es ni el único ni el más importante.

El otro problema que es sustancial, es el relativo al efecto jurídico extraterritorial de la actividad humana, problema que entraña precisamente la efectividad jurídica extraterritorial de la norma individualizada y que ha hecho pensar a Zitelmann, a Pillet y a Niboyet, en la protección internacional del derecho subjetivo que no es otra cosa que el poder jurídico individualizado.

No creemos necesario referirnos de nuevo a la idea de Zitelmann que hemos examinado antes; en cuanto a este aspecto de la doctrina de Pillet, hay que reconocer el acierto de su distinción entre el problema relativo al nacimiento de una relación jurídica cualquiera y la protección de los derechos subjetivos que han sido creados por el derecho en virtud de la ejecución del acto jurídico. En uno y en otro caso, existe efectivamente un conflicto de leyes, un problema de aplicación de leyes extrañas; pero deben ser cuidadosamente distinguidos; en tanto que en un caso se encuentra una actividad humana realizada en el ámbito de vigencia del derecho y en el otro no. Sin embargo, Pillet se esfuerza en hacer de este segundo aspecto de su tesis, un problema de respeto a derechos adquiridos. (15).

(15) Pillet, Antoine. "Manuel de Droit International Prive". Librairie de la Société du, Recueil Sirey, Leon Tenin, Directe, Ur. París 1924.

Adoptada esta posición, su tesis no resiste a la crítica que ha sido extensamente hecha. Independientemente de la petición de principio que implica la idea misma del respeto al derecho adquirido, debe decirse que el derecho objetivo en que se apoye, y en el caso, limitada especialmente la validez de este derecho objetivo, resulta absurdo suponer o pensar en la supervivencia o en la extraterritorialidad del derecho adquirido, porque este no es sino una situación o norma concreta que, como hemos dicho, no puede valer sino en tanto valga la norma abstracta de que deriva.

Hemos visto como técnicamente es posible a un orden jurídico incorporar normas jurídicas que integran un sistema extraño. Hasta ahora la exposición se ha limitado a pensar en la incorporación de la norma abstracta o genérica; se habla siempre de la incorporación de leyes que integran un sistema jurídico extraño sin pensar para nada en que de estas leyes surge, al realizarse su hipótesis, una norma jurídica integrante también del sistema extraño que es la norma individual o norma concreta.

En la teoría del derecho, la posición de unos y otros es distinta sólo en el orden escalonado de la construcción jurídica; pero técnicamente son de una esencia jurídica igual y por lo mismo sí es posible en la técnica jurídica aceptar la incorporación de las normas jurídicas abstractas; también es posible aceptar la incorporación de la norma jurídica individual.

No podemos olvidar que en el orden jurídico la creación de cada norma es reconocida como un derecho determinado por la norma superior de la cual es contenido el negocio ju-

rídico que, como el acto de legislar, realiza una función individualizadora, que puede, o crear normas de contenido individual o concretar sólo la norma abstracta. Luego, como el Estado puede técnicamente incorporar la norma abstracta dimanada del órgano legislativo de otro Estado "que frente al primero no tiene el carácter de autoridad" puede igualmente incorporar la norma jurídica individual o concreta.

Esto no implica la incorporación total del sistema de derecho del que la norma concreta forma parte originalmente, como tampoco la incorporación de la norma abstracta implica la incorporación de las normas que condicionan su validez. La dogmática del Derecho Internacional Privado ha llegado a demostrar que la incorporación de una norma cualquiera no trae como consecuencia la incorporación de la norma antecedente, ya que ésto vendría a suponer que por operación de la norma de incorporación todo el derecho extraño, el derecho constitucional inclusive, viniera a incorporarse al derecho de otro Estado, cosa que es ilógica de todo punto de vista.

La incorporación es posible tomando en cuenta la norma individual o concreta tal como existe en el orden jurídico en que ha surgido, con todas las particularizaciones que la hayan producido, con todos los "ingredientes" que la hayan formado; pero ya en su aspecto concreto.

Es indudable que ésto implica una referencia necesaria a los antecedentes de hecho y de derecho de la norma concreta. Habrá que ver si los hechos probados han sido los que pudieron producir la concreción o individualización del derecho abstracto; pero ésto es sólo un proceso mental como el que



llevamos a cabo más o menos conscientemente cuando aceptamos la existencia de la norma abstracta que sólo puede ser tal si se encuentra ligada en una relación lógica formal con la norma fundamental. Un proceso inverso; pero de contenido lógico idéntico se realiza en la incorporación de normas abstractas de "common law" caso en el cual precisa un doble proceso de generalización primero y de concreción después.

Demostrada como ha sido desde Merkel la construcción escalonada del orden jurídico, y aceptada la existencia en el campo del derecho de las normas individuales o concretas, como integrantes del orden jurídico, afirmada la posibilidad técnica de la inserción de una norma extraña del derecho propio, no hay razón para detenernos en la incorporación de sólo las normas generales que resuelven únicamente un problema de utilidad o de conveniencia y excluir la incorporación de la norma concreta o individual que resuelve un problema de necesidad.

Veamos así a una solución técnicamente idéntica a las propuestas por la teoría internista de la incorporación con la única diferencia de mostrar dos coexistentes tipos diversos de incorporación, que aunque no han sido doctrinalmente expuestos con la debida separación, han sido continuamente aceptados, no sólo por la jurisprudencia; sino también por la doctrina misma en sus soluciones forzadas e ilógicas.

Encontramos solución de este tipo en la doctrina y en la jurisprudencia al tratar los problemas técnicos como el reclutamiento, el orden público, la calificación, y aún en los problemas

de actos del estado civil, etc. La solución propuesta no excluye la incorporación de normas generales para aquellos casos en que el Estado juzgue útil, conveniente, justo o necesario, insertar en su legislación una ley extraña que regule, tal vez distinta de su propia ley, la actividad humana realizada en su territorio. Tal es el caso, por ejemplo, en la regulación de actos que las partes realizan buscando la producción de efectos de derecho en el extranjero. En cambio se incluye la incorporación de la norma concreta o individual formada por una actividad no sujeta al normativismo de un Estado, en razón de su territorialidad; pero que por razones también de utilidad, de conveniencia, de justicia o de necesidad deba ser considerada en ese orden normativo como antecedente o presupuesto de otra norma o como condición de actividad del Estado.

La determinación de cuándo la norma jurídica que ordena la aplicación de una ley extraña debe entenderse referida a la norma abstracta y cuándo a la norma individual o concreta, no es ni puede ser un problema de exegética; sino de teoría general, en tanto que, aquellas normas de aplicación que se refieren a leyes extrañas para aplicar a actos ejecutados fuera del territorio del orden incorporante, no puede referirse a normas abstractas, pues que, como hemos visto, tal referencia nos lleva a una solución sin sentido lógico y contrario a los más esenciales caracteres del derecho. Por el contrario, cuando la norma de Derecho Internacional Privado reclama la aplicación de una norma extraña para regular una actividad humana que tiene como lugar de acción el territorio de vigencia del sistema jurídico incorporante, la norma señalada

será necesariamente la norma abstracta.

No es nuestro objeto agotar los problemas de la teoría general del Derecho Internacional Privado que nos llevaría necesariamente al conocimiento de la norma de incorporación en el cual tendremos forzosamente que ocuparnos de los efectos que esta dualidad de solución tiene en los problemas técnicos que son los problemas de calificación, reenvío y de orden público.

Sin embargo, es conveniente notar que por medio de este dualismo en el efecto de la norma de incorporación, se logra efectivamente una solución completa al problema, que hasta ahora resuelve parcialmente la teoría internista de la incorporación.

Debe notarse también, que en las soluciones finales de los problemas de conflictos de leyes o de Derecho Internacional Privado, tiene también un efecto decisivo la aplicación dual de la norma referida, unas veces al orden jurídico extraño en cuanto a sus normas abstractas, y otras veces en cuanto a sus normas concretas.

Creemos que lo expuesto hasta ahora es suficiente para poder concluir que el problema fundamental del Derecho Internacional Privado que presenta la territorialidad del derecho frente al comercio y a la vida internacional de los hombres es un problema cuya resolución compete de manera exclusiva a cada Estado. Cada Estado debe proveer en la esfera de su legislación interna a la resolución de los problemas de este tipo que se le presenten, por medio de normas de aplicación de normas extrañas. Estas normas de aplicación tienen

como efecto primordial la incorporación al derecho propio de normas integrantes de un sistema jurídico extraño. Esta incorporación se realiza paralelamente en dos formas diversas: por la incorporación de las normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable cuando la actividad humana que va a apreciarse se realiza dentro del ambiente de vigencia del sistema que contiene la norma incorporante; o bien incorporando la norma jurídica concreta, formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña, cuando se trata de apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia.

Debe observarse que la ordenación que se hace en la exposición anterior a la tesis de la incorporación, tal como ha sido expuesta por los tratadistas que se han citado, aún cuando no implica una distinción nueva, sí tiene en cuenta la elaboración de Zitelmann, sí hace posible un análisis mucho más claro de los problemas de esta rama del derecho llevando al campo del Derecho Internacional Privado la aplicación de la dogmática general de derecho sin divorciarla ni de la técnica jurídica ni de las necesidades de la vida humana.

Consideramos que en la teoría, el problema de las fuentes del Derecho Internacional Privado se resuelve fundamentalmente por la figura que él denominó incorporación y que en otros términos pudiera apreciarse como una delegación expresa de las fuentes aplicables para caso de conflicto que hace el legislador nacional, dentro de la redacción de la ley interna. Es decir si la propia ley interna incorpora o delega la fuente para el caso de conflicto, se está aceptando la aplicación

del derecho externo como fuente supletoria precisamente para el supuesto normativo y desde luego siempre que no choque con el orden público, concepto básico del Derecho Internacional Privado y cuyo contenido es variable conforme cambien las circunstancias de tiempo y espacio y de punto de vista político dentro de un Estado.

