



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL FRAUDE A LA LEY”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de

“Abogada de los Tribunales de Justicia de la República”

Autor:

Pamela Estefanía Carpio Palomeque.

Director:

Dr. Olmedo Piedra Andrade.

Cuenca – Ecuador

2020

DEDICATORIA

A quienes hoy son mi mayor alegría, y fortaleza
mis ganas de seguir adelante, de cumplir todos mis sueños
y alcanzar mis metas, Santiago y Luke,
los amo con todo mi corazón,
Dios me ha bendecido con el mejor regalo, mi familia.

AGRADECIMIENTOS

En mi primer lugar agradezco a Dios por haberme dado la vida, y permitirme llegar a este momento.

A mi esposo Santiago y mi hijo Luke, quienes con su amor me han dado la fuerza para nunca rendirme, gracias por ser mi apoyo incondicional, por ser ese motor que me ayuda y me da la fuerza para llegar a cumplir todos mis sueños y mis metas, y sobre todo gracias por darle sentido a mi vida.

A mis Padres Sergio y Elsa, que, gracias a ellos, hoy, pude cumplir este sueño, que no es solo mío sino también de ustedes, gracias por ser el mejor ejemplo a seguir y por haberme dado un inmenso amor que me impulso siempre seguir adelante, por levantarme en cada caída, por todos los años del amor más puro que me convirtió en una mujer fuerte y capaz de conquistar el mundo, ojalá algún día yo les pueda regalar el mundo entero porque se merecen eso y mucho más.

A mis hermanos Sergio, Bernardo y Esteban, con quienes he compartido los recuerdos más bonitos de mi vida, gracias por el apoyo, por la fuerza y la valentía que me dieron para superar cualquier obstáculo, y gracias por representar en mi vida parte de lo que soy ahora.

A mis suegros Mauricio y Sonia, por el gran apoyo que me han brindado a mí y a mi familia, gracias por ser unos segundos padres.

Y un especial agradecimiento a mi Tutor Dr. Olmedo Piedra A, por haberme guiado en este proceso de formación, que con su experiencia y bondad me ha brindado su tiempo para la culminación de esta tesis.

INDICE

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1	4
“EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”	4
1.1.- DEFINICIÓN DEL DERECHO.	4
1.2. DERECHO INTERNACIONAL	6
1.3 ¿A QUIENES SE LE ATRIBUYE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?	7
1.4 SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL	8
1. El Estado	8
2. Los individuos.....	8
3. Los Organismos Internacionales	9
1.5 CLASIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL	9
1.5.1 DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	10
- OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	11
1.5.2 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	11
CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ..	14

1.6. PRESENCIA DE UN ELEMENTO EXTRAÑO	15
1.7. BREVE DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO	16
1.- En base al Objeto.	16
2.- Por los Sujetos a quienes protegen.	16
3.- Por el Favorecimiento.	17
4.- Por el ámbito que abarcan.	17
5.- Por su Fundamento.	17
EL FRAUDE A LA LEY.....	19
1.8 CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY:	19
1.8.1 EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO ROMANO	21
1.8.2 EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	25
CAPITULO II.....	28
LOS FACTORES DE CONEXION Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL FRAUDE A LA LEY.....	28
2.1. FACTORES DE CONEXIÓN	28
-Facticos y jurídicos	29
- En relación al carácter mutable.....	30
- Puntos de conexión subjetivos u objetivos	30
-Puntos de conexión personales	30
- Puntos de conexión territorial	30
- Puntos de conexión abiertos o cerrados.....	31
2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL FRAUDE A LA LEY.....	31
1.Negacion de la existencia del Fraude a la Ley	31

2.Existencia parcial del Fraude a la Ley	33
3.La existencia del Fraude a la Ley.....	34
2.3 DOCTRINAS RESPECTO AL FRAUDE A LA LEY	35
2.3.1 Doctrina sobre la Interpretacion de la Ley	35
2.3.2 Doctrina de la Causa Ilícita	35
2.3.3 Doctrina de la Autonomia	36
2.4 CLASES DE FRAUDE A LA LEY	36
-Fraude Simultáneo	37
-Fraude Retrospectivo	37
-Fraude a la Expectativa.....	37
2.5 CARACTERISTICAS DEL FRAUDE A LA LEY	38
1.Acto Jurídico	38
2.Encuentra sustento en una norma.....	39
3.La utilización de un medio licito y real.....	39
4.Se trata de una violación indirecta de la norma.	40
5.Medio Subsidiario de Invalidación	40
2. 6 NORMA DE COBERTURA Y NORMA DEFRAUDADA	41
 CAPITULO III.....	 43
 "ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL FRAUDE A LA LEY".....	 43
 3.1 ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL FRAUDE A LA LEY	 43
1.La Intensión del Agente	44
2.Elemento de Conexión Extraño	44
3.Sometimiento a una Ley Extraña	44
4.Licitud de un Acto.....	45

5.Resultado contrario al Ordenamiento Juridico.....	46
3.2 EFECTOS QUE PRODUCE EL FRAUDE A LA LEY	50
3.3 FIGURAS SIMILARES AL FRAUDE A LA LEY	53
- Acción Pauliana – Fraude a los Acreedores	53
Doctrina de la diferencia entre el Fraude a la Ley y el Fraude a los Acreedores.	54
Doctrina de la Similitud entre el Fraude a la Ley y a los Acreedores.....	55
- Abuso Del Derecho.....	55
- Actos Contrarios a La Ley	57
- Derechos Adquiridos	58
- El Orden Público.....	60
El Orden Publico en relación con el Fraude a la Ley.....	63
 CAPITULO IV	65
 MARCO JURÍDICO DEL FRAUDE A LA LEY	65
 4.1 El Fraude a la Ley en la Actualidad	65
4.2 Análisis del Fraude a la Ley en países pertenecientes a la Unión Europea.	68
-ITALIA	68
-ESPAÑA	69
-PORTUGAL	70
4.3 Análisis del Fraude a la Ley en países pertenecientes al Common Law	71
4.4. El Fraude a la Ley en países de América	72
4.4.1. Latinoamérica.....	72
- ARGENTINA	73
-BRASIL	74

-CHILE	75
4.4.2. Otros países americanos	76
-MÉXICO	76
-EL SALVADOR.....	77
4.5 El Fraude a la Ley en la legislación ecuatoriana.....	77
4.5.1 El Fraude a la Ley, en otros cuerpos normativos del Ecuador.....	79
4.5.2 El Problema de que la figura del Fraude a la Ley no se encuentre en la legislación ecuatoriana.....	81
4.6 El Fraude a la Ley en los Tratados Internacionales:	82
-Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante.	83
-Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.	84
4.7 Ejemplos prácticos.	85
-Caso Bauffremont	85
-Caso Fritz Mandl:	87
-Caso Munzer.	89
 CAPITULO V.....	 92
 FALLOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA FIGURA DEL FRAUDE A LA LEY	 92
 5.1 JURISPRUDENCIA – DENEGACIÓN DE SOLICITUD DE NACIONALIDAD.....	 92
5. 2 JURISPRUDENCIA- IMPROCEDENCIA DE LA EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO	97
5. 3. JURISPRUDENCIA - DENEGACIÓN DE VISADO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR.....	100

CAPITULO VI.....	106
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	106
6.1 CONCLUSIONES:	106
6.1.2 CONCLUSIÓN GENERAL	110
6.2.- RECOMENDACIONES	113
BIBLIOGRAFÍA.....	119

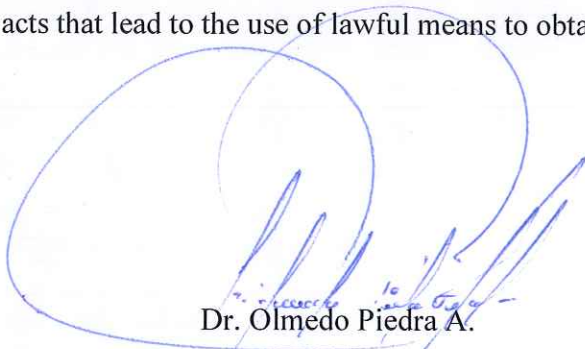
RESUMEN

La figura del Fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado, se ha vuelto cada vez más relevante, su existencia se ha dado desde que el hombre ha pisado la tierra, ya que desde ese momento ha buscado formas para su subsistencia, una de estas formas era mediante el Fraude, pero, la falta de estudio y desarrollo doctrinario de esta figura ha promovido que las personas encuentren nuevas formas de burlar la ley.

Este trabajo de Titulación, se basa en el porqué de la necesidad de crear normativa interna para proteger el espíritu de la norma, y poder contrarrestar los actos que conllevan utilizar medios lícitos para obtener resultados ilícitos en contra del espíritu de la norma.

ABSTRACT

The figure of legal fraud in private international law has become increasingly relevant. Its existence has occurred since the man has walked the earth in search of ways for his subsistence. The lack of study and doctrinal development of this figure has encouraged people to find new ways to circumvent the law. This degree work is based on the justification of the need to create internal regulations to protect the spirit of the norm and counteract the acts that lead to the use of lawful means to obtain illicit results against the spirit of the norm.



Dr. Olmedo Piedra A.

