

Fraude a la ley: *fraus legis facta*

María Elena Mansilla y Mejía*

No hay ley alguna tan recta, que no traten los Estados o los seres humanos de torcerla para satisfacer sus intereses mezquinos.

SUMARIO: I. Planteamiento del Problema. II. Denominación: fraude a la ley, *fraus legis facta*. III. ¿Qué es el fraude a la ley? IV. Normas imperativas y facultativas. V. Antecedentes del fraude a la ley. VI. Naturaleza del Fraude a la ley. VII. Punto de contacto o punto de conexión. VIII. Norma conflictual. IX. Análisis de la consecuencia de la norma conflictual. X. Clases de punto de contacto. XI. Condiciones o elementos de existencia del fraude a la ley.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Fraude a la Ley es una figura jurídica que pertenece al Derecho Internacional Privado, es parte del sistema conflictual tradicional, técnica indirecta a través de la cual se determina el derecho aplicable a una situación concreta, en la que, por existir un punto de contacto en el que confluyen dos órdenes jurídicos distintos, se ignora cual derecho debe resolver el conflicto.

En la búsqueda y determinación del derecho aplicable, mediante el sis-

tema conflictual tradicional, pueden presentarse diversos problemas a los sujetos que intervienen en una relación jurídica, relativa o absolutamente internacional.

¿Quiénes son estos sujetos?

Fundamentalmente, por tratarse de un litigio, es el postulante ante quien las partes plantean el problema, el juez que tendrá a su cargo resolver el conflicto y desde luego las partes directamente interesadas. Dentro de este cúmulo de situaciones, uno de los problemas que puede surgir es el fraude a la ley que siempre es realizado directamente por las partes en conflicto,

¿Qué significa fraude a la ley? ¿Por qué recibe esta denominación?

* Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. DENOMINACIÓN: FRAUDE A LA LEY, CONEXIÓN FRAUDULENTA, FRAUS LEGIS FACTA

Estas son las denominaciones que se han dado a esta figura del Derecho Internacional Privado, por lo que es necesario hacer un breve análisis de sus elementos.

II.1. FRAUDE

Todo jurista o estudioso del derecho, sabe que el concepto de fraude es propio del derecho penal, en tal rama el **fraude** es el tipo descriptivo de una conducta sancionada, incluso con pena privativa de libertad.

El **fraude penal** se realiza mediante una acción u omisión. En el primer supuesto, una persona obtiene un beneficio económico a través de actos, realizados de mala fe y en forma totalmente planeada, al grado de conducir a la víctima al engaño. El **fraude** por omisión implica el aprovecharse del error de una persona, darse cuenta de él, y sin hacer nada, recibir un beneficio económico.

Tanto el **fraude** por acción, como por omisión, son conductas delictivas y están penadas, sin embargo la gravedad del **fraude** por acción es mayor debido a la evidente mala fe del sujeto activo, quien planeo su conducta con toda conciencia, en tanto que el fraude por omisión si bien es una conducta delictiva, está es ocasional, no hay planeación ni mala fe sólo existe un aprovechamiento del error para obtener

un beneficio, sin embargo en ambos supuestos se causa un daño a la víctima, por lo que es evidente la presencia de los dos elementos conocidos desde el Derecho Romano, como el *animus* y el *corpus*.

El *animus* como la decisión volitiva, interna, planeada o aceptada para obtener un beneficio, voluntad que se manifiesta en el *corpus* consistente en la realización de la conducta para obtener un beneficio económico, o simplemente con la aceptación del error y del consecuente beneficio.

Si bien lo señalado pertenece al Derecho Penal, la pregunta que surge es:

¿Cuál es el **fraude a la ley** del Derecho Internacional Privado?

En este punto procede plantearse las preguntas indispensables en toda investigación.

En tal sentido las interrogantes a contestar son:

¿Qué es el **fraude a la ley**? ¿Realmente se puede defraudar a la ley? De ser así, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este fraude? ¿qué clase de beneficio se puede obtener de lograrse el fraude?.