Estos problemas hemos querido comentarlos suscintamente porque, como veremos más adelante, tienen íntima relación con lo que se conoce como fraude a la ley y matizan su problemática y su conceptualización teórica que será analizada en los capítulos subsiguientes de este trabajo.

## Capítulo III

### Concepción teórica doctrinaria del fraude a la ley

A fin de precisar y determinar en lo posible el concepto de fraude a la ley se hace necesario acudir a la noción teórica que han dado los diversos autores sobre el particular. Es de observar que la doctrina, como veremos más adelante, no es completamente acorde en la determinación y aplicación del concepto y que aún más, se aprecia una división entre los autores que aceptan la noción y quienes la niegan. Trataremos a continuación de dar un panorama doctrinario y de examinar las obras de los tratadistas que nos han parecido estudian el problema con mayor precisión, comentando lo que nos parezca apropiado en cada uno de ellos y tratando de obtener un concepto general del fraude a la ley.

Para mayor precisión hemos optado por transcribir las ideas de los autores a fin de que no se deforme o aparezcan mal interpretadas en el comentario.

Niboyet expone que el fraude a la ley es una noción nueva, diferente de las que hasta ahora hemos examinado; gracias a ella pueden obtenerse resultados que no podríamos alcanzar sin recurrir a la misma.

Hay que dar por supuesto que un individuo, fraudulentamente, ha conseguido colocarse en una situación tal, que puede invocar las ventajas de una ley extranjera, a la cual, normalmente, no podría recurrir. El ejemplo clásico en la materia es el de dos cónyuges que, por pertenecer a un país donde no se admite el divorcio, se naturalizan en otro país que lo admite. Obtenida la naturalización y una vez logrado el divorcio, invocan su nueva situación, principalmente en su antiguo país. ¿Habría que aceptar en este país la competencia de la nueva ley nacional? . Supongamos, por ejemplo que se trata de dos españoles que solicitan naturalizarse en Francia con el exclusivo propósito de divorciarse, y que, una vez obtenida la nueva nacionalidad, obtienen el divor-

cio. Si los franceses divorciados deben, normalmente ser reconocidos en España como tales, España no está obligada a este reconocimiento para con sus propios súbditos por el sólo hecho de haber adquirido éstos la nacionalidad francesa.

La noción del fraude a la ley tiene por objeto establecer una sanción para tales manejos y un medio de impedir la aplicación de la ley extranjera, cuando alguno, mediante fraude, se ha colocado en situación de invocarla, adquiriendo la nacionalidad francesa únicamente para divorciarse. Lo mismo que en la doctrina la noción del fraude a la ley ha sido acogida por la jurisprudencia de varios países. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Qué lugar ocupa en el Derecho Internacional? ¿Qué elementos nuevos nos proporciona?

DEFINICION.— Las consideraciones anteriores nos conducen a dar la siguiente definición del fraude a la ley: “La noción del fraude a la ley, en Derecho Internacional Privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados, fraudulentamente, a una nueva ley”.

#### CONDICIONES PARA PONER EN PRACTICA LA NOCION DEL FRAUDE A LA LEY.—

De la naturaleza de la noción del fraude a la ley se deduce que las condiciones para ponerla en práctica son 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.

1.— Primera condición: Que exista un fraude.

La noción del fraude no la adoptamos aquí tal como se la 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, disminuyéndolo 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, el propósito de constituirse en estado de insolvencia.

En Derecho Internacional Privado, el fraude a la ley no es eso sino que su finalidad es distinta. Cuando algún individuo comete un fraude a la ley, no pretende en modo alguno, como demostraremos con ejemplos, 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, en verdad, de una intención; pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino tan sólo del 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 necesidad en los interesados; éstos se han 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 que 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 atender, por lo tanto, no al resultado obtenido sino el grado de imputabilidad, a la medida con arreglo a la cual se ha intentado burlar la ley. El elemento psicológico es lo que habrá que tener en cuenta principalmente; y el encargado de apreciarlo será el juez. Nada más legítimo que reconocerle esta facultad.

Ya hemos visto anteriormente, al ocuparnos del orden público, que los sistemas que pretenden aprisionarlo en fórmulas, están forzosamente destinados al fracaso, y que solamente el juez, al conocer el litigio en todos sus elementos, es el que puede decir si esto o aquéllo es inconciliable con el orden público. (16)

Para Romero del Prado el problema del fraude a la ley tiene dos aspectos: su determinación, su aplicación práctica y su crítica como podrá observarse enseguida: Puede eludirse la aplicación de la ley normalmente competente para regir una relación jurídica buscándose que sea otra la que se aplique para no someterse así a la primera. Estamos ante el problema del fraude a la ley en Derecho Internacional Privado.

Las leyes pueden establecer ciertas prohibiciones o establecer ciertos requisitos formales, que se quieren eludir realizándose los actos en otros países donde no existen tales prohibiciones ni tales o cuales requisitos formales.

CRITICA: La admisión del fraude a la ley, que trae como consecuencia la invalidez del acto celebrado, es aceptada en la jurisprudencia de Bélgica, Austria, Italia, etc., y por tratadistas como Pillet, Valery, etc., pronunciándose en contra entre otros, Savigny, Von Bar, Audinet, Weiss, Diena, Anzilotti.

Según el último tratadista, la competencia de la ley que debe resolver los conflictos, se vincula a ciertos elementos que dependen más o menos de la voluntad del individuo, como son: la nacionalidad, el do-

(16) Niboyet Jean Paulin. "Principios de Derecho Internacional Privado", Tr. Rodríguez Ramón, México. Editora Nacional 1965, P.P. 197, 300, 302, 438 a 460, 520, 587, 586, 608.

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

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

que subsistan las condiciones de su aplicación. Por ello, la libertad no es absoluta como en el primer caso, y entonces ante esa situación, estos dos autores citados admiten el fraude a la ley. "Si la naturalización fué jurídicamente inatacable, será también inatacable la competencia de la nueva ley personal nacional y deben considerarse jurídicamente eficaces los actos celebrados en armonía con esa ley, cuando deban ser reguladas por la nacional. Si la naturalización fué jurídicamente insubsistente, también es insubsistente la competencia de la ley del país de naturalización para regular los actos que deben ser regidos por la ley nacional, debiendo los mismos ser apreciados por la ley del país de origen. Así, si un portugués se naturaliza inglés y después de la naturalización dispone por testamento de todos sus bienes teniendo descendientes o ascendientes, el testamento será válido si la naturalización fué jurídicamente subsistente, o deberá la disposición testamentaria ser reducida a la cuota disponible del testador, si la naturalización debe considerarse jurídicamente insubsistente o sin valor. . . o la naturalización es válida, y entonces la ley competente para regular el acto, en la hipótesis del testamento, es indiscutiblemente la ley del Estado de naturalización y no puede ya decirse que hubo fraude a la ley del Estado de origen, o la naturalización es nula, sin valor, y entonces la ley del Estado de naturalización es incompetente para regular el acto, y la competencia continúa perteneciendo a la ley del Estado de origen. La existencia o no del fraude a la ley será así una cuestión de hecho, que el tribunal apreciará investigando si el interesado quiso seriamente o sólo aparentemente ser ciudadano del Estado de naturalización".

Para Bartin, la noción del fraude a la ley va incluida en el orden público: los cónyuges italianos se naturalizan en Francia para poder divorciarse y lo hacen en Francia, regresando a Italia.

**INDUSTRIAL CONTINENTAL**  
**S. R. A. S.**

No debe aplicarse la ley extranjera francesa que permite el divorcio ad-vinculum en Italia por ser inconciliable con su orden público en esa hipótesis y que sanciona la indisolubilidad del vínculo. También se pronuncia por su admisión razonando que con ello se logra hacer respetar las leyes imperativas. "Así, la ley que prohíbe estipular en un contrato una cosa determinada, ha sido dictada por el legislador por ser necesaria; esta es la razón por la cual se le ha dado un carácter imperativo. No es posible concebir que esta acción imperativa de la ley quede a merced de aquellos mismos a quienes debía ligar, los cuales no han tenido idea más apremiante que la de ver el modo de librarse de ella".

La autonomía de la voluntad no llega hasta ahí. Esta exportación fraudulenta del derecho, necesita una sanción.

"Cuando se prohíbe que salgan de España determinados productos, se establece una barrera aduanera para hacer eficaz esta prohibición. En el caso que nos ocupa, hace falta también un obstáculo. Todo el que está sometido a una ley imperativa, ha de obedecerla; y como de hecho, no puede impedirse que los interesados, al trasladarse a un país extranjero, se coloquen bajo el imperio de tal o cual ley más favorable, hay que recurrir a un procedimiento excepcional. Precisamente, nuestra noción nos lo proporciona. Habrá, pues, que establecer una diferencia entre los individuos que celebran un contrato en país extranjero, en condiciones normales, y los que se trasladan al mismo con el propósito exclusivo de realizar un acto delictivo. Igualmente habrá que distinguir entre los que se naturalizan en país extranjero sin doble intención y aquellos otros que lo hacen con propósito de fraude y únicamente para divorciarse".

"Razonando un poco sobre este ejemplo, advertimos que la

ley acerca de la indisolubilidad del matrimonio, que es una ley imperativa, debe tener una doble sanción: 1o.) Interna: los nacionales no podrán obtener el divorcio ante los tribunales de su país; 2o.) Internacional: si para librarse de dicha indisolubilidad obtiene el divorcio gracias a la aplicación de una legislación distinta, es preciso, no obstante, que la ley del país que prohíbe el divorcio conserve toda su fuerza prohibitiva”.

“Estas condiciones nos permiten precisar la verdadera naturaleza de la noción del fraude a la ley: es un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que en las relaciones internacionales la ley imperativa se convierta en facultativa”.

Niboyet define el fraude a la ley con estos términos: “La noción del fraude a la ley, en Derecho Internacional Privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley”.

Para el citado tratadista: “La noción del fraude a la ley debe aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sean, en que un individuo pueda invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia a que se refiere. Se trata, pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente 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 aquí 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: 1o.) 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”.

Un español se naturaliza en Francia, no 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 naturalizan 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.