Thesis Director



Pamela Carpio

Author



Magali Arce
UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
Dpto. Idiomas



Translated by

Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación se realizó con el objetivo de estudiar más a fondo la figura del Fraude a la Ley, y brindar un aporte al lector, para que podamos diferenciar una circunstancia fraudulenta, mediante el análisis de todos los elementos que existen dentro de un acto para poder considerarlo como fraude; por lo que se analizó cada uno de ellos rescatando la importancia que tienen dentro de esta figura.

El Fraude a la Ley, es una institución jurídica que pertenece al Derecho, y lo podemos encontrar en varias ramas, pero amerita un verdadero estudio en la rama que más efectos ocasiona y en la que se la considera como una institución trascendental en su desarrollo, hablamos del Derecho Internacional Privado.

Existen supuestos en los que los resultados han ocasionado la evasión de una norma obligatoria para todos los ciudadanos, esto ocurre cuando un individuo de la especie humana utiliza mecanismos lícitos para conseguir resultados ilícitos, de manera que evada una norma con la utilización de otra norma extranjera, y lo hace de forma voluntaria y mal intencionada, porque quiere evitar las consecuencias que la norma interna produciría, beneficiándose de las que la norma internacional le proporciona.

Lo que se busca evitar es que la norma sea defraudada, y para conseguir este objetivo se debe sancionar a la persona que pretenda hacerlo, de tal manera que su sanción consistiría en la nulidad del acto y la aplicación de la norma que ha sido evadida.

Hay varios casos en los que puede existir un Fraude a la Ley, son tantos que el ordenamiento jurídico no puede señalarlos de manera taxativa, pero los más comunes, son: Matrimonios que se celebran en fraude, testamentos, compraventa entre otros.

Analizaremos al Fraude de la siguiente manera:

En el primer capítulo denominado “El Fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado”, haremos una breve referencia a la ciencia del Derecho, para buscar en la

división de sus principales ramas en el del Derecho Internacional Público y Privado; así llegaremos a estudiar el Fraude dentro del Derecho Internacional Privado.

Se analizará desde sus inicios, porque el Fraude existió desde que el hombre se encuentra en este mundo, se dice que el hombre siempre buscó la manera de sobrevivir y una de esas maneras era mediante el engaño, después de muchos años en la época del Derecho Romano, existen los primeros apuntes donde podemos evidenciar al Fraude desde sus inicios pues en esta época existían normas que se utilizaban para una mejor convivencia entre los ciudadanos romanos, y aun así trataban de ser evadidas para su conveniencia.

El segundo capítulo se encuentra destinado a la Naturaleza Jurídica del Fraude, se lo considera como un remedio que permite que la ley interna conserve su carácter de norma obligatoria, existen teorías al respecto, unas que rechazan la existencia del Fraude, otras que tratan sobre una existencia parcial y por último las que aceptan la existencia del Fraude; además trataremos a profundidad los Factores de conexión como un elemento del Fraude, ya que el Fraude se basa en la alteración de los puntos de conexión.

El tercer capítulo se centra en la motivación del porqué de este trabajo de titulación, ya que trata de los elementos que configuran al Fraude, hay muchos y lastimosamente no los podemos encontrar enumerados, pero veremos que en varias situaciones en las que se producen fraudes a la norma, se ha dado la concurrencia de todos los elementos, y esto ha llevado a que la podamos diferenciar de varias figuras con las que el Fraude ha sido comparado por la similitud que tiene, figuras como la Acción Pauliana, Abuso del Derecho, Actos Contrarios a la Ley, Derechos Adquiridos, y el Orden Público.

En el cuarto capítulo haremos referencia al Marco Teórico del Fraude, en los países europeos, los que pertenecen a la familia anglosajona, en países de América Latina y en el Ecuador, análisis en el Código Civil y en los Tratados Internacionales que tratan esta figura.

El quinto capítulo encontramos Jurisprudencia Internacional sobre situaciones que conllevan fraudes a la norma, analizaremos tres fallos, para observar el importante y difícil papel que tiene los Jueces, a la hora de comprobar que una persona pretende o burló la ley interna, además de ser más fácil de explicar los elementos que han existido

para poder descubrir las maniobras que han realizado las personas para evadir su norma.

Finalmente se establecerá las conclusiones finales de la investigación, además del aporte realizado, que es el de investigar más a fondo el Fraude a la Ley, estableciendo la importancia que tiene esta figura siendo un remedio esencial para evitar fraudes a la norma; y de esta manera darle aplicabilidad a una figura olvidada y desconocida lo que obstaculiza su declaratoria; así todos los lectores puedan darse cuenta que en el Derecho Internacional Privado existen más figuras que merecen ser estudiadas a cabalidad, porque son problemas que se viven en el mundo día a día, y que no dejen de existir, debiendo ser normadas para vivir en una verdadera Comunidad Internacional.

CAPITULO 1

“EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”.

INTRODUCCIÓN

Este primer capítulo se centra en la definición del Derecho y sus clasificaciones, entre una de estas clasificaciones encontramos al Derecho Internacional, como aquel Derecho que se encarga de regular las normas que se aplican para las relaciones entre Estados, uno de sus objetivos es promover la paz internacional, así como la cooperación entre Estados; esta rama se subdivide en el Derecho Internacional Público y Privado, los cuales serán analizados brevemente.

Posteriormente se llevará a cabo el análisis del concepto y la importancia de la figura del Fraude a la Ley, como una institución trascendental analizada desde la óptica del Derecho Internacional Privado.

1.1.- DEFINICIÓN DEL DERECHO.

Para analizar al Derecho Internacional, es necesario partir de un breve concepto de lo que llamamos Derecho.

Derecho proviene del vocablo latín Directum, que tiene como significado, “todo aquello que se conforma a través de la ley”.

Para Ulpiano jurista romano definía al Derecho como “El arte de lo bueno y lo equitativo”.

Para Kelsen "El Derecho es, en esencia, un orden para promover la paz".

Para Marx el Derecho "es la voluntad de la clase dominante, elevada a la categoría de ley."

Como hemos visto el Derecho tiene varias acepciones por eso lo debemos diferenciar en: Derecho Objetivo, Subjetivo, y equivalente a la Justicia.

-Objetivo: Conjunto de normas o reglas que rigen a la actividad humana dentro de una sociedad.

-Subjetivo: Aquellas facultades que tienen los individuos de la especie humana, para actuar dentro de la vida jurídica.

- El derecho como **equivalente a la justicia**, como portador del valor de justicia.

En general se entiende por Derecho, al conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado con el objetivo de regular la conducta de los hombres y en caso de que exista incumplimiento se encuentra prevista una sanción. (Floresgómez González & Luis, 1982)

Se reconoce al Derecho en sus dos principales ramas, estas son: Público y Privado, el jurista Romano Ulpiano citado por Carlos Arellano García, definía al Derecho Público en el idioma latín como Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, lo que significaba que el Derecho Público es aquel que se refiere al Estado de la cosa romana, de igual forma definió al Derecho Privado: Privatum, quod ad singulorum utilitatem, en español: "El que pertenece a la utilidad de cada individuo"; es decir el Público trataba sobre temas que le pertenecen al Estado y a todos en general, mientras que el Derecho Privado se encargaba solamente de lo que le pertenece a cada individuo. (Arellano García, n.d.)

Estos a su vez posee una subdivisión en otras ramas del Derecho como el Público en Derecho Constitucional, Administrativo, Penal y Procesal; y de igual forma el Derecho Privado se subdivide en Derecho Civil, Mercantil.

Otros autores sostienen que existe una tercera división del Derecho y lo llaman como el Derecho Social, que emana del Derecho Público, esta rama del Derecho se encarga de proteger a los económicamente débiles.

En las relaciones sociales se dan vínculos de poder, por esta razón el Derecho protege al más débil, que son ciertos grupos de individuos que se encuentran en situación de inferioridad frente a otros, por varias circunstancias como la migración, la economía, la raza, etc. Por ejemplo, en el Derecho Laboral se protege al trabajador ya que el empleador es el más fuerte de la relación por encontrarse económicamente más estable, en el Derecho Penal al momento del delito, el más débil es la víctima, pero al momento de la sanción la parte más débil es el procesado.

El Derecho Social a su vez abarca otras ramas como son el Derecho Laboral, Migratorio, Derecho a la Seguridad Social, y el Agrario.

Para que el Derecho Internacional sea considerado como una rama del Derecho necesitaba de varios elementos que la caractericen en una rama autónoma, e independiente, se trata de una creación joven pues su nacimiento se dio en el año de 1648 en el Congreso de Westfalia.

Este a su vez se divide en Derecho Internacional Público y Privado, como lo veremos a continuación.

1.2. DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional no se desarrolló fácilmente como las demás ramas del Derecho y esto se debe a varias circunstancias que han impedido su desenvolvimiento, en un principio los extranjeros fueron considerados como enemigos, no poseían los mismos derechos ni beneficios como los nacionales. Posterior a esto en la Época Clásica surge el problema de la soberanía, cada Estado se consideraba soberano ejercía su autoridad dentro de un territorio, los problemas raciales y la religión, todos estos antecedentes impedían el desarrollo de las relaciones internacionales.

A medida que las sociedades empezaron a desarrollarse, el aumento de la población y el constante cambio de la cultura, fueron algunas de las situaciones que hicieron necesarias las relaciones entre los Estados, dando lugar de esta manera a lo que hoy conocemos como el derecho Internacional.

De acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Derecho Internacional define las responsabilidades legales de los Estados en sus relaciones entre ellos, y el trato a los individuos dentro de las fronteras estatales. Sus competencias comprenden una gran variedad de problemas de importancia internacional, entre los que figuran los derechos humanos, el desarme, el delito internacional, los refugiados, las migraciones, los problemas de nacionalidad, el trato a los prisioneros, el uso de la fuerza y la conducta durante la guerra. (Naciones Unidas (ONU), n.d.)

No es un Derecho Internacional por la fuente de producción de sus normas, sino por el objeto regulado, al que se lo conoce como el tráfico jurídico externo, que constituye la existencia de las relaciones privadas que han superado las fronteras de un Estado para conectarse con otro.

Es por esta razón que el legislador se vio en la necesidad de regular normas que prevean situaciones de índole internacional, como contratos de compraventa entre dos personas de diferentes nacionalidades, el matrimonio, etc.

1.3 ¿A QUIENES SE LE ATRIBUYE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Son los Órganos Internacionales ya sean universales o regionales quienes aplican el Derecho Internacional, para la solución de conflictos entre los Estados; como por ejemplo: La Organización de las Naciones Unidas, Tribunales Internacionales de Arbitraje, la Organización de los Estados Americanos, la Corte Internacional de Justicia; así mismo dentro del territorio de un Estado se puede aplicar el Derecho Internacional en casos concretos, como por ejemplo cuando un Estado acoge un Tratado Internacional, y estas instituciones que aplican el Derecho Internacional pueden ser el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

1.4 SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. El Estado

El Estado es la forma en la que se encuentra organizada una sociedad, y para que exista debe cumplir con ciertos requisitos, primero debe estar dentro de un **territorio** (espacio de tierra en donde desenvolverse), que este territorio sea **soberano** (ejerza autoridad), que tenga un **gobierno** (a través el cual se ejerce el poder) y lo más importante que este conformado por una **población** (ciudadanos quienes otorgan dicho poder).

2. Los individuos

El individuo es la persona natural o jurídica quien es el titular de derechos y obligaciones, la comunidad internacional adopto varios tratados en los cuales reconoce al individuo como sujetos del Derecho Internacional.

Es importante distinguir la existencia de los nacionales y los extranjeros, pues en esta rama del Derecho es muy común escuchar sobre los nacionales y extranjeros.

Las personas nacionales son aquellas que pertenecen a una nación, ya sea por origen o por naturalización, aquellas personas que se encuentran dentro de un territorio determinado, que comparten un mismo pasado histórico, cultura, idioma, etc.

Los extranjeros son personas que se encuentran bajo la tutela de una ley de otro país, ese conjunto de derechos y obligaciones las tiene con el Estado a que este pertenece.

3. Los Organismos Internacionales

Se trata de organizaciones o entidades, cuyos integrantes u objetivos no solo pertenecen a un país, sino a varios; estas entidades tienen supremacía en ciertas circunstancias siempre y cuando los Estados formen parte de esta.

Un ejemplo de estos Organismos es la Organización de las Naciones Unidas o más conocida por sus siglas como la ONU, fue fundada en el año 1945 en un inicio con la participación de 51 Estados miembros, ejerce todas las facultades de un Gobierno Universal, es decir no elaboran leyes, pero si proporcionan todos los medios para poder resolver los conflictos internacionales y pueden formular políticas acerca de asuntos que afectan mundialmente.

La ONU se encarga del mantenimiento de la paz, el bienestar social, la justicia internacional, entre otras de sus funciones.

1.5 CLASIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Lo que diferencia al Derecho Interno del Derecho Internacional, es que este resuelve directamente las dificultades de la vida real. Tales disposiciones nos han indicado, por ejemplo, si el hijo natural tiene o no derecho a los alimentos (Derecho Civil); si el fallido pierde o no el dominio de sus bienes (Derecho Comercial); o si un hecho ilícito es o no constitutivo de estafa (Derecho Penal). (Albónico Valenzuela,1995)

Mientras que el Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados, Organizaciones Internacionales, y entre sujetos de diferentes Estados.

Según Triepel y Anzilotti, el Derecho Interno y el Derecho Internacional forman dos órdenes jurídicos independientes, que se diferencian por varias razones, algunas de ellas son: Que tienen diferentes fuentes, las relaciones que rigen y por los sujetos a quienes ligán; por consiguiente, las normas del Derecho Internacional no tienen fuerza obligatoria dentro de un Estado sino en virtud de su RECEPCIÓN, por medio de un

acto legislativo que las convierte en reglas de Derecho Interno. (Dura, José María; Podesta Costa,1994)

El Derecho Internacional se divide en el Derecho Internacional Público y Privado.

1.5.1 DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Conjunto de normas e instituciones que rigen las relaciones entre los Estados y demás sujetos de la Sociedad Internacional.

Se encarga de resolver asuntos de naturaleza internacional que afectan a los Estados, regula la relación entre los mismos, así como las diferentes formas en las que pueden llegar a celebrar un tratado internacional, entre otros aspectos, pero garantizando la paz, y la cooperación internacional.

Para Pierre-Maire Dupuy establece: Por oposición al Derecho Internacional Privado, que se aplica igualmente en el marco internacional pero se dirige a las relaciones entre personas privadas, el Derecho Internacional Público, aun considerando múltiples vínculos con el Derecho Privado, particularmente en el campo económico, únicamente se aplica a los Estados, y por extensión, a las agrupaciones funcionales, dotados de personalidad autónoma, como lo son las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales. (Dupuy,1995)

Estas Organizaciones llamadas Intergubernamentales son aquellas que se relacionan con varios Estados, se establecen por acuerdos entre todos sus miembros, a estas instituciones se las dota de órganos, que son los encargados de cumplir con los objetivos e intereses de los Estados y para ello se necesita de la cooperación de todos.

OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El derecho Internacional Público se dice que tiene dos funciones, primero que es la ciencia que tiene por objeto el estudio de los principios jurídicos, sociales históricos, etc., que condicionan la existencia de las convenciones internacionales, y como disciplina, regula la estabilidad necesaria en la comunicad internacional, a fin de dirimir las controversias que se presentan entre Estados nacionales u otros Sujetos del Derecho Internacional Público. (Guerrero Verdejo, 2002)

1.5.2 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado es aquel conjunto de normas que tienen como objeto determinar la ley competente para resolver el conflicto de leyes, que se genera cuando se da la concurrencia simultanea de dos o más leyes llamadas a resolver un conflicto.

Albónico manifiesta: “Entendemos por Derecho Internacional Privado como el conjunto de principios que determina la ley aplicable a una relación jurídica cuando hay algún elemento internacional.” (Albónico Valenzuela, 1995)

Para Sergio Guerrero es el conjunto de normas que fundamentalmente, regula las relaciones de derecho privado (de los particulares o de los particulares con el Estado) con la presencia del elemento extranjero, aplicando en la solución derecho nacional y extranjero, siempre y cuando éste no vaya en contra de las normas de orden público interno. (Guerrero Verdejo, 2006)

El Derecho Internacional Privado elige la ley aplicable a una relación jurídica en donde exista un elemento extranjero (Albónico Valenzuela, 1995)

Lo que diferencia al Derecho Internacional Privado del Público es que estas relaciones jurídicas se celebran entre particulares o entre los particulares con el Estado como es el caso de los Tributos.

NACIMIENTO

Según el Profesor Sergio Arboleda sostiene que existen dos teorías que tratan sobre el origen del Derecho Internacional Privado, se las denominan como unitaria y de la autonomía.(Arboleda, 2014)

- Unitaria:

Esta teoría señala que el Derecho Internacional Privado nace gracias al Derecho Internacional Público y alcanza su independencia con la escuela histórica del Derecho, donde Savigny lo convierte en una cátedra independiente del Derecho Internacional Público en el año 1850.

- Autonomía:

Esta Teoría indica que el Derecho Internacional Público nace en Roma con dos instituciones; el pretor peregrino, la cual se encargaba de resolver las relaciones jurídicas cuando exista un elemento extranjero, sea la relación jurídica misma o los sujetos extranjeros.

En el Ecuador el Derecho Internacional Privado como en la mayoría de los países americanos, no posee un cuerpo normativo que trate únicamente sobre esta materia, algunas normas que tienen relación con el Derecho Internacional Privado las encontramos en la Constitución, Códigos, entre otros.

El Derecho Internacional Privado llega a nuestro Estado gracias al Tratado de Montevideo en el año 1892 y posteriormente por la regulación del Código de Sánchez de Bustamante de Derecho Internacional.

OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El objeto del derecho internacional privado es encontrar la solución para resolver el conflicto de dos o más leyes que se presentan en un mismo tiempo, pero en diferentes espacios; como, por ejemplo: Un ecuatoriano que, domiciliado en España deja un testamento, pero los bienes se encuentran ubicados en el Ecuador, ¿En dónde se debe abrir la sucesión testamentaria?

Si el hombre pasara toda su vida en un mismo país, sin ejecutar actos jurídicos, ni poseer bienes, ni tener que ejecutar actos jurídicos, ni tener que ejercitar algunos derechos en otro lugar, sólo tendría que sujetarse a las leyes de su domicilio; pero como tal no sucede, hay que atender algunas veces, para un mismo individuo, a varias legislaciones.