Resulta claro que se puede defraudar a una persona, a una sociedad e incluso al Estado, pero ¿se puede defraudar a una disposición legal? De acuerdo con el Derecho Internacional Privado la respuesta es positiva ya que de otra forma no existiría y sabido es que la doctrina estudia el **fraude a la ley**, y que el derecho vigente y las convenciones lo incluyen en su normatividad, por lo tanto, sobre estas

bases, apriorísticamente, se acepta la existencia del fraude a la ley.

Acorde a lo expuesto, a través de este artículo se dará respuesta concreta a las incógnitas planteadas.

III. ¿QUÉ ES EL FRAUDE A LA LEY?

Es unánime la doctrina al exponer que el **fraude a la ley** consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique.

En otras palabras, el **fraude a la ley** consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.

El **fraude a la ley** radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto, por lo que es necesario determinar cuando se está ante una norma imperativa y que es un punto de contacto.

IV. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS FACULTATIVAS

El desarrollo de este punto exige recordar que todo ordenamiento jurídico tiene dos clases de normas de acuerdo con los obligados a cumplirlas, estas son las normas:

- Imperativas y;
- Facultativas.

NORMAS IMPERATIVAS.- Las normas imperativas son las que ordenan taxativamente el cumplimiento de una conducta, tal cumplimiento es total e inexorablemente obligatorio. Estas disposiciones en forma alguna pueden estar sujetas a la voluntad de las partes, por lo que no les es permitido abstenerse de su cumplimiento. Tampoco deben modificar una situación con el fin de obtener un beneficio, porque tal fin o el beneficio logrados por este medio serán siempre ilícitos.

NORMAS FACULTATIVAS.- Las normas facultativas, contrariamente a las imperativas, están sujetas a la voluntad de las partes, son ellas las que les dan vida. El sometimiento a tales disposiciones depende única y exclusivamente de las partes.

IV.1. OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA IMPERATIVA

Toda norma imperativa es creada por el legislador por considerarla necesaria para mantener vigentes principios, valores o costumbres propias de cada comunidad en atención a su idiosincrasia, por lo que resulta inaceptable que el cumplimiento de una disposición imperativa quede sujeta al incumplimiento o modificación de los obligados a obedecerla.

En tal sentido, el fraude a la ley es el medio destinado a proteger y velar por el cumplimiento de las normas imperativas, a fin de evitar que en las relaciones relativas o absolutamente internacionales la ley imperativa se convierta en facultativa.

¿Cuándo surge el fraude a la ley?
Dar respuesta a este cuestionamiento nos conduce a sus antecedentes

V. ANTECEDENTES DEL FRAUDE A LA LEY

Miaja de la Muela¹ sostiene que el **fraude a la ley** no es una institución propia del Derecho Internacional Privado ya que su origen es el *Fraus legis* del Derecho Romano.

El Derecho Romano, sostiene Miaja de la Muela, pese a ser excesivamente formalista, daba la posibilidad de combinaciones hábiles, mediante las cuales era posible violar el espíritu de la ley mientras su letra había sido cumplida.

A manera de ejemplo cita un pasaje del Digesto, escrito por Paulo que en la Ley 291.21. disponía:

“*Infraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”

Principio que sostenía:

“La esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto”.

De ahí que en efecto, el fraude a la ley del Derecho Internacional Privado encuentre su antecedente en el Derecho Romano, ya que por caminos torcidos e indirectos pero lícitos,

¹ Cfr.- Miaja de la Muela, Adolfo.- Derecho Internacional Privado.- Sexta Edición.- Gráficas Yagues.- Madrid 1973.- pág. 381.

se busca la obtención de un resultado antijurídico, burlándose por este medio, el cumplimiento de una disposición imperativa.

Contrariamente a lo expuesto por Miaja de la Muela, Martín Wolf².cita como primer antecedente del fraude a la ley la fundación de una asociación destinada a eludir la aplicación de la Ley de Usos inglesa de 1535.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se puede ver bajo dos aspectos:

- DESDE LA PERSPECTIVA DEL EVASOR Es el acto doloso y voluntario con el fin de evitar la aplicación de una ley imperativa mediante la realización de uno o varios actos lícitos, para obtener un resultado contrario a la norma imperativa y por lo tanto ilícito.