Nosotros nos pronunciamos en contra de su admisión.

Es muy difícil la prueba de la intención fraudulenta y sería peligroso dejar su determinación al soberano arbitrio judicial.

“El Artículo 2o. de nuestra ley de matrimonio civil expresamente lo rechaza, al disponer que la validez del matrimonio será regida por la ley del lugar de su celebración aún cuando los contrayentes hubiesen abandonado el territorio de la república para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen”.

También merecen recordarse las convenciones de la Haya sobre el divorcio, Artículos 4, 5 y 8 y sobre los efectos del matrimonio, Artículo 9o., párrafo 2o., disposiciones que tienden a evitar que cualquiera de los cónyuges cambie de nacionalidad para conseguir ante la nueva ley nacional un efecto que la antigua ley no permitía. (17)

El maestro Trigueros en su cátedra exponía:

(17) Romero del Prado Víctor N. “Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Córdoba, Argentina, Ediciones Assandri 1961. P.P. 638-645.

Fraude a la ley: El problema de calificación es el primero pero no el único de los problemas relacionados con esta parte del estudio de la norma de Derecho Internacional Privado. Cuando se realiza la hipótesis hace posible la aplicación de la ley extranjera pero queda por saber si dicha hipótesis se debe producir de manera natural. Es decir qué efecto tiene el Derecho Internacional Privado en el fraude a la ley.

Cuando la norma prevé una hipótesis debe de suponerse que es para los casos en que se realizan de manera espontánea los hechos previstos en tal hipótesis; pero si esto se realiza de manera forzada entonces se dice que existe fraude a la ley. Hay diversos modos de planteamiento del Derecho Internacional Privado para encontrar una serie de soluciones para dicho problema. De esta manera cuando la intención de las partes de sustraerse a la ley aplicable viene a equiparse a la intención de las partes para sustraerse a la norma prohibitiva, es la característica tradicional del Fraude a la Ley. Estimándose en algunos casos que dicha intención de las partes trae como consecuencia la nulidad de su operación fraudulenta y en otros casos, que el fraude a la norma trae como consecuencia la inaplicabilidad de la propia norma, en virtud del principio de nulidad general que pena con nulidad todo lo hecho contra el sentido de la ley que es precisamente la base tradicional del concepto del fraude a la ley.

En el Derecho Clásico Romano en ese período el caso "CONTRA LEGEM" fué siempre un acto nulo. En el segundo período del Derecho Romano encontramos ya el acto "IN FRAUDEM LEGIS" dentro del campo de la nulidad pero este acto era aquel que sin violar la letra de la ley contrariaba su espíritu; en el Derecho Clásico el acto "IN FRAUDEUM LEGIS" no quedaba comprendido dentro de la prohibición expresa de la ley, y en la lucha por la libertad, el Derecho Romano le concedió validez; en el derecho posterior el acto "IN FRAUDEUM



LEGIS” cae ya dentro de la sanción de nulidad, porque el ángulo visual de los romanos cambió totalmente el aspecto del derecho. Un autor dice refiriéndose a este período que la lucha por la libertad fue sustituida por la lucha de la legalidad y entonces el acto en el Derecho Clásico era considerado válido a pesar de ir contra el mandato de la ley.

En el Derecho Post-Clásico lo encontramos sancionado con el principio que encontramos consagrado en toda la legislación posterior hasta la contemporánea: lo hecho contra el tenor de la ley prohibitiva, es nulo, no sólo contra la letra sino también contra el espíritu de la ley. En el Derecho Post-Clásico en el Derecho Medieval el acto “IN FRAUDEUM LEGIS” toma un nuevo aspecto. El hombre trata de eludir el derecho encontrando siempre la manera de pasar sobre la ley; el acto en fraude a la ley implica la realización de actos permitidos por la ley para lograr un fin que la misma ley prohíbe. El ejemplo tradicional lo encontramos en el caso de la prohibición del pacto comisorio y la permisión de la estipulación del pacto de retroventa, en el lugar del pacto comisorio prohibido durante el Siglo XIX se estimula una compraventa con pacto de retroventa. En nuestro derecho hasta 1917 se prohibió el pacto de retroventa precisamente para evitar el Fraude a la Ley en el pacto comisorio.

Para que exista Fraude a la Ley son necesarios dos elementos constitutivos, el que la realización del acto o conjunto de actos lleve precisamente a obtener un resultado prohibido por la ley y que la intención de las partes sea: por medio de actos permitidos, lograr la finalidad prohibida. De aquí han surgido tres hipótesis, señaladas por Pacchioni 1o.- Creyendo eludir la ley no son suficientemente hábiles para defraudarla y llegar a un resultado violatorio. En este caso no hay Fraude a la Ley; 2o.- Cuando el acto intencionalmente fraudulento no llegue a tener una realización prohibida por la ley, aunque haya existido ma-

la intención no violan la ley, tampoco hay Fraude a la Ley, sino un acto lícito; 3o.- El caso propiamente de Fraude a la Ley cuando las partes intencionalmente violan la ley llevando a cabo una serie de actos permitidos llegan al resultado de lo que hubiera estado prohibido por la ley. El caso típico de Fraude a la Ley en Derecho Internacional Privado es: En el Derecho Italiano se prohíbe el divorcio de italianos y cuando dos italianos deciden divorciarse, abandonan Italia. Antes de la guerra de 1914 pasaban a Fiume, Hungría., donde se hacían adoptar por un súbdito húngaro, con lo que adquirían la nacionalidad húngara; ya húngaros, se divorciaban en Fiume ante los tribunales húngaros, haciendo inscribir la sentencia de divorcio en el tribunal de su domicilio anterior en Italia y una vez inscrita la sentencia de divorcio, regresaban a Italia y al pasar la frontera adquirían de nuevo la nacionalidad italiana con lo que habían conseguido el fin prohibido por la ley italiana. En la práctica el Fraude a la Ley es muy difícil de ver y sumamente difícil de comprobar porque es muy difícil demostrar el elemento subjetivo. En el Derecho Internacional Privado para que se lleve a cabo el Fraude a la Ley nos damos cuenta que nos falta el elemento objetivo de la violación a la norma para que exista Fraude a la Ley, partiendo de la base de las tesis anteriores. En cambio si pensamos en una posición análoga a la de Savigny, vemos que el problema de Fraude a la Ley no tendría ninguna variedad respecto al problema de derecho interno ya que tanto la Ley Extranjera como la Ley Nacional, tienen dentro de esta teoría un valor equivalente. Estos extremos nos señalan toda la serie de posiciones intermedias que nos encontramos; por ejemplo: dentro de la teoría del conflicto de leyes según la cual las normas de Derecho Internacional Privado tratan de escoger de entre las leyes normalmente aplicables una que se considere por el juzgador adecuada al caso. Todavía dentro de la tesis general de la incorporación, tal como la presenta Ago, volvemos

a encontrarnos con la misma situación; el Fraude a la Ley debe anular el acto, ya que en este caso se hace operar la norma de Derecho Internacional Privado para hacer aplicable una ley del sistema contra las leyes del mismo sistema, es decir nos encontramos con un caso de Fraude a la Ley de Derecho Interno sólo que encontramos una norma más de otro tipo, esta es simplemente una modalidad en la forma del fraude pero no entraña una modificación en sus consecuencias.

Si seguimos la tesis que hemos expuesto en conflicto de leyes vemos que el Derecho Internacional Privado tiene dos manifestaciones diversas: en el sistema de incorporación que la limitación territorial del derecho impone la necesidad no sólo de incorporar normas generales, sino también de incorporar normas completas; cuando la actividad de las partes se realiza fuera del territorio la ley del juez no rige, no puede regular este acto ni informarlo en ningún sentido; puede normarse la actividad de las partes que se realiza dentro del ámbito de vigilancia del derecho, pero no la actividad que se realiza fuera de ese ámbito espacial; por esto es que, al llegar a la resolución del conflicto de leyes, pensábamos en la función de la norma de incorporación como una función de dos tipos distintos, la incorporación de normas generales para regular los actos particulares que se realizan dentro del espacio de vigencia y la incorporación de las normas concretas de actividades practicadas por particulares fuera del ámbito del derecho. Para complementar el derecho mismo dentro de ésta tesis dual, encontramos que en el primer caso, la incorporación de normas generales, está comprendida la posibilidad del Fraude a la Ley; el derecho extraño que es incorporado como norma general y que se pone en juego para obtener un resultado ilícito, es derecho propio, en consecuencia, en este punto el Fraude a la Ley no tiene ninguna diferencia con el caso, de Fraude a la Ley con el Derecho Interno. No sucede lo mismo en el segundo caso, en el caso de

incorporación de normas completas, no podemos pensar seriamente en el Fraude a la Ley porque entonces quedamos en una posición análoga a la tesis de la auto limitación del derecho, el acto realizado fuera del ámbito de la norma, no puede contrariar nada; no podemos violar en México una norma del derecho francés, no puede el italiano en Hungría violar una ley, lo que se necesita es que esté vigente, si fuera de las fronteras la ley nunca puede tener esta pretensión, nunca puede tener el carácter de norma, por lo tanto, no puede haber Fraude a la Ley, porque falta el elemento esencial objetivo de contrariedad a la ley. (18)

Para Q. Alfonsín se trata de una excepción de Fraude a la Ley.

El Fraude y el Fraude a la Ley.— La excepción de Fraude a la Ley sólo tiene relación con las normas formales o indirectas de Derecho Internacional Privado.

Como es sabido, estas normas señalan la ley de tal o cual Estado para regular la relación, valiéndose de una circunstancia que ellas mismas mencionan, o de un punto de conexión. La realización de esta circunstancia o del punto de conexión depende muchas veces de la voluntad del interesado, por lo cual es posible que éste ponga su voluntad para que el punto parezca realizarse o se realice verdaderamente en cierto Estado de tal modo que la relación venga a ser regulada por la ley que a él le conviene. P. E. si la capacidad se regula por la *lex domicilii*, el interesado puede fraguar un domicilio en cierto Estado, o puede efectivamente fijar su domicilio en cierto Estado cuya ley favorece su capacidad. En el primer caso, habrá cometido un fraude; en el segundo, un Fraude a la Ley.