Saber cuál es la aplicable en un caso dado, este es el objeto de este ramo de la jurisprudencia. (Zabala, 1903)

Desde hace ya varios años, el hombre vio la necesidad de comunicarse con los extranjeros, de celebrar contratos, salir de sus hogares por ocio o turismo o por cualquier tipo de situación jurídica, y no solo esto sino problemas graves como la migración, familiares que salen de su país en busca de una mejor situación económica, estas son las circunstancias que han hecho que los humanos superen sus fronteras político jurídicas, y empiecen vincularse con más ordenamientos.

En la actualidad ya se habla sobre la condición jurídica de los extranjeros y esto ha permitido que emerjan relaciones entre personas de diferentes Estados, si fuese lo contrario y solo se prefiriera las relaciones jurídicas entre personas que pertenecen a una misma nacionalidad, el Derecho Internacional Privado no tendría sentido de existencia; pero todo este gran desarrollo también ha hecho que surjan varios conflictos, pues cada Estado tiene su propia legislación, y hay ocasiones que un problema de derecho tiene respuesta en dos o más legislaciones.

Según la Profesora Patricia Muñoz, los objetivos del Derecho Internacional Privado son: Dirimir los conflictos de legislación, de jurisdicción, de nacionalidad y determinar la condición jurídica de los extranjeros.

- De legislación: Porque en una controversia de Derecho Privado con un elemento extranjero, surgen dos o más legislaciones que se estiman competentes para solventar el asunto, dando soluciones contrarias.
- De Jurisdicción: Se produce cuando en un litigio se encuentra uno o más elementos extranjeros, y el Juez que conoce el asunto debe determinar, si es o no el competente para dar solución al conflicto.
- De Nacionalidad: Es necesario manifestar que el Derecho Internacional Privado no tiene como objetivo el estudio de la nacionalidad, porque de eso se encarga nuestro Código Civil y la Constitución, lo que, si es objeto del Derecho Internacional Privado, es el estudio del conflicto de nacionalidad.
- Para determinar la condición jurídica de los extranjeros: Todo extranjero en el lugar en el que se encuentre posee una calidad jurídica que implica el reconocimiento de derechos y el cumplimiento de ciertas obligaciones. (Muñoz Valdés, n.d.)

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Entre las características más importantes del Derecho Internacional Privado tenemos:

1. Es un derecho nacional, ya que cada Estado dicta sus propias normas.
2. Es un derecho positivo, pues las normas que se relacionan a esta materia, se encuentran establecidas en varios textos legales, no solo internos como es en el caso del Ecuador, pues algunas normas internacionales se vuelven ley en nuestro país, cuando este por ejemplo haya ratificado un tratado internacional.
3. Conlleva un elemento extranjero, en las relaciones internacionales siempre existe un elemento extraño al nacional.

El Dr. Hernán Coello señala que los principales caracteres del Derecho Internacional Privado son los siguientes:

- a) Es un Derecho Positivo, pues se encuentra vigente, por lo cual debe ser aplicado por los legisladores y por las autoridades administrativas.

- b) Es un Derecho Adjetivo, en el sentido de que es un Derecho para el Derecho, ya que su misión fundamental es la de determinar de entre varias legislaciones vigentes en un mismo tiempo, pero en diferente espacio territorial, cual es la norma que debe aplicarse para solucionar un caso en concreto.
- c) Interesa a los particulares, las relaciones de Derecho que se ventilan en esta materia no se desarrolla entre los Estados, se trata de intereses de los particulares, y si en algún momento el Estado se encuentra involucrado sería como una persona jurídica.
- d) Es universal, por una parte, hace posible la aplicación de todos los sistemas jurídicos del mundo vigentes en un tiempo determinado cuando un elemento de conexión así lo imponga. (Coello García Hernán, 2004)

1.6. PRESENCIA DE UN ELEMENTO EXTRAÑO

El problema del Derecho Internacional Privado se presenta en cada oportunidad en la que una relación jurídica sometida a estudio, concurre un elemento extranjero. (Coello García Hernán, 2004)

El elemento extranjero puede recaer sobre:

- Las personas: Pues una de las partes como sujeto de una relación internacional, puede ser de origen extranjero.
- Los bienes: Las cosas sobre las que trata el problema se encuentran ubicadas en país extranjero
- Sobre el Acto: Cuando este se deberá sujetar a normas que pertenecen a legislación extranjera.

El Derecho Internacional Privado, como hemos visto tiene por objeto vincular un problema de derecho con un derecho determinado, y esta solución lo podemos encontrar en una o en varias legislaciones, entonces al Derecho Internacional Privado

le corresponde establecer entre varias legislaciones cual es la llamada competente para solventar dicho conflicto.

Esta rama del derecho siempre ha creado varias controversias y dudas, se ve afectado por problemas que son comunes no solo a esta rama sino a varias, y lo propio sucede con las figuras que determina el Derecho Internacional como son: el problema del Reenvió, el Orden Público, la Condición Jurídica de los Extranjeros, el Fraude a la Ley entre otras.

1.7. BREVE DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

Tomando como parámetros ciertos elementos tenemos:

1.- En base al Objeto.

El objeto del Derecho Internacional Público es encargarse de asuntos Internacionales que tengan que ver con los Estados, como regular las relaciones entre Estados, la forma en cómo se celebran los Tratados Internacionales.

El Objeto del Derecho Internacional Privado es regular los conflictos de carácter internacional entre particulares de diferentes Estados, es decir asuntos internacionales, pero entre individuos, excepcionalmente puede encontrarse involucrado un Estado, pero como sujeto del Derecho, como en caso de Tributos; de igual forma entre sus objetivos esta determinar la condición jurídica de los extranjeros, y los conflictos de aplicación de la ley; como por ejemplo, contratos de compraventa entre individuos de diferentes Estados, la nacionalidad, residencia, domicilio, el visado, matrimonio entre personas de distinta nacionalidad, etc.

2.- Por los Sujetos a quienes protegen.

El Sujeto más importante para el Derecho Internacional Privado es la persona privada, porque regula las relaciones entre particulares o de los particulares con el Estado.

El Sujeto más importante para el Derecho Internacional Público es el Estado, porque resuelve conflictos que afecta a los Estados.

3.- Por el Favorecimiento.

El Derecho Internacional Público favorece los intereses de toda la colectividad que se encuentra representado por el Estado.

El Derecho Internacional Privado favorece simplemente los intereses de un individuo en concreto, por ejemplo, una persona de nacionalidad ecuatoriana que quiere contraer matrimonio con un estadounidense en un tercer Estado.

4.- Por el ámbito que abarcan.

El Derecho Internacional Privado abarca dentro de las relaciones jurídicas entre particulares de diferentes Estados, el ámbito familiar y patrimonial, familiar como el matrimonio, la sucesión, y patrimonial como la compraventa.

En el Derecho Internacional Público abarca dentro de las relaciones entre Estados temas relacionados a todos los ciudadanos, quienes se someten tanto a derechos como el cumplimiento de ciertas obligaciones.

5.- Por su Fundamento.

El Derecho Internacional Privado, señala cuál de los ordenamientos jurídicos que se encuentran en conflicto es el competente para resolver una cuestión de Derecho.

El Derecho internacional Público, señala los principios y las normas a las cuales se deben regir para celebrar relaciones entre Estados.

Según María Gutiérrez González, profesora de la Universidad Bolivariana de Venezuela:

El Derecho Internacional Público:

- Regula las relaciones entre los Estados, el individuo y los Organismos Internacionales.
- Los asuntos de esta rama del derecho se resuelven a través de tratados, convenios, medios diplomáticos.
- Los problemas de Derecho Internacional Público solo interesan a los gobernantes.

- Tienden a favorecer los intereses de los individuos.
- Se encuentra dentro de una órbita estatal.
- Predomina la heteronomía, normas imperativas y obligatorias.

El Derecho Internacional Privado:

- Regula relaciones entre particulares de distintos Estados.
- Los asuntos de esta rama se resuelven a través de los órganos jurisdiccionales entre Estados.
- Los problemas del Derecho Internacional Privado interesan a los Abogados litigantes.
- Favorece al interés privado de los individuos.
- Se encuentra dentro de una órbita individual.
- Prevalece la autocomposición de los intereses en conflicto.

Ambos poseen como fuente los tratados y la ley interna, pero para el Derecho Internacional Privado la ley interna es fuente directa, para el Derecho Internacional Público es indirecta. (Gutiérrez González, n.d.)

Esto significa que en el Derecho Internacional Privado por ejemplo los conflictos entre dos Sujetos de diferente Estado, es necesario recurrir a sus legislaciones internas para llegar a encontrar una solución, mientras que en el Derecho Internacional Público nos es fuente principal la ley interna de cada Sujeto.

EL FRAUDE A LA LEY

“El fraude pertenece a la familia numerosa de naciones cuya realidad e Importancia son conocidas por todos, pero cuyo significado y alcance permanece en la penumbra”.

Josserand.

1.8 CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY:

Según la Enciclopedia Jurídica Española, Fraude supone “toda acción que revela en su autor la voluntad de perjudicar a otro (pariente, copariente, litigante) o de violar ciertas prescripciones legales”.

Ley es una regla o norma dictada por una autoridad superior con el objetivo de que sea cumplida por todos, en la cual se determina un mandato o prohíbe una determinada acción en beneficio de la convivencia en sociedad.