Bajo esta perspectiva, el Fraude a la Ley tiene la naturaleza de un acto ilícito.

- DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO AGREDIDO, es un medio de defensa creado por la institución estatal con el fin de prevenir o sancionar las conductas que tiendan a burlar la aplicación de una ley imperativa.

Bajo este último enfoque, el fraude a la ley es un medio de tutela, de protección de las normas imperativa de un Estado soberano.

² Cfr. Wolf, Martín.- Derecho Internacional Privado.- S.n.e.- Bosch casa Editorial.- Barcelona 1958.- pág 136.

Estas normas imperativas deben cumplirse porque su contenido es la manifestación de la moralidad de un pueblo, tal característica las hace ineludiblemente obligatorias, en tal sentido su incumplimiento debe evitarse o en su defecto sancionarse.

En consecuencia puede sostenerse que la naturaleza jurídica del fraude a la ley es la de ser un medio de tutela creado por el legislador cuyo fin es prevenir o sancionar las conductas ilícitas que tiendan a evitar el cumplimiento de una ley imperativa.

Tanto la prevención como la sanción, según sea el caso, serán cuasi efectivas en las relaciones jurídicas internas, lo que resulta difícil o cuasi imposible en las relaciones relativa o absolutamente internacionales

VII. PUNTO DE CONTACTO O PUNTO DE CONEXIÓN

El punto de contacto es fundamental en el fraude a la ley.

¿Qué es el punto de contacto o de conexión? Como lo denomina Carrillo Salcedo³

“La conexión, dice Carrillo Salcedo, es un elemento esencial a la norma de conflicto” a grado tal que se ha sostenido que el Derecho Internacional Privado es un derecho de conexiones.

En efecto es acertada la aseveración de que el Derecho Internacional Privado es un derecho de conexiones,

debido a que su función es poner en contacto un problema, con el derecho que deberá aplicarse para dar solución.

Es conveniente aclarar que el Derecho Internacional Privado es un derecho de aplicación del derecho, aplicación que se lleva a efecto mediante la determinación de los puntos de contacto contenidos en la norma conflictual.

Los puntos de contacto tienen su origen en las relaciones relativa y absolutamente internacionales, debido a que en ellas hay un elemento extranjero. Durante el desarrollo normal, sabido es que mientras en tales relaciones se cumpla lo pactado, no habrá conflicto, éste surgirá en el momento en que las partes incumplan las obligaciones contraídas. De tal conflicto derivará la incertidumbre respecto a ¿qué derecho deberá aplicarse para solucionarlo?.

La incertidumbre se basa en que la relación jurídica en conflicto tiene dos elementos extranjeros entre sí, regidos por diferente derecho, por lo que darle solución al problema exige determinar cual de ambos derechos extranjeros será el aplicable e ahí la importancia de la norma conflictual, ya que será ella la que dará certidumbre al juez respecto a que derecho deba aplicar.

De acuerdo a lo expuesto, es necesario analizar la norma conflictual.

VIII. NORMA CONFLICTUAL

La norma de conflicto o conflictual, como también se le denomina, tiene como todo dispositivo legal dos elementos supuesto y consecuencia

³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio.- Derecho Internacional Privado.- Tercera Edición.- Editorial Tecnos.- España pág. 146.

Estos dos elementos y los fines de la norma conflictual son totalmente diferentes del supuesto y la consecuencia de una norma material o sustantiva.

El fin de la norma sustantiva es resolver un problema de fondo, en tanto que el fin de la norma conflictual es determinar la norma material que dará solución al problema de fondo.

En otras palabras, ante la incertidumbre o desconocimiento de que derecho material deba aplicarse, por existir ordenamientos distintos susceptibles de resolver el problema, corresponde a la norma conflictual dar la solución.

La norma conflictual es la que determinará la conexión entre la relación jurídica en problema, y el derecho que deberá aplicarse para resolverlo.