El Fraude.— Cuando, mediante fraude, el punto de conexión se realiza aparentemente, en realidad no se realiza.

Quien fragua un domicilio en A estando realmente domiciliado en

(18) Trigueros, Eduardo. "Apuntes Sobre Derecho Internacional Privado". México. Escuela Libre de Derecho, tomados por Augusto Moheno. 1941. P.P. 16-22.

otra parte, no está domiciliado en A; un bien cuyo propietario declara que está situado en A cuando en realidad se encuentra en otra parte, no está situado en A; un contrato en que las partes declaran que fue celebrado en A cuando en realidad fué celebrado en otra parte, no fue celebrado en A, etc.

Por consiguiente, la ley de A, que los interesados intentan que sea aplicada por virtud de éstas tres normas: "La capacidad se regula por la ley del domicilio", "los bienes se regulan por la ley del lugar donde están situados". "Los contratos se regulan por la ley del lugar de la celebración" no pueden ser aplicadas, pues las normas recién transcritas sólo señalan, como es obvio, la ley del domicilio verdadero, la ley de la situación verdadera, la ley del lugar de celebración verdadero.

La relación aparente del punto de conexión obsta a que se aplique la ley resultante. No es menester invocar siquiera ninguna excepción especial para no aplicarla, dado que sencillamente esa ley no es la aplicable.

El Fraude a la Ley.— Puede ocurrir, por lo contrario, que el interesado traslade verdaderamente su domicilio al estado A con el fin de tornar aplicable la ley de A., o que traslada verdaderamente el bien al estado A para celebrar ahí el contrato con el fin de que se regule por la ley de A.

La excepción de Fraude a la Ley.— Frente a esta maniobra y a otras muchas que cabe imaginar, la doctrina asume dos posiciones opuestas:

- 1o.—Para unas, la norma de Derecho Internacional Privado sólo exige que se haya realizado verdaderamente el punto de conexión para reputar aplicable la ley resultante; por lo tanto dicha ley debe ser aplicada a la relación extranacional aún

cuando medie cualquier maniobra del interesado dirigida a que el punto de conexión se realice en un Estado, y no en otro, nada autoriza en efecto a distinguir lo que la norma no distingue, ésto es, a incluir en ella las realizaciones espontáneas y a excluir las dirigidas por el propio interesado.

El Fraude a la Ley, en suma, es anodino en tanto la norma de Derecho Internacional Privado no establezca en el punto de conexión algún requisito adicional que condicione su realización.

2o.— Por lo contrario, hay quienes consideran que el Fraude a la Ley no debe ser anodino: *fraus omnia corrumpit*:

a).— Por lo tanto, afirman que la norma de Derecho Internacional Privado, aparte su letra (cuando la tiene), siempre incluye en su espíritu la condición de la realización espontánea (*bona fides*) del punto de conexión. Si el punto de conexión exigido por la norma obtuvo realización mediante una maniobra del interesado, no se habrá realizado verdaderamente, pues carece del requisito de la *bona fides* para hacer lo que la norma establece. P. E., si la norma establece que “la capacidad se regula por la *lex domicilii bona fides*”, un domicilio que no es *bona fides* no habrá realizado el punto de conexión de esta norma.

Con arreglo a esta argumentación, el Fraude a la Ley sería en sus efectos simular el fraude; obstaría que se aplicara la ley resultante, no porque alguna excepción especial lo impidiera, sino sencillamente porque esa ley no es la que la norma de Derecho Internacional Privado designa.

b).— Por lo regular, quienes se manifiestan partidarios del

fraus legis, erigen, sin embargo, una excepción especial para excluir la aplicación de la ley obtenida mediante maniobras del interesado. En consecuencia, comienzan por reconocer implícitamente que esa ley, obtenida con intervención del interesado, es la regularmente aplicable a la relación, pero luego la excluyen mediante la excepción especial de fraude a la ley. A continuación examinamos esta doctrina.

El Fraude a la Ley como operación ilícita. Elementos configurativos de la excepción de Fraude a la Ley. Para que la excepción pueda configurarse, se requieren dos elementos:

- 1o.—Elemento objetivo: Un medio lícito:— El interesado debe realizar verdaderamente el punto de conexión en el Estado que haya escogido: Debe haber establecido un domicilio verdadero en el Estado A, b haberse trasladado verdaderamente al Estado A. Dicho de otro modo: La situación, objetivamente examinada, debe ajustarse a lo que dispone la norma de Derecho Internacional Privado (de lo contrario, habría fraude, y no Fraude a la Ley).
- 2o.—Elemento subjetivo: Un fin ilícito:— La realización del punto de conexión obtenida por el interesado debe responder a su intención de acomodar la regulación de la relación a sus intereses particulares, vale decir, de eludir la ley del Estado, que si no mediara su maniobra, habría regulado la relación (evasion of law), y de aprovechar a la vez la ventaja que le ofrece la ley de A el interesado, P. E., puede querer escapar a la ley de su domicilio actual porque prohíbe el divorcio y el de ser divorciado; entonces cambia su domicilio para un Estado donde se permite el divorcio. El elemento objetivo

nada tiene que ver con la finalidad moral o inmoral del interesado, ni con su perjuicio o beneficio económico; sólo tiene que ver con su interés de que la relación se regule como él lo desea. Una persona, P. E., lo mismo puede cambiar de domicilio para que lo herede su hijo natural como para que no lo herede.

Prueba del Fraude a la Ley.— Tal como ocurre con la excepción de orden público internacional, la excepción de Fraude a la Ley, sólo funciona ante el juez, o ante el registrador, o ante el funcionario que por cualquier circunstancia debe controlar la aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado.

El elemento objetivo, es fácil de comprobar: Cualquiera realización verdadera de la nacionalidad, del domicilio, del lugar de la celebración basta como prueba.

En cambio, el elemento subjetivo no es fácil, sino casi imposible de comprobar. Sólo la confesión del propio interesado puede servir de prueba. Pero como no es posible forzar a las personas a confesar contra su propia voluntad, suele acudir a dos tipos de presunciones judiciales que, según se afirma, son probatorias de la intención, a saber:

a).— Todo cambio injustificado de la conexión prueba que hubo Fraude a la Ley: P. E., el cambio injustificado de nacionalidad, de domicilio, de situación del bien.

Cualquier cambio de domicilio no prueba, desde luego, la intención de eludir las leyes del antiguo Estado para aprovechar las del nuevo: El cambio debe ser injustificado. Pero, ¿cómo saber si no lo es?



Ningún criterio objetivo existe para apreciar si cierto motivo alcanza para justificar un cambio de domicilio; todo depende de la convicción del funcionario interviniente. Pero esta convicción no es garantía satisfactoria desde el punto de vista jurídico, puesto que las personas son libres de cambiar de domicilio sin motivo alguno que justifique el cambio ante los demás.

En realidad, esta presunción debe entenderse así: Hay intención de defraudar a la ley cuando el cambio sólo puede explicarse con la intención de defraudar a la ley; pero claramente se percibe lo endeble de esta formulación y lo fácil que sería de burlar.

b).— Toda elección injustificada de la conexión prueba que hubo Fraude a la Ley: Si dos personas, P. E., celebran un contrato en el Estado A, del que no son nacionales, donde no están domiciliados, donde el contrato no tendrá ejecución; etc., se presume que lo celebraron sólo para aprovechar en interés propio la ley aplicable al caso por virtud de una norma de Derecho Internacional Privado que dispone que los contratos se regulan por la *lex loci celebrationis*. Si dos personas prevaliéndose de otra norma de Derecho Internacional Privado, según la cual, los contratos se regulan por la ley libremente elegida por las partes (autonomía de la voluntad), eligen la ley del Estado A, del cual no son nacionales, en el cual no están domiciliadas, en el cual no se celebrará ni se ejecuta el contrato. . . Se presume que eligieron esta ley sólo para aprovecharla en beneficio propio.

La jurisprudencia de los Estados Unidos proporcionan nume-

rosos ejemplos de estas inferencias judiciales, pero, por lo regular, deja mucho que desear pues como hemos dicho hace un momento, no están basadas en ningún criterio objetivo que sirva para calificar como fraudulentas las elecciones aparentemente inmotivadas. Quizá exista un motivo que indujo a las partes a celebrar en A, al elegir la ley de A sin ningún animus fraudandi, y que el funcionario interviniente no sepa aquilatar.

Por otra parte, cómo hemos de exigir que el contrato sea celebrado en un Estado que tenga algún vínculo adicional con él si la norma no lo exige. Esta pretensión importa que el contrato no debe ser regulado por la *lex celebrationis*, como la norma dispone, sino por la acumulación de la *lex celebrationis* con otra más. Y si se exigiera que las partes, aunque gocen de autonomía para regular el contrato como quieran, deben elegir la ley del domicilio de una de ellas, o la de la celebración del contrato, o la de su ejecución. . transformáramos subrepticamente la norma que autoriza la libre elección de las partes en otra que restringe la elección, como la contenida en el Artículo 7 de la Ley Polaca de 1926.