Las normas se dividen en imperativas y facultativas, siendo las imperativas aquellas que ordenan de manera taxativa el cumplimiento o la prohibición de una acción o conducta, son de carácter obligatorio; y las facultativas aquellas que nacen de la voluntad de las partes, que son quienes les dan vida a estas normas.

El Fraude a la Ley es el remedio que tiene como objetivo velar por el cumplimiento de las normas imperativas, evitando que estas se conviertan por las personas en facultativas, las normas imperativas han sido creadas para mantener el orden y respeto en una sociedad, y su incumplimiento conlleva a una sanción, el fraude a la ley puede darse tanto en el Derecho Público como en el Privado.

Ulpiano, según su opinión recogida en el Digesto de Justiniano manifiesta que: “Se hace fraude a la ley cuando se hace aquello que la ley no quiso que se hiciera pero que no lo prohibió”. Es decir, en el fraude a la ley no hay ilicitud en la conducta observada,

pero de la orientación de la ley se desprende que se elude, su imperatividad. (Arellano, n.d.)

El Fraude a la Ley es aquella acción que tiende al cambio de un factor de conexión consiguiendo ampararse en un ordenamiento jurídico diferente al que le correspondía en virtud de que este cambio le brindará mayores beneficios que el anterior.

El concepto de esta institución nació en Francia por la sentencia dictada en el año 1878 por la Corte de Casación relativa al famoso caso conocido como BEAUFFREMONT.

Se trataba de un príncipe francés Bauffremont, quien contrajo matrimonio con una mujer de origen belga, gracias a la institución del matrimonio adquiere la nacionalidad francesa, después de unos años de su matrimonio, se separaron sin poderse divorciar pues en ese entonces la ley francesa prohibía el divorcio, pero la separación permitía que uno de los cónyuges pueda establecer su domicilio en otro lugar distinto a la de su esposo; por esta situación la mujer traslada su domicilio al antiguo Ducado de Alemania, adquiriendo la nacionalidad también de este lugar. Una ley de este Ducado consideraba divorciados a las personas que se encuentren en separación de cuerpos, de esta manera ella llega a divorciarse de su anterior pareja, y contrae un nuevo matrimonio con otra persona.

La Corte de Casación, rechazó por completo los argumentos en los que la cónyuge se regía, manifestando que la mujer adquirió una nueva nacionalidad, no con el simple animus, sino que tenía un fin oculto, que era evadir la prohibición de la ley francesa que no le permitía desintegrar su matrimonio, y al adquirir la nacionalidad del Ducado de Alemania regirse a su legislación, y volver a contraer matrimonio con otra persona, de esta manera defrauda a su ley principal, la llamada a regir.

El Fraude a la Ley entonces supone acogerse a una disposición pensada por el legislador con finalidad distinta a que quiere darle el defraudador para lograr su propósito, que es imposible por impedirlo la ley normalmente aplicable a esa relación jurídica. El defraudador busca, frente a esta ley que le impide la realización de sus intenciones, acogerse a otra norma, norma de cobertura, en la que arropar su conducta. (Salas, 2015)

Pero no todo cambio de ley significa Fraude, sino solo aquel que se actuó con dolo es decir con engaño, fraude, actuando de manera maliciosa, completamente de forma voluntaria, para poder aprovecharse de la situación y adquirir beneficios que la ley llamada a regir, es decir la que fue evadida, no le hubiera dado.

Su objetivo es la alteración del resultado, que es totalmente opuesto al que se hubiera adquirido si no se modificaba el punto de conexión, lo interesante de esta figura es que la persona llega a cambiar el punto de conexión por caminos que son completamente lícitos, para poder engañar y conseguir un resultado ilícito

Los motivos que le han llevado a una persona a defraudar la ley son varios, son circunstancias que hacen que el individuo se beneficie de diferentes ordenamientos, pero de igual forma poder establecer que una situación ha sido objeto de un Fraude produce un gran problema que nos lleva a analizar, desde los hechos, los motivos y las consecuencias, ya que por ejemplo un simple cambio de domicilio o de nacionalidad es algo común en nuestros días, y no siempre constituye un fraude, resultando ser más dificultoso deducir la intención del individuo que el simple cambio de ordenamiento.

Para evidenciar la existencia del fraude no solo debe concurrir el cambio del punto de conexión ni el ánimo de engañar, sino también el llamado por algunos autores como el elemento factico, que es esa intención de hacer valer el resultado ante las autoridades, ya sea del Estado que se trató de evadir o la del que se benefició.

1.8.1 EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO ROMANO

Como antecedente histórico la Biblia en su primer Libro Génesis, sostiene que desde que el hombre ha pisado la tierra, empezó a violar las normas que le fueron impuestas por su creador, claro que desde el punto de vista del Cristianismo, pero podemos decir que desde los inicios de la tierra el hombre siempre ha encontrado la forma de engañar o evadir las reglas que fueron creadas para la convivencia en sociedad. (Manzano Cortez, Carlos; Ramos Reyes & Juan, 2005)

Recordemos la tesis de Maquiavelo en su libro "El Príncipe", manifestaba que, "el hombre es malo por naturaleza", este pensamiento surgió respecto a las diferentes formas en la que una persona llegaba a obtener poder; ya sea manipulando, engañando, o consiguiendo todos los medios que sean necesarios para lograr con sus objetivos, pero otros autores sostienen lo contrario por naturaleza no se nace malo, sino que el hombre lucha por supervivencia, pues dentro de una sociedad lo único que le importa es sobrevivir y para ello es egoísta al pensar solo en sus intereses.

En el año 527 a. C. existían los grandes jurisconsultos romanos quienes crearon varias instituciones que siguen existiendo en la actualidad, el Derecho Romano es considerado como una fuente esencial en el Derecho Latino, de aquí se dio el origen de varias instituciones que siguen hoy en día, como por ejemplo el Derecho Civil, que es inspirado por este Derecho antiguo, pues hasta el momento el Derecho Civil responde a la influencia de los romanos, en instituciones como los derechos patrimoniales, las obligaciones, entre otras.

Un claro ejemplo de estas instituciones que han sido influenciadas por el Derecho Romano, es el Fraude a la Ley, como hemos visto el fraude a existido desde hace varios años, incluso antes de la época romana, pero fue en esta época en donde se registra como un antecedente judicial.

Hablamos de la época de Justiniano entre los años 527 y aproximadamente a fines de los años 565 a. c., fue el creador del CORPUS IURUS CIVILIS, aquel conjunto de cuerpos legales, que no era más que una recopilación de leyes que venían existiendo desde hace varios años atrás.

En el año 528 es decir al siguiente año de su ascenso al trono, promulgo la primera constitución que hablaba sobre el Corpus Iuris o el Cuerpo del Derecho Civil, la llamaba "Haec Quae Necessario", promulgada el 13 de febrero, ordenando la compilación a este cuerpo legal del IUS y de las LEGES.

De esta manera intentó unificar los escritos de los antiguos jurisconsultos, y las Leges que comprendían la totalidad de las disposiciones que tenían carácter legislativo. (Bustillo, n.d.)

El objetivo de Justiniano era obtener una obra completa que responda a todas las necesidades y los problemas que existían en aquella época, llegando a publicar la obra en el año 533 mediante la constitución Tanta, bajo el nombre de DIGESTO, en griego se la conoce como Pandectas, que significa "contener todo".

Para realizar todo este trabajo los jurisconsultos de esa época analizaron un aproximado de dos mil libros los cuales se redujeron a cincuenta libros, y cada libro dividido en títulos. (Bernal, 1995)

El primer caso que se conoce como Fraude a la ley, en realidad no sucedió en la época de Justiniano fue hace varios años atrás, sino que gracias a la compilación que hizo Justiniano con el llamado Digesto que incluyo entre varias de estas recopilaciones a la IURA, de esta manera se pudo saber que ya existían en el pasado casos reconocidos como fraude.

Héctor Cámara menciona que el primer caso reconocido como Fraude a la Ley, data del año 367 A.C., tratando de burlar a la llamada Lex Licinia Sextia, estas leyes fueron creadas para establecer un límite en la tasa de interés de los préstamos y una restricción a la propiedad privada.

Lo llamaban como "agri et pecoris" que significaban las leyes sobre los campos y el ganado, se ordenaba que nadie podía poseer más de quinientos iugeri del agro público, es decir limitaban y garantizaban la posesión de las tierras públicas conquistados por el ejército a menos de 500 yugadas es decir a un 1.25 km² por persona.

Un ciudadano para evadir esta ley, emancipo a uno de sus hijos, para que de esta manera él también pueda poseer 500 iugeri, por este acto contrario a la ley fue condenado a pagar una multa y a que su hijo conviviese de nuevo con él, es decir no sea emancipado. (Cámara, 1944)

Como vemos este es quizá el origen del Fraude a la ley, lo que intento hacer el ciudadano romano es la emancipación, que es una manera de que un menor de edad sea legalmente adulto antes de cumplir la mayoría de edad, una vez emancipado sus padres ya no tendrán la custodia sobre el hijo.

Esto era un acto completamente normal ante la ley romana, lo que le sirvió como un puente para llegar a cumplir con su objetivo, de evadir la ley y tener como resultado

más de 500 iuguris, una mayor porción de tierras de lo que le correspondería, y la sanción para aquellos actos era en ese entonces la nulidad, declarada por los jueces.