Tanto el postulante como el juez tendrán que analizar los elementos de la norma conflictual para desentrañar la naturaleza jurídica del conflicto y el punto de contacto determinado por el principio indicador del derecho aplicable.

En tal sentido la norma conflictual en el supuesto, especifica la naturaleza jurídica de la relación, la que siempre estará determinada por un atributo de la personalidad.

La consecuencia de la norma conflictual a través del principio jurídico que contiene, determina la conexión entre el problema descrito en el supuesto y el principio contenido en la consecuencia, que será el que indique el derecho material que resolverá finalmente el problema sustantivo.

Al ser el supuesto y la consecuencia elementos inseparables de una misma norma, es indispensable determinar tanto la naturaleza jurídica de la relación que se encuentra en el supuesto, como el punto de conexión que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual.

VIII.1. SUPUESTOS DE LA NORMA CONFLICTUAL

Los supuestos de la norma conflictual se clasifican de acuerdo con la naturaleza jurídica de la situación en conflicto.

De acuerdo con lo anterior los supuestos pueden ser:

- Personales;
- Reales o patrimoniales, y;
- Relativos a los actos.

SUPUESTOS DE NATURALEZA PERSONAL.- En esta clase de supuestos el problema se refiere a situaciones inherentes a la calidad de persona, tales serían el nombre, o el estado civil; en estos casos la solución la daría la consecuencia de la norma conflictual con el principio de nacionalidad.

El nombre en realidad es un atributo que suele no modificarse en tanto que el estado civil, es un atributo que si puede ser objeto de múltiples cambios, tal ocurre por ejemplo con la adopción en la que se adquiere el estado civil de hijo y padres adoptivos, el matrimonio o el divorcio, con los que se adquiere

el estado civil de casado o soltero. En estos supuestos la solución normalmente la dan el principio de *nacionalidad*, de *lex domicilium* o el concepto constantemente utilizado de residencia habitual.

Ejemplo claro de la aplicación de los principios mencionados se encuentra en la “Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores”.⁴

Esta Convención, relativa al nuevo estado civil que tendrá el adoptado, dispone que los principios del domicilio y de la residencia habitual del menor, son los que determinaran el derecho aplicable.

En tal sentido el artículo 3º a la letra establece:

“La ley de residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuales son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo”.

Nótese que en protección del menor se aplicara la ley de su residencia habitual en todos los requisitos de la adopción.

El artículo 4º regula la situación personalísima del adoptante, en la que se aplicara, la ley de su domicilio lo cual además de lógico es lo justo.

De acuerdo a lo anterior, se transcribe el artículo 4º:

“La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a) *La capacidad para ser adoptante*
- b) *Los requisitos de edad y estado civil del adoptante*
- c) *El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y*
- d) *Los demás requisitos para ser adoptante*

“En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de este”.

Nótese como este último párrafo es una disposición que tajante y concretamente expresa lo inmodificable del punto de contacto, al determinar como ley aplicable, la del adoptado por ser más estricta.

SUPUESTOS DE CONTENIDO REAL O PATRIMONIAL.- En estos supuestos, el problema versa sobre bienes que pueden ser muebles o inmuebles, en el primer caso el principio aplicable será el de *mobilia sequuntur personam* en tanto que en los inmuebles se aplicara el principio de *lex re sitae*.

Sólo en este último supuesto el punto de conexión es inmodificable, en tanto que el punto de conexión de los muebles es totalmente modificable, en consecuencia, se puede realizar el fraude a la ley.

SUPUESTOS RELATIVOS A LOS ACTOS.- En los supuestos cuya relación jurídica conflictual se refiera a los actos de las personas, deberán tomarse en cuenta tres situaciones diferentes que obviamente serán solucionadas por distintos principios.

⁴ D.O.6- II -1987.

- Si el contenido del supuesto es un negocio jurídico como la compra de un bien o la creación de una sociedad, los principios que determinarán el derecho aplicable serán: en el negocio jurídico el de *locus regit actum* y en la creación de una sociedad el de *lex loci constitutionis*.