Fundamento de la Excepción.— Sólo pueden alegarse dos razones jurídicas para instituir la excepción de Fraude a la Ley. Si hay violación de la ley regularmente aplicable a la relación:

1).— Violación de la norma de Derecho Internacional Privado. La norma de Derecho Internacional Privado no puede ser violada directamente (caso de fraude) ni indirectamente (caso de fraude a la ley). Se la viola indirectamente cuando se respeta su letra y se viola su espíritu p. e., es verdad que la letra

de la norma puede establecer que el matrimonio se regula por la ley del lugar de la celebración; pero atendiendo a su espíritu, se afirma, esta norma solamente autoriza a que los contrayentes que se encuentran accidentalmente fuera del país de su domicilio, se casen en donde estén, es decir, que no tengan que regresar al país del domicilio para casarse; pero no autoriza a que los contrayentes abandonen ex profeso al país del domicilio para casarse en otra parte. En realidad, se agrega, la norma establece que el matrimonio se regula por la ley del domicilio de los contrayentes y sólo por excepción autoriza el matrimonio con arreglo a la ley del lugar de la celebración.

a).— Esta argumentación tiene el defecto, como se ve, de atribuirle a la norma un contenido esotérico francamente opuesto al que revela su letra. Estas atribuciones hállanse condenadas por la técnica del derecho codificado, dentro de la cual es conocido que, siendo clara la letra de una norma, no se le puede atribuir otro contenido con pretexto de consultar su espíritu (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Siendo esto así, tropezamos con la siguiente paradoja: No es el interesado quien viola la norma de Derecho Internacional Privado con su maniobra, sino el funcionario interviniente con su atribución de un significado oculto, que la norma no tiene.

b).— Pero aún en el caso de que el contenido de la norma de Derecho Internacional Privado fuera efectivamente el que el funcionario interviniente le atribuye, la excepción de Fraude

a la Ley carecería de objeto. No sería preciso, en efecto, erigir una excepción para no aplicar la ley resultante de una realización aparente del punto de conexión, si mediante su maniobra el interesado presenta como realizado el punto de conexión que el espíritu de la norma exige, cuando verdaderamente no lo realizó, basta con que la norma no funcione para que frustren sus propósitos.

2).— Violación de la ley regularmente aplicable a la relación. Por lo común la excepción de Fraude a la Ley no pretende preservar la recta aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado, sino impedir que las personas se evadan de la ley que, sin no mediara la maniobra, debería regular la relación.

a).— Esta fundamentación requiere, ante todo, que se determine cuál es esta ley “regularmente aplicable” a que estaría sometida la relación de no mediar la voluntad del interesado.

Sobre este particular, la doctrina del *Fraus Legis* es muy vacilante. Para determinar esa ley no puede acudir como es obvio, a lo que dispone la norma de Derecho Internacional Privado, pues esta norma reputa como regularmente aplicable justamente la ley que el interesado tornó aplicable mediante su maniobra.- Tampoco puede atribuirle a la norma de Derecho Internacional Privado un significado distinto del que tiene, según quedó dicho en supra. Y tampoco puede reputar como regularmente aplicable la ley que el interesado eludió, pues “¿Cómo podría atribuirse competencia a una ley que no tiene otro título que ser la que las partes quisieron eludir?”.

b).— Por otro lado, esta fundamentación exige que la excep-

ción de Fraude a la Ley funcione tanto cuanto la ley regularmente aplicable a la relación que el interesado ha eludido sea la propia del juez interviniente o la de su Estado extranjero. Sin embargo, los jueces entienden que la excepción sólo debe funcionar cuando la maniobra afectó la aplicación de la ley propia. Si un alemán se naturaliza en Francia para eludir la ley alemana y aprovechar la francesa, el juez alemán considerará ilícita la maniobra pero el francés no.

c).— En fin, con arreglo a esta fundamentación, la excepción sólo debería funcionar cuando las personas eluden una ley obligatoria para ellas, y no meramente facultativa. Sin embargo, la excepción de Fraude a la Ley intervine extensamente en el campo reservado a la autonomía de la voluntad, incurriendo en una incongruencia palmaria. Para demostrarlo, basta con suponer sucesivamente estas dos hipótesis: Primera: Hay una ley obligatoriamente aplicable al contrato; en tal caso, el Fraude a la Ley es imposible porque las partes, carentes de autonomía, no pueden elegir fraudulentamente otra ley; Segunda: No hay ley alguna obligatoriamente aplicable al contrato; en tal caso, tampoco es posible el Fraude a la Ley, porque la parte, gozando de completa autonomía, no eluden ninguna ley cuando eligen la que quieren.

El Fraude a la Ley y el Orden Público.— En realidad, la excepción de Fraude a la Ley sólo pisa terreno firme cuando funciona para restablecer la aplicación de leyes locales de orden público internacional que el interesado ha eludido.

P. e., el Artículo 1, inciso 1, de la ley nazista del 18-10-1935, que prohibía el matrimonio entre arios y judíos, esta-

blecía: “Los matrimonios celebrados a pesar de la prohibición son nulos, aún cuando hayan sido celebrados en el extranjero con el fin de eludir la presente ley”. Pero en este caso, y en todos los similares, no era necesario recurrir a la excepción de Fraude a la Ley para impedir la aplicación de una ley extranjera; bastaba con recurrir a la excepción de orden público internacional.

Los efectos de la excepción son estrictamente territoriales. En todo caso, la excepción no puede surtir efecto alguno fuera de fronteras. Si una persona se naturalizó en un Estado extranjero *animus fraudandi*, el Estado cuya ley resulta defraudada no reconocerá la naturalización como conexión, pero no podrá anularla, ni dejar de reconocerla en cuanto es productora de otros efectos jurídicos. Por su parte, los demás Estados, no reconocerán los efectos que la excepción hay producido dentro del Estado que hizo uso de ella. (19)

“Naturaleza del Fraude a la Ley. Definición y su explicación:— El Fraude a la Ley consiste en que las partes convierten las características positivas del tipo legal, concebidas por el autor de la norma como meros acontecimientos o actos jurídicos, en negocios jurídicos, haciendo así aplicable un derecho civil que difiere del derecho civil coactivo aplicable con anterioridad a la descrita conversión.

Las características de un tipo legal pueden ser acontecimientos no relacionados con la voluntad del hombre (p. e., el transcurso del tiempo, declaración de una epidemia, el aluvión, etc.), o pueden ser acontecimientos producidos por el hombre con intención diversa de desencadenar la consecuen-

(19) Alfonsín, Quintín, “Teoría del Derecho Internacional Privado”, Montevideo, Uruguay 1955, P.P. 583–597.

cia jurídica de la norma de cuyo tipo legal se trate; llamados actos jurídicos (p. e., establecimiento del domicilio que se lleva a cabo conscientemente, pero no precisamente para fundar en aquel lugar la competencia de los tribunales); y pueden ser, por último, negocios jurídicos o sea actos realizados con la intención de que se produzca determinado efecto jurídico cuya realización es decretada por el legislador precisamente en atención a aquella voluntad.

La naturaleza de una característica cualquiera es siempre relativa a una norma determinada. Así p. e., la adquisición de la nacionalidad puede constituir un negocio respecto a los preceptos sobre opción (Art. 18, 11, 19, c.c. esp.): en cambio, constituye un mero acto jurídico en cuanto a las normas indirectas (Art. 9, 10 pág. 1a. parte 1a; 10 pár. 2o., etc.).

La norma indirecta considera p. e., la situación de un mueble como mero acontecimiento. Una persona que lleva intencionadamente al mueble a un determinado país para disfrutar de los beneficios de su legislación (porque en ella se aplica a los muebles la "Lex situs"), desvirtúa dicho requisito y lo utiliza como negocio jurídico. Exactamente igual considera la norma indirecta la calidad mueble de una cosa. El francés que convierte acciones del Banco de Francia mediante una declaración en inmuebles o el aragonés que convierte muebles en inmuebles o viceversa (Artículo 48, pr. 2o. del Apéndice al C. C.) actúan fraudulentamente si la conversión que realiza para hacer aplicable un derecho civil que sin ella no lo sería y que permite lo que el derecho civil en sí aplicable no concedería. La norma indirecta concibe la adquisición de la nacionalidad como acto jurídico; y no supone que al-

guien adquiere una nacionalidad precisamente para que se aplique en un caso dado su nuevo derecho nacional. Pues, el proceder de una persona fraudulenta es exactamente el mencionado; convierte lo que la norma indirecta proyectaba como acto jurídico, en negocio jurídico. Así se explica que los hechos subyacentes al único punto de conexión, que ya por sí consiste en un negocio jurídico, no son susceptibles de perversión fraudulenta. Nos referimos a la llamada "Autonomía de las partes". La norma indirecta reza en este supuesto del siguiente modo: "En todos los negocios jurídicos que tengan contacto con países diferentes y en los cuales las partes han establecido expresa o tácitamente qué derecho de dichos países debe regir el negocio (características positivas del tipo legal). . . , este derecho escogido por las partes es el que lo regulará, (característica positiva de la consecuencia jurídica). . ." "La elección de un derecho aplicable es, en el entender de la norma indirecta, un negocio jurídico, puesto que se hace precisamente con la finalidad de que se aplique el derecho escogido. Por ello, los hechos subyacentes a dicho punto de conexión no se prestan al fraude. En cambio, sí puede haberlo respecto a los demás hechos enfocados por el tipo legal. La ley concibe p. e., el contacto del negocio con varios países como mero acontecimiento o mero acto jurídico. No obstante, las partes pueden crear deliberadamente el contacto para luego poder escoger el derecho del país con el cual el contacto fue creado. Como se ve en el ejemplo de la conversión de un mueble en un inmueble o viceversa, el Fraude a la Ley puede afectar cualquier característica positiva del tipo legal y no sólo los hechos subyacen-



tes a los puntos de conexión.”