Gracias a la recopilación que hizo en el Digesto se pudo evidenciar casos que ocasionaron un fraude a la ley, así lo manifestaba como “Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit”; que tiene como significado “obra en fraude a la ley aquel que, respetando las palabras o literalidad del texto, elude o burla”, sin embargo, su sentido, entendiéndose que el fraude da lugar cuando viola indirectamente la norma, es decir, utiliza literalmente las palabras, pero no el sentido de la norma.

Hugo Ortiz Pilares, profesor de la Universidad de Alicante, en su publicación sobre el Fraude a la Ley en la Tradición Romanista cita a AZON DE RAMENGHIS jurisconsulto del siglo XII escribió un importante trabajo sobre el Código de Justiniano, quien nos da a conocer una calificación sobre la glosa del FRAUS LEGIS, quien clasifico el Fraude en: (Ortiz Pilares, 2009)

1. Fraude de re a rem. - Se presenta cuando se lleva a cabo un negocio en el que se cambia dolosamente una cosa por otra; como, por ejemplo: En aquella época se prohibió prestar dinero a los hijos, entonces los padres les daban un bien ya sea inmueble o mueble para que estos puedan vender y así poder conseguir dinero.
2. Fraude de persona ad personam. – Cuando se realiza un negocio utilizando una persona por otra; por ejemplo: Estaba prohibido en la época romana hacer donaciones del marido a su mujer, entonces este donaba a otra persona el bien para que a su vez la otra persona haga otra donación para su mujer.
3. Fraude de uno contractu ad alium contractum.- Realizar un contrato simulado, bajo la forma de otro contrato al que las partes quisieron verdaderamente celebrar. Siguiendo el mismo ejemplo del anterior en el que el marido no puede donar a su mujer entonces simula un contrato de venta.

Todas estas clasificaciones son formas en que los romanos empezaron a defraudar la ley, por eso sostenemos que el Fraude ha existido desde siempre pues en la actualidad

estas mismas formas se siguen utilizando para engañar la normativa, con actos que parecen lícitos, pero traen consigo resultados prohibidos por la ley.

1.8.2 EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Doctrinariamente el fraude a la ley es conocido como *fraudem legis*, fraude a la loi, fraude a ella legge, *Gesetzsrundgebung*, *wetsontduiking*, entre otros.

En la esfera del Derecho Internacional Privado el Fraude a la Ley es aquel "remedio necesario para respetar el carácter imperativo de la ley, y su debida sanción en aquellos casos en que cesa de ser aplicable a una relación de Derecho, debido a que los interesados se han colocado, fraudulentamente bajo el imperio de una nueva ley. (J. Niboyet, n.d.)

Varios autores han tratado de dar un concepto a lo que llamamos como Fraude a la ley, entre ellos como hemos visto el concepto de Niboyet, pero uno de los más acertados y que explica de cierta forma en su totalidad lo que se entiende por esta figura citaremos lo que al respecto dice Hernán Coello García.

" El problema del fraude a la ley nos sitúa frente a una posibilidad artificiosa, creada por una persona que ha conseguido o pretende conseguir, el sometimiento a una ley que no es la normalmente competente, para resolver una cuestión del Derecho Internacional Privado en que se halla incurso; sometimiento que le permitirá invocar las ventajas de esa ley a la que normalmente no podía acogerse y a cuya competencia se ha sujetado en forma artificiosa y fraudulenta"(Coello García, 1993)

Al analizar este concepto vemos varios elementos que componen al concepto del Fraude a la ley, que nos servirá para analizar si una situación de derecho se trata de un fraude o no y lo analizaremos con el siguiente ejemplo:

María de 17 años es ecuatoriana de padres australianos, se encuentra en estado de gestación, ella desea abortar, pero en el país donde vive que es el Ecuador, el aborto

es ilegal, e incluso es punible con una pena privativa de la libertad, pero como María tiene doble nacionalidad gracias a sus progenitores, viaja a Australia y se practica un aborto en ese país, pues en Australia es completamente legal.

Al analizar este ejemplo podemos describir al Fraude de manera más clara, en principio, si recurrimos a la ley australiana, en el año 2008 se aprobó la ley a favor del aborto voluntario hasta las 24 semanas de gestación; María como estaba actuando conforme a la ley, se podría pensar que el acto que ella está realizando es completamente legal, pues se ha amparado a una ley que al momento se encuentra en vigencia.

El conflicto lo encontramos al momento en el que se acaba de producir un resultado completamente contrario a la ley ecuatoriana, pues en el Art 149, segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal establece que: "La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años". (Asamblea Nacional, 2014)

En la legislación ecuatoriana el aborto es considerado como una conducta atípica, antijurídica y punible, es decir contiene las mismas características para que una acción sea considerada como un delito.

Generalmente todo fraude supone un acto intencional, que desconoce un derecho, una ley o norma. En el ámbito del Derecho Internacional el objetivo del fraude a la ley es evitar la aplicación de la norma que le otorga mayores ventajas y sirve como un remedio para sancionar y aplicar la ley que se trató de evadir.

Al fraude a la ley se lo ha relacionado con otras figuras, incluso la mayoría de países prefieren no establecer normas respecto a esto, pues es difícil distinguirla en algunos casos, instituciones como el Abuso del Derecho, Orden Público, y la Acción Pauliana, entre otras; pero podemos decir que para diferenciarla de las demás, debemos contemplar la serie de actos que dieron lugar al resultado final.

Hernán Coello establece que el fraude a ley trata de una situación artificiosa, en que se halla un individuo que se sustrae, voluntaria y fraudulentamente, a la competencia de su propia ley, para colocarse bajo la competencia de otra, extraña, que le otorga ciertas ventajas, que la suya no le puede conceder, cambiando para este resultado, el

elemento de conexión al que debía sujetarse el problema de derecho motivo de conflicto.(Coello García, 1993)

Si el problema es el cambio fraudulento de un punto de conexión, es preciso determinar claramente el concepto de los Factores de conexión.

Así pues, podemos concluir que el Fraude a la Ley, no es una figura especialmente del Derecho Internacional Privado, pero adquiere una gran importancia dentro de esta materia por el hecho de que se ha vuelto desde cierto punto, común, el poder evidenciar cada vez más las nuevas formas de engaño hacia las leyes por parte de los individuos, y por lo tanto se puede notar la importancia de crear leyes que contrarresten estas maniobras de evadir la normativa para conseguir resultados ilícitos, es decir contrarios a las leyes, mediante la ocupación de medios lícitos.

CAPITULO II

LOS FACTORES DE CONEXION Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL FRAUDE A LA LEY

INTRODUCCIÓN

El segundo capítulo se enfoca en tres puntos que son importantes, primero en los “Factores de Conexión, pues el Fraude a la Ley consiste en el cambio artificioso de los puntos de conexión, por eso su importancia dentro de este tema; en segundo lugar analizaremos la Doctrina y las características principales del Fraude, como todos los aspectos más relevantes para entender con mayor claridad esta institución; y como tercer punto se tratará a la Naturaleza Jurídica del Fraude como aquel remedio para prevenir engaños a la normativa.

2.1. FACTORES DE CONEXIÓN

Los factores de conexión también conocidos como elementos de conexión, conexiones, hechos de conexión, son aquellos que tienen como objetivo la vinculación de un problema de derecho con un derecho determinado, es decir conecta la situación conflictiva con la solución jurídica.

Como establece Santos Belandro para encontrar una solución en los conflictos internacionales, fiel a las enseñanzas de su creador -Federico Carlos de Savigny- siempre habrá que buscar el lugar donde se “asienta” la relación privada internacional y aplicarle el Derecho de ese lugar. Para ir hacia ese Derecho sustantivo estatal, la regla de conflicto se vale de un elemento que se llama punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. (Santos Belandro, 2012)

Estos puntos de conexión son: La nacionalidad, domicilio, lugar donde se encuentran las cosas, el lugar de la celebración de los actos, el lugar en donde se encuentran ubicados los bienes, en donde se ha cometido la infracción, la residencia, el principio de la autonomía de la voluntad, entre otros.

Los elementos de conexión se pueden dividir varias clasificaciones:

- **Facticos y jurídicos**

Los puntos de contacto factico como su nombre lo dice son aquellos que están basados a los hechos o limitados a ellos, son de fácil comprensión como el lugar de situación de un bien inmueble, el lugar en donde se cometió el delito, el lugar de la demanda, etc.

Los puntos de conexión jurídicos, a diferencia de los de contacto factico estos necesariamente deben ser interpretados. Cuando existe un conflicto privado entre sujetos de dos o más ordenamientos jurídicos se genera un inconveniente, el saber cuál de estos ordenamientos es al que le corresponde regular la situación y a qué tribunales, situación jurídica esta, que será determinada por los mismos actores jurisdiccionales en el marco de su competencia y encontrando la debida fundamentación jurídica-normativa para dar asidero a su posición.

Los factores de conexión, generan conflicto a la hora de determinar la aplicación de uno u otro ordenamiento jurídico, pues a simple vista la aplicación de dos o más ordenamientos son completamente potenciales, es decir que se podría aplicar cualquiera de aquellos, pero solo un ordenamiento es completamente valido y por lo tanto el que debe ser aplicado; por lo tanto los Jueces tienen un papel muy importante que consiste en, interpretar en cada caso en concreto, el verdadero sentido de la norma, para poder encontrar la ley a la cual debe someterse el individuo que se encuentra involucrado en la situación de derecho.