Al efecto, el artículo 2º de la “Convención⁵ Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas” dispone:

“La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución”

Por la “...ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado Parte donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas”.

El artículo 4º de la misma Convención añade:

“Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos”.

Nótese como en el artículo 2º el supuesto se refiere a la capacidad de la persona para realizar un acto jurídico y la consecuencia determina como punto de conexión el principio de *lex*

loci constitutionis lo que significa que deberá aplicarse la ley del lugar en que se constituya la persona jurídica.

Respecto al artículo 4º, el supuesto de la norma conflictual se refiere también al atributo personal de la capacidad y la consecuencia contiene el principio de *locus regit actum*, lo que en otras palabras significa que se aplicará el derecho del lugar en que la persona jurídica realice el acto.

En este punto cabría el fraude a la ley con solo cambiar el lugar de realización del acto, por lo tanto se está ante un punto de conexión mudable.

IX. ANÁLISIS DE LA CONSECUENCIA DE LA NORMA CONFLICTUAL.

Es en la consecuencia donde se encuentra el punto de conexión determinado por un principio que es el que dará solución al problema sustantivo al determinar la ley que deba aplicarse.

Debido a que los puntos de conexión son diferentes es necesario clasificarlos.

Carrillo Salcedo⁶ en su obra presenta tres clases de puntos de contacto.

X. CLASES DE PUNTOS DE CONTACTO

El autor mencionado ha establecido las siguientes tres clases de puntos de contacto con sus respectivos

⁵ D.O. VI-II-1987.

⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio.- Derecho Internacional Privado. Op. Cit. pág. 147.

opuestos, por lo que puede sostenerse que realmente son seis los puntos de conexión.

- Únicos o múltiples
- Mudables o inamovibles
- Principales o accesorios

PUNTOS DE CONTACTO ÚNICOS. Estos puntos de contacto concretamente sólo determinan la conexión con un derecho, lo que imposibilita su modificación, tal ocurre, por ejemplo, cuando la solución del problema señala como punto de conexión el principio de *lex loci commissi delicti*.- En este supuesto se aplicará la ley del lugar de la comisión de la conducta y de la misma forma será competente el juez de ese lugar.

Debido a que, una vez juzgado el reo puede ser trasladado a su país de origen para cumplir la sentencia en él, el Estado en que se cometió el delito y donde se llevó a efecto el juicio tiene plenitud de jurisdicción, lo cual implica que el país de origen y receptor del reo, está obligado a cumplir en todos sus términos la sentencia emitida en el país de la comisión del delito. El traslado del reo, de llevarse efecto, sólo es con el fin de readaptarlo y de cooperación entre los Estados a fin de evitar la impunidad.

El Tratado ⁷ entre los Estados Unidos Mexicanos y España sobre Ejecución de Sentencias Penales en los artículos 1, 4 (1), 15 y 17 disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 1

“Los Estados Unidos Mexicanos y España se comprometen en las condiciones previstas por el presente Tratado, a concederse la cooperación más amplia en materia de ejecución de sentencias penales de personas condenadas a privación de libertad o a medidas de seguridad”.

ARTÍCULO 4

“1.- Las solicitudes de traslado y las respuestas se formularán por escrito.

4.- Al decidir respecto del traslado de un reo la autoridad de cada una de las partes tendrá en cuenta todos los factores pertinente y la probabilidad de que el traslado contribuya a la rehabilitación social del reo incluyendo la índole y gravedad del delito y los antecedentes penales del reo si los tuviere, las condiciones de su salud, la edad, los vínculos que por residencia, presencia en el territorio, relaciones familiares u otros motivos, pueda tener con la vida social del Estado receptor.”

ARTÍCULO 14

“Cada una de las partes tomará las medidas legislativas necesarias y en su caso establecerá los procedimientos adecuados para que surtan efectos legales en su territorio las sentencias a que se refiere este Tratado dictadas por los tribunales de la otra Parte.”

⁷ D.O. 17-I-1994.