Requisito del Fraude a la Ley:— Los requisitos del Fraude a la Ley se desprenden de su definición. Lo que hace falta es: 1o.) en sentido objetivo; a) una característica positiva del tipo legal no concebida por el autor de la norma indirecta como negocio jurídico; b) actos exteriores (maniobras) de los interesados expresivos de su intención lograda de convertirla en tal; en este aspecto será de importancia decisiva la contracción temporal de los hechos. Si la duquesa de Beaufremont hubiese realizado los hechos en años en lugar de meses y Reinhardt en meses en lugar de semanas, no habría fraude o, al menos, su prueba sería sumamente precaria; c) diferencia entre el derecho civil aplicable después de las maniobras y el derecho coactivo aplicable con anterioridad a las mismas; 2o.) en sentido subjetivo, la intención o el conocimiento referente a los requisitos b) y c) o sea la intención de hacer deliberadamente aplicable mediante maniobras apropiadas un derecho civil favorable que sin las mismas no lo habría sido. Conste que el requisito subjetivo existe sólo en el campo del derecho material. En la esfera del derecho procesal, en cambio, no existen sino los requisitos objetivos, ya que la prueba del hecho mencionado bajo 1, b, es suficiente para presumir la intención descrita bajo 2). Por lo demás hay que despojar el requisito subjetivo de toda nota moral peyorativa. Las partes quieren conseguir un resultado que el derecho civil coactivo, en sí aplicable, no les concede. Este resultado puede hallarse dentro del campo de lo moral y puede ser inclusive preferible al derecho civil coactivo en sí aplicable. Tampoco debe atribuirse a la intención de las par-

tes un carácter antipatriótico, puesto que el derecho civil coactivo eludido no tiene que ser el derecho del juez. Supongamos p. e., a un alemán que necesita tomar dinero a préstamo y pignorar como garantía camiones de su propiedad y que en vista de que el derecho alemán, a diferencia del español, desconoce la prenda sin desplazamiento (sin perjuicio de los remedios ideados a tal efecto por la práctica alemana), se hace español. Antes de su maniobra era aplicable el derecho alemán, cuyos preceptos coactivos prohíben la prenda sin desplazamiento. Después de ella resulta aplicable el derecho español que la admite. Supongamos ahora que el proceso se incoe en España. En este supuesto el Fraude a la Ley no puede ser tachado por el juez español como amoral o como antipatriótico, puesto que su resultado es la aplicación del derecho civil español. No obstante, existe un auténtico fraude al Derecho Internacional Privado Español.

Efectos de la Prohibición del Fraude a la Ley:— La existencia del Fraude a la Ley produce el efecto de su propia ineficacia. La norma indirecta resulta inaplicable a los hechos artificialmente creados; pero ella queda aplicable a los hechos reales.

La declaración de ineficacia posee, por lo demás, los efectos que el Derecho Procesal, Derecho Administrativo, etc., le atribuyen. Si p. e., en un proceso sobre sucesión se niega que un pretendiente a la herencia haya estado casado con el "de cujus" por haber sido el matrimonio fraudulento, la cosa juzgada no se refiere a la nulidad del matrimonio que es meramente un elemento de sentencia (Savigny) sino exclusiva-

mente al derecho sucesorio. Para lograr una sentencia anulatoria del matrimonio haría falta un proceso especial. Si en otro caso se declara la nulidad de un matrimonio por adquisición fraudulenta de una nacionalidad, la cosa juzgada no se refiera a la nulidad de la nueva ciudadanía. Para conseguir su anulación haría falta adaptarse a las disposiciones correspondientes del derecho del país cuya nacionalidad se había adquirido fraudulentamente y las cuales tal vez denieguen la posibilidad de anular una nacionalidad concedida o quizá la concedan por la vía de un proceso contencioso administrativo.

Comparación del Fraude a la Ley con conceptos afines.  
 a).— Fraude a la Ley y abuso de derecho:— El abuso de derecho consiste o en hacer uso de una facultad legal con el exclusivo fin de perjudicar a alguien (concepción moral del abuso de derecho) o en hacer uso de una facultad legal con diverso fin, que el fin social (concepción social del abuso de derecho). El fraude a la ley implica un abuso de derecho (en sentido social); pero ello no agota su actividad ya que dicho abuso no es sino un medio para atacar el fin social de otras dos normas (diferentes de la que concede la facultad abusada); el de la norma indirecta y el de derecho civil coactivo eliminado. La princesa de Beaufremont abusa p. e., de la facultad de nacionalizarse conferida a ella por el Derecho Público de Sajonia-Altenburgo, para infringir los fines sociales del Derecho Internacional Privado y del Derecho Internacional Privado y del derecho matrimonial francés.

Como la simultánea infracción de tres normas es considerablemente más grave que la de una sola, el desenvolvimiento

de la jurisprudencia de la prohibición del Fraude a la Ley (con simultánea autorización del abuso de derecho) a la posterior prohibición también del abuso de derecho, no carece de lógica. Tal fue el proceder de la jurisprudencia española que siempre prohibió el Fraude a la Ley (últimamente en el campo del derecho procesal por S. del 4 de abril de 1942; y en la del derecho civil por S. del 8 de abril de 1942, en “Revista Crítica del Derecho Inmobiliario”, 1942, ps. 414 a 418 y ps. 605 a 608 respectivamente) mientras que no sancionó el abuso del derecho sino a partir de la S. del 14 de febrero de 1944 (ibidem, ps. 401 a 404).

b).— Fraude a la Ley y simulación:— La simulación es una especie de Fraude a la Ley, más exactamente; aquel fraude en el que medio y fin son contradictorios. En el caso *Beauffremont*, p. e, el medio (La nacionalización en Sajonia Altenburgo) y el fin (el divorcio vincular del primer matrimonio) no son contradictorios. Si, en cambio se vende simuladamente a bajo precio para ahorrar impuestos, mientras que el precio real es más alto o si dona simuladamente para disimular una venta o viceversa, el medio, negocio simulado y el fin, negocio disimulado, se excluyen mutuamente. Además, el fraude puede ser unilateral, mientras que la simulación es siempre bilateral. Si fuera unilateral se tornaría en “*Reservatio Mentalis*” con distintos efectos jurídicos.

c).— Fraude a la Ley y Orden Público:— La prohibición del Fraude a la Ley constituye la característica negativa general del tipo legal de cualquier norma jurídica; el orden público en cambio, constituye la característica negativa general de la consecuencia jurídica de la norma indirecta. En efecto, el

Fraude a la Ley existe y se sanciona en cualquier rama jurídica, tanto en el Derecho Internacional Público como en el derecho interno, y dentro del último, tanto en el derecho público como en el privado. El orden público se dá, en cambio, sólo en el Derecho Internacional Privado puesto que supone la aplicabilidad del derecho extranjero. Además la prohibición del Fraude a la Ley contiene un juicio de desvalor respecto a la conducta de las partes, mientras que el orden público implica un juicio de desvalor concerniente al derecho extranjero. La prohibición del Fraude a la Ley defiende al Derecho Internacional Privado y al Derecho Privado Coactivo. El orden público, en cambio, defiende sólo al Derecho Privado Coactivo Ideológico. (20)

Batiffol concibe la noción general del Fraude a la Ley de la siguiente manera: "Las reglas de conflictos no deben ser utilizadas por los particulares para escapar a las disposiciones legales de fondo. Así la jurisprudencia después de 1884 ha declarado sin valor, en Francia como viciado por el Fraude a la Ley el divorcio obtenido en Alemania por una francesa que había adquirido la nacionalidad alemana con la intención exclusiva de escapar a la regla francesa del matrimonio indisoluble. La intervención de esta noción implica: Primero la utilización voluntaria de reglas de conflicto; Segundo la intención de eludir la ley. Este elemento intencional es la esencia del sistema y explica los problemas que sean planteados; Tercero, en el estado actual de la jurisprudencia francesa el Fraude a la Ley francesa sólo se mantiene porque el sistema se presenta como una manifestación del fin propio de la ley francesa". (21)

(20) Goldschmidt, Op. Cit., P. 302

(21) Batiffol Henri, "Traité Elementaire Droit International Privé", 2 Zeme Ed, París, Generale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand, Auzias 1959, P. 426,431.

Para este autor la sanción del Fraude a la Ley es que no produce ningún efecto porque persigue un fin ilícito, sin embargo, reconoce que no todos los efectos de los actos determinados por el Fraude a la Ley puede borrarse pues en el famoso caso *Beauffremont* la corte de casación francesa no declaró nula la naturalización de la interesada en Alemania sino simplemente dejó sin efecto en Francia a su divorcio. Sin embargo *Batiffol* no acepta esta situación y declara que en su opinión el acto no tiene valor, aunque haya sido realizado bajo la ley de Alemania, sin embargo no da una razón fundada en principios jurídicos para afirmar que el juez francés puede declarar sin efecto un acto realizado bajo otra ley.

De todo lo expuesto en este capítulo resalta que no hay un concepto general entre los autores a) sobre lo que debe entenderse como Fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado; b) cuáles son los elementos que integran el concepto; c) cuáles son sus efectos y d) qué sanción debe imponerse cuando nos encontramos frente a esta noción.

*Niboyet* da un concepto como remedio necesario a las características de la ley.

*Romero del Prado* lo tipifica como una actividad para eludir la aplicación de la ley normalmente competente.

*Bartin* no da un elemento de la noción, sino se limita a describir la actividad que él considera que es Fraude a la Ley.

Para *Quintín Alfonsín* el Fraude a la Ley es una excepción a la aplicación de ésta. Y en la opinión de *Goldschmidt* la noción consiste en convertir las características positivas del tipo legal en negocios jurídicos haciendo aplicar un derecho civil

distinto del que corresponde.

Asimismo hemos encontrado que hay autores que niegan definitivamente la existencia y utilidad de esta noción. Así vemos que Víctor N. Romero del Prado se pronuncia en contra de ella, porque es muy difícil la prueba de la intención fraudulenta y sería peligroso dejar su determinación al soberano arbitrio judicial.

El maestro Trigueros ya vimos que opina en el sentido de que no puede haber Fraude a la Ley porque falta el elemento esencial objetivo de contrariedad a la ley porque esta no puede regir fuera de las fronteras de un país, y en nuestra opinión, en esta época resultan arcaicas y contrarias a la realidad las legislaciones que establecen el estatuto personal, como por ejemplo la legislación francesa. En el subsiguiente capítulo de este trabajo trataremos de dar los datos esenciales y estructurales de la noción y haremos un análisis conforme a la metodología jurídica que ya expusimos.

## Capítulo I V

Elementos de la noción de fraude a la ley y su análisis conforme a la metodología jurídica.



En el capítulo anterior hemos expuesto las ideas de los autores de la materia sobre el concepto de fraude a la ley, tanto de aquellos que lo aceptan como de los que lo niegan.

Del estudio de los autores que aceptan la noción trataremos de desprender un concepto general del fraude a la ley y sus elementos.