Estos puntos jurídicos son los que generan mayores inconvenientes pues cada ordenamiento tiene diferente interpretación de la norma en conflicto, y buscar una que sea uniforme es decir que el punto de conexión sea igual o similar en la mayor cantidad

de ordenamientos jurídicos es de gran dificultad, estos factores jurídicos son: La nacionalidad, el domicilio, la residencia, etc.

- En relación al carácter mutable

Puntos de conexión inmutables: Como el lugar de celebración de un acto o el lugar de situación de un bien mueble.

Puntos de conexión mutables: Como la nacionalidad, el domicilio.

- Puntos de conexión subjetivos u objetivos

Puntos de conexión subjetivos: Se refieren a los sujetos de la relación como la nacionalidad o la residencia habitual.

Puntos de conexión objetivos: Se refieren a las circunstancias de la relación, independientemente de los sujetos, como por ejemplo el lugar de la celebración de un acto.

-Puntos de conexión personales

Como su nombre lo dice conectan directamente con la persona, como la nacionalidad.

- Puntos de conexión territorial

Lo conectan directamente con el territorio de un determinado Estado, pueden ser:

Objetivas: Domicilio, la residencia habitual.

Jurídicas: el lugar de celebración de un acto o contrato.

- Puntos de conexión abiertos o cerrados

Conexiones abiertas, también llamadas como indeterminadas, son las que confieren a la norma cierta flexibilidad, como por ejemplo la autonomía de la voluntad.

Conexiones cerradas o determinadas, son completamente conexiones rígidas como la nacionalidad o el domicilio. (S.N, n.d.)

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL FRAUDE A LA LEY

Se comete un fraude a la ley cuando se manipula fraudulentamente el factor de conexión, y se rige a otro ordenamiento que le ofrece mayores beneficios que el anterior, entonces el fraude se considera como aquel remedio necesario para contrarrestar dicha manipulación e imponer una sanción.

Como toda figura jurídica hay varios autores que se preguntan sobre su existencia, si el Fraude a la ley posee autonomía propia o depende de otras instituciones, algunos creen firmemente en la existencia de la figura del Fraude a la ley, mientras otros lo rechazan.

Existen tres teorías al respecto:

- Aquellos que manifiestan que NO existe la noción de fraude a la ley:
- Los que manifiestan que se debe admitir, pero solo en algunas materias.
- Y aquellos que si aprueban la noción de fraude a la ley.

1. NEGACION DE LA EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Los que niegan la existencia del Fraude a la Ley, basan su teoría, en el hecho de que un individuo para someterse a otro ordenamiento jurídico, tuvo que haber realizado una serie de actos, los cuales son completamente lícitos, por dicha razón no se ha defraudado a la ley, además de lo difícil que es poder determinar, la intención que tuvo

una persona al momento de realizar una acción, y si este fuera el caso para estos autores, basta simplemente con aplicar la figura del Orden Público Internacional, pues de esta manera se estaría protegiendo al ordenamiento jurídico y evitando los casos fraudulentos.

La razón es porque el Orden Publico tiene gran influencia en la figura del Fraude a la Ley, incluso algunos autores como Julio Gonzáles y José Carlos Fernández, quienes realizaron un artículo titulado el Orden Publico como Correctivo, sostienen que el Orden Público ha devorado a la figura del Fraude, hasta se lo puede considerar simplemente como un supuesto del Orden Público, y la razón es porque existe una delgada línea entre estas dos figuras, ya que ambas son consideradas como remedios que evitan la aplicación de la norma extranjera, pese a esta similitud se las puede diferenciar.

El Orden Público es una limitación a la aplicación de la ley extranjera por el hecho de que es considerado como un remedio para proteger a la norma interna de un ordenamiento jurídico, por lo tanto, se niega la aplicación a la ley extranjera porque es contraria a la ley territorial, razón suficiente para que no sea aplicada.

No existe una lista taxativa de circunstancias contrarias al Orden Público, porque es una figura variable según los tiempos y depende mucho de cada país, como, por ejemplo, en el Ecuador existe el matrimonio monógamo, y en Marruecos el polígamo, por lo tanto, un ciudadano de Marruecos no puede inscribir en el Ecuador más que un solo matrimonio.

Mientras que el Fraude a la Ley, también se considera como un remedio, para evitar que una ley extranjera sea aplicada, pero en casos en los que un individuo pretenda eludir una norma interna y se sustraiga voluntariamente frente a otra, con la cual logra conseguir mayores beneficios, dando como resultado un acto antijurídico al ordenamiento que debía haberse acogido.

Sostienen que hay varias figuras que protegen al ordenamiento como es el caso de la nulidad, de los actos en contra de la ley, la simulación, entre otras.

Esta teoría es absolutista rechaza completamente la existencia del Fraude a la ley como como una figura autónoma.

2. EXISTENCIA PARCIAL DEL FRAUDE A LA LEY

Los autores que sostienen esta teoría establecen que el Fraude a la ley solo debe admitirse limitadamente a la forma de los actos y los contratos, opera esta figura solo cuando no sea posible la aplicación de otra figura como los es el Orden Público, hablan del Fraude a la Ley como un remedio "in extremis".

Admiten la existencia de esta figura, pero solo de carácter subsidiario.

Con respecto a estas dos teorías el autor francés Travers sostiene su fundamento y establece que "algunas de las posturas que nos conduce a negar la existencia del Fraude a la ley o de quitarle el mérito, es que se trata: (Travers, 1930)

- En primer lugar, de una figura que carece de base legal.
- En segundo lugar, el Fraude llevaría a una inseguridad en las relaciones jurídicas, pues al momento en que se investiga el ánimo que tuvo el individuo de engañar a la ley, el juzgador podría cometer arbitrariedades.
- El solo hecho de que una persona emplee leyes de una forma que le beneficie más en sus disposiciones, precisamente no se consideraría un Fraude a la Ley.

Al respecto de este fundamento, "el Fraude a la Ley carece de base legal", incluso ha llegado a sostenerse que se trata de una figura innominada, es decir pueda que exista pero no se la reconoce y no se le atribuye un nombre por el hecho de que hablar de fraude incluye varias situaciones jurídicas que no se pueden implementar a la normativa, pero no es algo determinante para que se niegue la existencia del mismo, hay varias legislaciones que no contemplan esta figura en su ordenamiento interno, pero no es que la desconocen, y otras instituciones que han regulado de manera específica como es el caso de España.

El fraude llevaría a una inseguridad en las relaciones jurídicas, tampoco es cierto, porque el juzgador no solo analizara el ánimo del individuo, sino que deberá ir más allá.

Finalmente, el Fraude está conformado por una serie de actos que son lícitos para obtener un beneficio que es contrario al ordenamiento, si se considera un fraude cuando se ha mirado solo el interés individual no el particular.

Estas teorías no nos parecen convincentes ni acertadas para dejar de considerar al fraude como una figura jurídica.

3. LA EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Niboyet al respecto establece que esta figura es tan útil como la presencia de un agente de policía para evitar que se produzcan accidentes, pues se trata de un medio preventivo para evitar, en lo posible que se susciten transgresiones a la ley, pues la escasez de accidentes de tránsito no nos puede permitir deducir que es innecesario que exista la policía que controla el tránsito. (Coello García,1993)

Es necesaria el reconocimiento de esta institución porque el Fraude a la Ley constituye un remedio necesario para que la ley pueda conservar su carácter de norma imperativa, de igual forma constituye una sanción en contra del individuo que ha realizado actos en Fraude a la Ley, si esta figura no existiera como se llegaría a sancionar casos de cambios de puntos de conexión para someterse bajo el imperio de otra ley que le brinda beneficios.

Como dice el Dr. Hernán Coello, este procedimiento del cambio del factor de conexión es una burla a la ley competente, y merece su sanción, si no se llegara a reconocer como vamos a contrarrestar y sancionar aquellas acciones en las que se ven implicadas los cambios de nacionalidad para conseguir situaciones jurídicas que con la nacionalidad de origen no hubiéramos conseguido, o de igual forma se cambie el domicilio, la religión, en casos en los que los estatutos personales dependan de estos factores.

2.3 DOCTRINAS RESPECTO AL FRAUDE A LA LEY

Carlos Manzano Cortes y otros, establecen que existen tres Doctrinas respecto a la figura del Fraude a la ley. (Manzno Cortez, Carlos; Ramos Reyes and Juan,2005)

2.3.1 DOCTRINA SOBRE LA INTERPRETACION DE LA LEY

Según esta doctrina establece que no es necesario analizar al fraude en relación a los textos legales, sino simplemente estudiar la interpretación de la norma defraudada y de la norma de cobertura que se ha utilizado para burlar la ley.

Los autores Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart establecen al respecto que según un sector importante de la doctrina no es necesario una regulación que sea específica sobre el Fraude a la Ley, pues los casos en los que este se presenta se pueden resolver correctamente a través de la interpretación, o de la aplicación analógica de la norma defraudada.(Albaladejo, Manuel y Díaz Albart,1985)

2.3.2 DOCTRINA DE LA CAUSA ILÍCITA

Esta doctrina al respecto manifiesta que de igual forma no es necesario darle una noción a la figura del Fraude a la Ley, basta con poder comprender cuál fue la causa que dio origen a la vulneración de la ley.