ARTÍCULO 15

“2.- En la ejecución de la condena el Estado receptor:

- a) Estará vinculado por la naturaleza jurídica y duración de la pena o medida de seguridad;*
- b) Estará vinculado por los hechos probados en la sentencia;*
- c) No podrá convertir la pena o medida de seguridad en una sanción pecuniaria;*
- d) Deducirá íntegramente el periodo de prisión provisional, y*
- e) No agravará la situación del condenado ni estará obligado por la sanción mínima que, en su caso, estuviere prevista por la legislación para la infracción cometida.”*

ARTÍCULO 17

“El Estado trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva respecto de todo procedimiento, cualquiera que sea su índole y que tenga por objeto impugnar, modificar o dejar sin efecto las sentencias dictadas por sus tribunales. El Estado receptor, al recibir aviso del Estado trasladante de cualquier decisión que afecte una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan conforme a dicho aviso.”

Nótese que el punto de conexión basado en el principio de *lex loci commissi delicti* es único y por lo tanto inamovible

PUNTOS DE CONTACTO MÚLTIPLES. Esta clase de conexiones permite flexibilidad en la determinación

del derecho aplicable, lo que da más posibilidades de solución, a la vez que evita la impunidad, sin embargo, a contrario *sensu*, podría dar lugar al fraude a la ley.

La multiplicidad de los puntos de contacto se regula generalmente a través de las Convenciones: en el “Protocolo sobre las Obligaciones Alimenticias”⁸ de La Haya contiene diversos puntos de conexión, el artículo 3º ofrece un ejemplo al establecer:

“Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor”.

Frente a este primer punto de contacto de la residencia habitual del acreedor, el inciso 2 del artículo 4º dispone:

“Se aplicará la ley del foro si el acreedor no pudo obtener alimentos de acuerdo con la ley de su residencia habitual”.

Nótese que se agrega como un nuevo punto de conexión la ley de foro.

El punto 2.2 del artículo 4º dispone: *“...se aplicara la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor, sin embargo, se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor, si este no puede obtener*

⁸ Hasta el momento no han entrado en vigor ni el Protocolo ni la Convención de la que deriva titulada “Convenio Sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia”.

alimentos del deudor en virtud de la ley del foro”.

PUNTOS DE CONTACTO MUDABLES. Adicionalmente en el apartado “4” del artículo 4º se incluye un nuevo punto de conexión basado en el principio de nacionalidad.

“4).- Si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de las leyes a que se refiere el artículo 3º y los apartados 2 y 3 del presente artículo, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.”

Nótese que este punto de conexión al modificarse con el cambio de nacionalidad del deudor alimentario, le permitiría evadir su obligación alimenticia con lo que se actualizaría el fraude a la ley.

PUNTOS DE CONEXIÓN INAMOVIBLES. Estos sólo son posibles en conexiones territoriales, como ocurre con los inmuebles que se rigen por el principio de *lex rei sitae*.

CONEXIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS. Las conexiones subsidiarias sólo se actualizarán en el supuesto de que el punto de conexión principal sea imposible.

Ejemplo de un punto de contacto subsidiario se encuentra en la Convención “Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”⁹, el artículo 9º dispone:

“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su ejecución resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos...”

Esta Convención, por ser relativa a contratos internacionales, permite que sean las partes las que determinen el derecho aplicable, aquí el punto de conexión queda a la voluntad de las partes con lo que se aplica el principio de autonomía de la voluntad.

En este orden de ideas el punto de conexión principal sería el que determinarían las partes y si ellas se abstuvieran de hacerlo, el punto de conexión subsidiario sería el que designará el tribunal después de analizar los elementos objetivos y subjetivos que le permitieran determinar el derecho del Estado con el cual se tuviera el vínculo más estrecho.

Puede ocurrir que no exista un punto de contacto subsidiario, y que en su lugar haya varios, con lo cual habría un concurso de puntos de conexión, en cuyo supuesto pueden presentarse los siguientes puntos de conexión:

- Alternativos
- Acumulativos

PUNTOS DE CONEXIÓN ALTERNATIVOS. En los puntos de conexión alternativos las partes tienen la facultad

⁹ Contreras Vaca, Francisco.- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.- Oxford University Press.- México 1998 pág 485.

tad para elegir el derecho aplicable, por existir diversas opciones; al respecto el artículo 13 de la “Convención¹⁰ Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores” dispone:

“Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión.