El fraude a la ley es el conocimiento por parte de un individuo de las normas de derecho interno que regulan una situación, y de normas de otros órdenes jurídicos externos que permiten situaciones diversas, seguido de la voluntad manifestada en actos positivos, de realizar una conducta al amparo del conjunto de normas que le ofrecen una situación más ventajosa, o permiten actos que no están previstos, o están prohibidos en las otras normas.

Los elementos del concepto antes expuesto, en nuestra opinión, son los siguientes; aclarando que los estudiaremos no en el orden expuesto en el concepto sino precisamente mediante una ordenación metodológica que nos permita apreciar su importancia y efectos:

1).— Casi todos los autores señalan la existencia de una norma de derecho interno que establece el supuesto y la consecuencia jurídica que rigen una determinada situación. La mayoría de los tratadistas ponen como ejemplo las normas que regulan el divorcio y nosotros haremos referencia a este ejemplo por ser el más utilizado. En este supuesto teórico tendríamos la existencia de normas que, o bien no permiten el divorcio o lo prohíben, como por ejemplo los regímenes jurídicos de Italia y España.

2).— El segundo elemento es la existencia objetiva de otras normas establecidas en regímenes jurídicos externos que permiten al individuo realizar situaciones y actos jurídicos que omiten o prohíben los regímenes jurídicos señalados en el elemento anterior.

En el supuesto teórico del divorcio, hay países que en su derecho incorporan esta institución con más o menos flexibilidad, y aún entidades federativas que establecen normas todavía más flexibles. En el ejemplo que nos sirve para explicar esta situación, tenemos que México y Estados Unidos reconocen el divorcio y dentro de estas naciones los estados de Chihuahua y Nevada, respectivamente, se significan por sus leyes de divorcio que establecen procedimientos mínimos. Es de hacer notar que no vamos a calificar en este momento desde el punto de vista valorativo y ético esas leyes, ya que este análisis lo haremos en páginas subsecuentes y consideramos que no es elemento de la noción del fraude a la ley el mayor o menor contenido ético valorativo de dos regímenes jurídicos que pudieran estar en comparación.

3).— El tercer elemento lo constituye un acto subjetivo, como es el conocimiento por parte del individuo nacional de un país, en el que la norma de derecho interno sea omisa o prohibitiva, de la existencia de normas de otros países que permiten la realización de las situaciones o actos jurídicos que, o bien no puede llevar a cabo en su país o no están previstos en este. Como puede apreciarse este elemento es puramente subjetivo y hace que la noción del fraude a la ley dependa de ese conocimiento pues en el caso de que el individuo no lo tenga, ignorará los otros regímenes jurídicos y no habrá posibilidad de que se presente el cuarto elemento que analizaremos enseguida. Continuando con el ejemplo teórico del divorcio, un ciudadano español o un italiano necesitan conocer la existencia de leyes como las mexicanas o las norteamericanas que permiten el divorcio, porque si las ignoran, o no llegan a saber de ellas, no cabrá la posibilidad teórica de que se dé el fraude a la ley.

4).— El cuarto elemento que en nuestra opinión integra el concepto, viene a ser la manifestación de voluntad del individuo o sea la ex-

presión volitiva de una decisión de escoger la norma que estime más conveniente. Este es un elemento típicamente subjetivo y en el que la mayoría de los autores hacen descansar la fundamentación teórica de la noción del fraude a la ley, elemento que por lo demás señalan que debe haber intención fraudulenta de burlar una norma y que asimismo reconocen que es muy difícil llegar a probar ante los tribunales esa intención fraudulenta.

En el ejemplo que hemos venido utilizando del divorcio, el acto de voluntad consistiría en que una vez conocida la existencia de normas que permiten la realización de ciertos actos que en el derecho interno están prohibidos o se omite su regulación, el individuo decida voluntariamente acogerse a ellas.

5).— El otro elemento que viene a redondear la noción de fraude a la ley sería la actividad del individuo encaminada a la realización del acto jurídico al amparo de las normas descritas en el segundo elemento o sea las normas externas. Esta actividad se tipifica en la ejecución de una serie concatenada de actos materiales y jurídicos que tiene como finalidad la realización del acto conforme a la ley externa.

En el caso supuesto que nos ha servido para ejemplificar, un ciudadano español o italiano, que conoce la existencia de una ley que le permite realizar un acto omitido por su legislación interna y que ha decidido realizar dicho acto, se trasladará al otro país y ejecutará todos aquellos actos materiales y jurídicos necesarios para divorciarse.

Del análisis de los elementos del concepto que hemos expuesto podemos apreciar que el mismo está constituido por dos elementos objetivos como son la existencia de normas que regulan situaciones distintas en países diferentes; esta situación desde luego no es contraria a ningún orden jurídico ni a la idea de justicia, ni a los valores que per-

sigue el derecho, como veremos más adelante, y tres elementos subjetivos que dependen exclusivamente, en nuestra opinión, de la situación especial de cada individuo, pues el conocimiento de normas externas es muy relativo y la decisión valorativa de realizar un acto con intención fraudulenta resulta muy discutible, a la luz de un estudio serio, como lo reconocen varios autores entre ellos Romero del Prado y Trigueros Sarabia. Como se puede apreciar, el fraude a la ley descansa fundamentalmente en el elemento subjetivo y en la calificación que hacen los autores de si lo que se realiza es permitido o prohibido en un ámbito jurídico, acogiéndose a otro sistema de normas si lo permite, es una actitud fraudulenta pero creemos que habrá que precisar en detrimento de quién se realiza esa actitud o actividad y si la misma viene a ser ilícita.

Para determinar la licitud o ilicitud de la conducta y de los actos realizados de acuerdo con la misma, es necesario plantear el problema desde la definición misma del concepto.

La expresión fraude a la ley puede resultar imprecisa o equívoca y en nuestra opinión constituye una elaboración teórica cuyo contenido es discutible.

En efecto la expresión gramatical fraude a la ley nos parece poco técnica pues en términos generales fraude es toda maquinación artificio o engaño para realizar una conducta ilícita. Fraude en Derecho Penal es un delito. Ahora bien, según Escriche (22) el engaño, es el medio de arribar al fraude y el fraude en sí mismo es el fin y el objeto, que el individuo se propone lograr con el engaño; sin embargo añade don Joaquín Escriche, el engaño y el fraude suelen ir juntos pues no hay fraude sin engaño y de ahí que en el lenguaje usual se toman indistintamente uno u otro.

(22) Escriche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Tomo II. Ed. Imprenta de Eduardo Cuesta Billo 6, Bajo Madrid 1874. P. 1874

De lo anterior desprendemos que el fraude o bien es un ilícito, o bien es un engaño, y aplicada esta expresión a la noción que venimos estudiando hace que la misma resulte imprecisa o poco técnica pues si es un ilícito, el mismo no ha sido tipificado y si es un engaño no se precisa a quien se engaña y cuales son sus efectos.

Para precisar si se trata de una conducta ilícita y consecuentemente de un acto ilícito, habrá necesidad de determinar qué clase de ilícito es, pues en la teoría y en la legislación encontramos que hay ilícitos penales, civiles y administrativos.

El ilícito penal es el previsto como delito en los códigos penales y se dice que es un acto típico, antijurídico, culpable y punible; situación que evidentemente no se aprecia en la conducta del individuo de que se ocupa la noción de fraude a la ley. El ilícito civil y administrativo según Acosta Romero (23) tiene características diferentes. El ilícito civil es aquel acto que se realiza en contra del tenor de una ley prohibitiva o de las buenas costumbres, contra las leyes de interés público, porque tengan objeto, motivo, o fin ilícitos, o esté sujeto a una condición ilícita, artículos 8, 1930 y 2225 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales. La consecuencia de esta ilicitud será la nulidad absoluta que sólo puede ser apreciada y declarada por un juez, y conforme a su propio orden jurídico, pues es discutible que pueda declarar nulos actos realizados al amparo de un sistema jurídico distinto; sin embargo, aquí cabría lo que llaman los autores excepción de orden público, es decir que puede declararse sin validez, un acto realizado fuera del territorio nacional y cuyos efectos se pretendan hacer valer en éste, no porque exista fraude a la ley, sino por efecto de la noción de orden público, de lo cual se desprende que tendríamos que ser completamente casuistas para analizar en qué caso pudiera haber la ilicitud civil en función del principio de orden público.

(23) Acosta Romero, Miguel. "Apuntes de Derecho Administrativo". México 1968. P. 385.

La ilicitud administrativa (24) se encuentra configurada en la infracción administrativa y consecuente responsabilidad por dicha conducta y la sanción deberá estar dentro de los márgenes que la Constitución señala en el Artículo 21 constitucional o sea multa o privación de la libertad hasta por un máximo de quince días. Aquí también resulta discutible que puede caber la noción de fraude a la ley como ilícito administrativo, ya que para ello habría que analizar todas las legislaciones administrativas para sacar por inducción el resultado de si el fraude a la ley viene a ser un ilícito administrativo. Cabe aclarar que aquí se ve aún con más claridad la territorialidad del derecho, puesto que las infracciones administrativas sólo pueden ser sancionadas por el país en su propio territorio y no puede calificarse de tal a la conducta del individuo en el extranjero, porque compete a cada estado sentar el regimen de infracciones y sanciones administrativas y por último, no existe ningún tratado internacional para el castigo o retención de infractores administrativos, como sí lo existe para los delincuentes en los tratados de extradición. (25) .

De los comentarios expuestos con anterioridad llegamos a la conclusión que desde un punto de vista teórico y de acuerdo también con el derecho positivo, lo que denominan fraude a la ley no es una conducta ilícita civil, o administrativa, ni penal, y por lo tanto, no se puede sancionar a una conducta que en sí misma no entraña ilicitud de ninguna naturaleza, pues consideramos que es dudoso que un orden jurídico pueda calificar de ilícito a otro orden jurídico, ya que no existe un órgano internacional que nos diga en forma general qué es ilícito o no y frente a qué concepto de justicia.