Sí el adoptado tuviera más de 14 años, será necesario su consentimiento”.

PUNTOS DE CONTACTO ACUMULATIVOS.- En estos puntos de contacto, la consecuencia de la norma conflictual designara como derecho aplicable varios sistemas jurídicos, por lo que los efectos sólo se darán cuando haya concordancia entre ambos.

El ejemplo pertinente aquí se encuentra en los artículos 3º y 4º de la “Convención sobre Adopción Internacional”.

Cada norma pertenece a un sistema jurídico diferente, ya que el artículo 3º se refiere a la residencia habitual del acreedor y el artículo 4º al domicilio del deudor los que por la concordancia que tienen, permitirán que la adopción se lleve a efecto.

XI. CONDICIONES O ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Niboyet¹¹ sostiene que la aplicación del **fraude a la ley** requiere de dos condiciones o elementos

- Que exista un fraude a la ley y la;
- Ausencia de cualquier otro medio de sanción.

XI.1. EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Se ha dicho que el fraude a la ley en el derecho internacional privado consiste en la sustracción al cumplimiento de una disposición imperativa que contraria o prohíbe la realización de un acto del sustractor, quien para obtener lo que desea, busca someterse a la ley cuyo punto de contacto diferente que le permitirá satisfacer sus deseos.

Niboyet sostiene que en el *fraude a la ley existe*: “...la intención, es decir, la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. “Se trata, es verdad”, sostiene el autor...” de una intención; pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino tan sólo, del de no respetar la ley”

¹⁰ D.O. 6- II- 1987.

¹¹ Niboyet J. P.- Principios de Derecho Internacional Privado.- Selección de la Segunda Edición Francesa.- Editora Nacional.- México 1957.- pág. 445.

Hay, en el fraude a la ley un elemento anímico, un *animus de mentir*, de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley.

De acuerdo con lo anterior, lo determinante para la existencia del fraude, es la intención de burlar la ley, intención que deberá ser apreciada y determinada por el juez. Respecto a este punto el artículo 15, (I) de los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal disponen:

“Artículo 15,

No se aplicará el derecho extranjero:
I.- Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho Mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”.

Por lo que se refiere a los actos el fraude a la ley se puede actualizar cuando se evade la realización de la forma o en las reglas aplicables al fondo de los contratos.

XI.2. AUSENCIA DE CUALQUIER OTRO MEDIO DE SANCIÓN

Se ha sostenido que el juez sólo debe recurrir al fraude a la ley, como último medio de sanción, cuando se evade una norma imperativa. Por

lo que si la ley proporciona otras vías para impedir el fraude a la ley, debe acudirse a ellas.

Hay hechos y actos jurídicos que pueden ser sancionados por las propias leyes a las que se acudió para realizar el cambio del punto de conexión, en este supuesto no será necesario que el juez aplique la sanción por fraude a la ley, ya que el hecho o acto será sancionado por la nueva ley.

Puede ocurrir también la necesidad ineludible de sancionar el fraude a la ley, ya que de lo contrario tal conducta ilícita quedaría impune, para ello es necesario declarar que el derecho internacional privado tiene por objeto asegurar el respeto a la ley interna imperativa de un Estado que se proyecta en el espacio, esto es, que mediante el fraude a la ley, los efectos de la violación a la ley interna imperativa salen de su ámbito de aplicación espacial y sus efectos se manifiestan extraterritorialmente.

En este supuesto, el fraude a la ley, debe sancionarse, de lo contrario este acto ilícito quedaría impune, en consecuencia debe satisfacerse el principio de que la ley que es imperativa en el derecho interno, debe continuar con la misma calidad de imperio en el Derecho Internacional. Esto deber ser así, no sólo por la cooperación que los Estados deben darse entre sí, sino también porque debe respetarse la autoridad legítima de cada Estado.