Tomando en cuenta lo anterior, es de comentarse que no hay un consenso internacional de lo justo y lo bueno, o de lo que pueda ser

(24) *Ibidem*, P. 386

(25) *Ibidem*, P. 387

permisible, o no, como dogma general para todos los países en todos los tiempos y cualquiera que sea la sociedad; en efecto vemos que estos valores de lo justo, lo bueno y lo ético son un tanto relativos en el tiempo y en el espacio, y que lo que puede resultar bueno y justo para unos, será malo e injusto para otros. Los tratadistas exclusivamente se han preocupado de establecer el concepto de fraude a la ley a ciertos actos y el ejemplo más típico que anotan es el divorcio.

Como ya afirmamos en el capítulo primero, cada sociedad se da su sistema jurídico propio en el que adopta instituciones de acuerdo con circunstancias muy variadas y de ahí el que existan diversos regímenes jurídicos, con supuestos completamente diferentes, pero ello no puede, como más adelante lo señalaremos, llegar al grado de que un juez pueda calificar de injusto e ilícito a otro orden jurídico.

Para refutar el ejemplo del divorcio, podríamos elaborar teóricamente un caso de ejemplo, en el que creemos que la mayoría de los autores modernos dudarían de calificar como fraude a la ley. Es un hecho que en nuestra época todavía existen uno o dos estados de la península arábiga en los cuales la esclavitud está legalizada, como en el Qatar, aunque ello signifique una afrenta a la humanidad, conforme al concepto moderno de libertad y de igualdad del individuo, el hecho es que ese régimen jurídico reconoce la esclavitud y si un individuo escapara de ese país y llegara por ejemplo a México, país en que su constitución en el Artículo 2o. dice a la letra "está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos.

Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese sólo hecho su libertad y la protección de las leyes".

Frente a este ejemplo creemos muy difícil que haya autor de Derecho Internacional Privado o de otra materia que afirmara que se tra-

ta de fraude a la ley, aunque posiblemente para el régimen jurídico de Qatar y para los autores de ese país sí exista el fraude a la ley.

De lo hasta aquí estudiado se puede concluir:

a).— Que la noción del fraude a la ley no es un concepto plenamente definido en la doctrina.

b).— Que deriva fundamentalmente de alguna posición doctrinaria francesa y de la jurisprudencia del mismo país, que en cierta época configuraron esa noción, fundamentalmente basados en seguir el estatuto personal para regular las relaciones de sus nacionales aún en otros países.

Si se hace un estudio de derecho comparado se puede afirmar que sólo en muy pocos países se acepta esta noción y que en la jurisprudencia y en la teoría la han orientado casi exclusivamente hacia el problema del divorcio.

c).— Como muy certeramente lo señalan los autores Trigueros y Gaxiola (26) el acto realizado fuera del ámbito de la norma no puede contrariar nada; por ejemplo, en México no se puede violar una norma del derecho francés, pues este no rige en la República Mexicana; fuera de sus fronteras, la ley nunca puede tener el carácter de norma que rige por encima del sistema jurídico de otro país.

Es de comentar que en México hay sectores de la doctrina que se inclinan por aceptar esta noción por ejemplo Carrillo (27) en un estudio publicado en la Revista Foro, sin embargo, es preciso resaltar que este trabajo se refiere casi exclusivamente a comentar un caso de divorcio (caso Patiño—Barbon) reconociendo apriori la existencia de la noción de fraude a la ley.

Pueden mencionarse también los trabajos recepcionales de Alfon-

(26) Trigueros. Op. Cit. P.P. 16—22.

(27) Carrillo Jorge A. "Revista Foro" No. 33, 1961, P.P. 55 a 65.



so G. Ortega García denominado Fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado y el de Arturo Leandro Criollo Torres denominado ilicitud de los Actos en el Fraude a la Ley. El primero de ellos llega a la conclusión de que no hay preceptos en la legislación mexicana que reconozcan el fraude a la ley, sin embargo, afirma que todo acto obtenido por ese método estará viciado de nulidad, pero no expone las razones por las cuales se debe decretar esa nulidad.

El segundo de los citados autores llega a conclusión similar indicando que todo fraude a la ley es una violación y que por lo tanto siempre será ilícito y su sanción será su nulidad absoluta, no siendo susceptible de ratificación, ni por prescripción, y puede ser invocada la nulidad por cualquier interesado.

No da razones por las cuales llega a esta conclusión tan drástica y según ya vimos anteriormente los actos realizados fuera del ámbito del orden interno no pueden ser calificados de nulos.

De lo expuesto creemos que se reafirma la posición teórica de que el fraude a la ley es una noción que debe revisarse más a fondo, y que en la realidad jurídica actual se duda de su existencia y eficacia.

Como se indicó, en México no hay precepto de nuestra legislación que reconozca esa noción y que la sancione, pues ya hemos visto, que más bien puede operar el orden público que el fraude a la ley.

Por otra parte se reconoce que en el ámbito internacional no hay tratados entre los países que reconozcan tal noción, y las declaraciones de Londres de 1909, el convenio de la Haya sobre divorcio y el tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo se refieren exclusivamente, a divorcio y no son documentos que hayan sido ratificados por los estados signatarios (28).

(28) Goldschmidt, Op. Cit. P.P. 312 y 313.

De todo lo hasta aquí estudiado, creemos que la existencia de diversos órdenes jurídicos que contengan situaciones e instituciones diversas a la luz de la cultura, la civilización y los avances de la tecnología e inclusive desde el punto de vista ético valorativo, son un fenómeno histórico social que ya analizamos en el capítulo primero y desde un punto de vista jurídico, resulta discutible si esos avances, si esas instituciones jurídicas son exclusivamente privativas de un Estado o de un conjunto de Estados y de sus nacionales, o si por el contrario deben ser del acervo de toda la humanidad, si ello no implica una actitud plenamente ilícita.

## CONCLUSIONES

- PRIMERA:**— Creemos que es conveniente y necesario que se revise la metodología del estudio del Derecho Internacional Privado para facilitar su enseñanza y su sistematización.
- SEGUNDA:**— El estudio de la historia jurídica nos enseña que por muy variadas razones se han formado diversas sociedades con caracteres heterogéneos entre sí y a los que corresponden regímenes jurídicos distintos.
- TERCERA:**— A través del tiempo se han formado diversas escuelas que pretenden explicar los fenómenos del conflicto de leyes. Tradicionalmente se conocen como las más significadas las que se orientan por el estatuto personal y las que se guían por el estatuto real.
- CUARTA:**— El fraude a la ley es un concepto que se explica sociológicamente en las expresiones del nacionalismo político del siglo pasado y al principio del actual en los países de Europa Occidental.
- QUINTA:**— La doctrina se encuentra muy dividida en lo referente al fraude a la ley y parece ser que en la actualidad se orienta a reconocer la crisis del concepto o a considerar su ineficacia.
- SEXTA:**— La mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia que acepta esta noción la refiere casi exclusivamente al divorcio.
- SEPTIMA:**— Los elementos de la noción del fraude a la ley, según expusimos en el capítulo cuarto, son cinco y de ellos tres son de carácter subjetivo, de lo que resulta muy difícil su determinación y prueba.

- OCTAVA:— Estimamos que la actividad que entraña la noción de fraude a la ley no puede ser calificada de conducta ilícita, o tipificar un ilícito civil, penal o administrativo.
- NOVENA:— El acto realizado fuera del ámbito de la norma no puede contrariar nada pues, según lo apuntó Trigueros, la ley no rige fuera de sus fronteras.

## BIBLIOGRAFIA

## Tratados y Monografía

- 1.— Ago, Roberto. "Teoría del Diritto Internazionale Privato". Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1934.
- 2.— Alfonsin, Quintin. "Teoría del Derecho Internacional Privado". Montevideo, ed. Universidad de Montevideo, 1955.
- 3.— Acosta Romero, Miguel. "Apuntes de Derecho Administrativo". México, Fac. de Derecho, UNAM, 1968.
- 4.— Batiffol, Henri. "Traite Elementaire Droit International Prive". 2 Zeme Ed. París. Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand. Auzias, 1959.
- 5.— Bielsa, Rafael "Metodología Jurídica" Buenos Aires, ed. Casquelvi, 1961.
- 6.— Carnelutti, Francesco "Metodología del Derecho" 2da. ed. tr. Angel Osorio, México, Uthea, 1962.
- 7.— Goldschmidt, Werner. "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado" 2da. ed. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América 1952.
- 8.— Mommsen, Theodor "History of Rome" tr. William P. Dickson. London. Printed by Spottis Woode and Co. 1868.
- 9.— Niboyet, Jean Paulin. "Principios de Derecho Internacional Privado" tr. Ramón Rodríguez, México. Editora Nacional, 1965.
- 10.— Ourliac, Paul. "Historia del Derecho" tr. Arturo Fernández Aguirre, Puebla, ed. José M. Cajica Jr. 1952.
- 11.— Pillet, Antoine. "Manuel de Droit International Privé" Paris, Librairie de la Societe de Recueil Sirey, 1924.
- 12.— Romero del Prado, Víctor N. "Derecho Internacional Privado" Córdoba Arg. Ed. Assandri 1961.
- 13.— Romero, José Luis "La Edad Media" México. Fondo de Cultura Económica.

- 14.— Trigueros, Eduardo. "La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado" México. ed. Polis 1938.
- 15.— Trigueros, Eduardo. "Apuntes Sobre Derecho Internacional Privado". México, Escuela Libre de Derecho, 1941.
- 16.— Wagley, C. "Minorities in the World".
- 17.— Ortega García, Alfonso. "Tesis Profesional" México. Facultad de Derecho, UNAM, 1966.
- 18.— Criollo Torres, Leandro. "Tesis Profesional" México. Facultad de Derecho, UNAM, 1967.

#### PUBLICACIONES PERIODICAS.

- 1.— "Revista Foro" No. 33. México 1961.
- 2.— "Revista Jus" Meses enero, febrero y marzo. México 1941.

#### LEGISLACION CONSULTADA.

- 1.— Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.— Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

#### VARIOS

- 1.— Escriche, Joaquín "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Madrid, Imprenta de Edaurdo Cuesta Rollo, 1874.