El objetivo de un individuo es el que le lleva a celebrar actos, o contratos, y en este caso es la causa que le lleva a dicho individuo a celebrar actos en contra de la ley.

Jessserand al respecto sostiene que el estudio del Fraude a la Ley, no debería representar sino un capítulo del de la causa, entendiéndola en el concepto de que la

causa en sentido lato comprensiva de los móviles decisivos exteriores del acto y los móviles individuales. (Josserand,1946)

2.3.3 DOCTRINA DE LA AUTONOMIA

A la figura del Fraude a la Ley la confunden con otras instituciones que tienen similitudes, pero el simple hecho de que esta figura se parezca a otras no quiere decir que deba dejar de existir porque no implica que tenga su propia autonomía.

Aunque hay autores que se manifiestan y creen que esta figura no debe tener un carácter propio, como Laneri que opina que la figura del Fraude a la Ley, no necesita ser incluida como una institución jurídica autónoma del Derecho, pues existen otras figuras que pueden dar solución a las situaciones que se crean por dicha figura, como es el caso del Fraude a la Ley, de los Derechos Adquiridos, entre otras que son instituciones similares al Fraude.(Fueyo Laneri,1990)

Al respecto de esta figura creería que no tiene sentido alguno, pues el Fraude a la Ley, hoy en día es una figura que existe, que tiene características que le son propias, al igual que posee sanciones cuando se viole la ley, y por lo tanto se trata de una figura completamente autónoma.

2.4 CLASES DE FRAUDE A LA LEY

Existen tres clases de Fraude a la ley: (Gobetti,2018)

- Fraude Simultáneo

Este fraude como su nombre lo dice se hace de manera simultánea es decir que ocurre en el mismo momento, pues al realizar un acto se aplica la ley y en ese preciso momento se la defrauda, cayendo de manera inmediata en el uso de una ley que le beneficia. Un ejemplo de un fraude simultaneo seria, cuando dos personas constituyen una sociedad en el extranjero, dándose los indicios del fraude, porque sustituyen los hechos sinceros por los fraudulentos en el mismo momento en que quieren realizarlos.

- Fraude Retrospectivo

Esta clase de fraude hace referencia a un tiempo pasado, es decir sucede cuando el acto se realizó en el pasado, pero no con intención maliciosa ni fraudulenta, sino se hizo con sinceridad, pero en el presente las personas se colocan bajo una nueva ley que le dará mejores resultados, evadiendo la anterior para no recibir las sanciones que les correspondían por actuar en contra de la ley.

Ejemplo: Mauricio y Estefanía se casan en su país natal pero después de 5 años de matrimonio deciden divorciarse, pero en este país el divorcio no está permitido, porque se considera un acto contrario a sus costumbres, entonces ellos deciden ir a otro país en el que puedan divorciarse libremente sin recibir ninguna sanción.

- Fraude a la Expectativa

En este tipo de fraude nos encontramos con dos actos, el primero que empieza en el pasado se actúa conforme a la ley, y en el segundo que se comete un acto contrario a la ley realizándole con el objetivo de burlar el ordenamiento, pero el primer acto se realizó con prevención del futuro.

Un ejemplo claro de esta clase de fraude es por ejemplo que una pareja vive en un país muy conservador que no permite el divorcio, y se trasladan a otro, en este segundo país contraen matrimonio sabiendo que si desean divorciarse pueden hacerlo bajo la legislación del país que si permite el divorcio.

2.5 CARACTERISTICAS DEL FRAUDE A LA LEY

El Fraude a la ley es una figura que pertenece al Derecho Internacional, como hemos visto se la puede confundir con otras figuras, pero esta institución jurídica posee algunas características que la hacen ser completamente autónoma y nos permite diferenciarle del resto de instituciones.

Los Autores Carlos Manzano y otros establecen que el Fraude a la Ley posee las siguientes características. (Manzano Cortez, Carlos; Ramos Reyes & Juan, 2005)

1. Acto Jurídico

Un acto jurídico, constituye una acción que se lleva a cabo de manera consciente y de forma voluntaria, con el propósito de establecer vínculos jurídicos entre varias personas, para crear, modificar, o extinguir determinados derechos. (Pérez Porto, Julián y Gardey)

El fraude a la ley es la utilización de uno o más actos jurídicos lícitos que conducen a una finalidad ilícita.

Los actos jurídicos no se les considera como fraudulentos por regla general, pero dentro de la esfera del Fraude a la ley se los debe considerar porque todo el conjunto de actos que realizó una persona lo encaminaron a conseguir un objetivo fraudulento que burló la ley.

Por eso como primera característica podemos decir que el Fraude a la Ley se trata de la utilización de uno o más actos jurídicos.

2. Encuentra sustento en una norma

Al Fraude a la Ley no le encontramos en una norma jurídica como concepto, menos aún se establece la sanción; pero el acto cometido como Fraude lo diferencia de otras instituciones, pues encuentra fundamento o se apoya bajo el imperio de una norma, simulando que se está actuando a favor de ella, de no ser así estaríamos frente a otra figura conocida como "Actos en contra de la ley", existiendo entonces un cumplimiento formal de la ley.

El acto realizado por un individuo que va en contra de la ley, encuentra su sustento en una norma la llamamos norma de cobertura que es la norma material extranjera con la cual el sujeto ha intentado beneficiarse de ella, esta norma la analizaremos más adelante.

El fraude solo existirá si la protección prestada por la norma de cobertura a los actos realizados no es real, pues de ser una protección cierta y efectiva no estaremos ante un Fraude a la Ley, sino ante un conflicto de normas que habrá de solucionarse aplicando los criterios que rigen para esta materia. Implica la necesidad de llevar a cabo una adecuada interpretación de la norma o de las normas en juego para ver si estas tienen como finalidad, la protección del mismo.

3. La utilización de un medio lícito y real

Todo acto que se realiza al amparo de la ley se lo denomina como lícito, por ejemplo: Contraer matrimonio entre parejas de diferente sexo, celebrar un contrato, hacer un testamento, etc.

Se lo entiende como lícito siempre y cuando no se oponga a la norma ni perjudique las costumbres, la moral a terceros, ni mucho menos sea contrario al orden público.

Un medio real, es decir aquello que pertenece al plano de la realidad, que sea un acontecimiento que tenga existencia y no sea una simulación o imaginación.

Hablamos de una característica importante del Fraude a la Ley, pues utiliza métodos lícitos y reales que, amparándose en una norma de cobertura, llega a consumir un objetivo que es contrario a la ley defraudada, la cual ha sido evadida para conseguir mayores ventajas.

Al fraude se lo conoce como ese medio que es lícito para defraudar la norma.

4. Se trata de una violación indirecta de la norma.

Característica que se desprende de la anterior, y que de igual forma es importante para diferenciarla de otras instituciones, el Fraude trata de la violación de una norma, pero no lo hace de forma directa si fuera así, estaríamos frente a otra figura como es la de "actos en contra de la ley", porque en esta figura se incumple totalmente la norma, en cambio en el Fraude se utiliza una norma simulando que se está acatando a ella, pero su intención es engañosa y produce un resultado contrario, pero no a la norma que se acogió sino más bien contrario a la norma que eludió.

5. Medio Subsidiario de Invalidación

Hasta la actualidad la mayoría de legislaciones carecen de normativa legal que trate específicamente sobre el tema del Fraude a la Ley, a excepción de algunos ordenamientos como el español.

Pero esta característica no trata al respecto de esta falta de norma, sino de su utilización; la figura del Fraude a la ley, no funcionara de manera directa para sancionar los actos contrarios a la ley, sino solo en aquellos casos en que dicha violación no contenga una sanción específica.

2. 6 NORMA DE COBERTURA Y NORMA DEFRAUDADA

Desde los tiempos primitivos el hombre ha empezado a vivir en comunidad, que es ese conjunto de individuos que forman parte de un pueblo de una región o nación, por el simple hecho que les unía sus mismos intereses y necesidades, pero vivir en sociedad implica más que eso, más que compartir un espacio o una característica, ya que siempre nos encontramos en transformación y desarrollo.

El hecho de que una persona viva en comunidad hizo que se vea la necesidad de crear normas de convivencia, pues de esta manera aseguramos nuestros derechos y obligaciones que tenemos que cumplir con los demás.

La ley tiene poder jurídico que es conferido por las autoridades a los cuales nosotros les hemos dado ese poder a través del voto.

Están creadas para ser respetadas por todos los ciudadanos, y de no ser así imponen una sanción por la falta de su cumplimiento.

En el caso de nuestro país desde el momento en que una norma se encuentra publicada en el Registro Oficial, es obligatoria para todos los ciudadanos, y no solo para ellos sino también para los extranjeros con sujeción a normas internacionales, desde el instante en que se publicó surge una presunción de conocimiento por todos, y su ignorancia no será excusa alguna, así los establece el Código Civil.

Como lo establecimos en el capítulo anterior existen dos clases de normas las imperativas y facultativas, estas últimas que dependen la voluntad de las partes y las primeras que son de carácter obligatorio, es preciso establecer esta distinción porque cuando hablamos del Fraude a la ley sabemos que se trata de la evasión de una norma imperativa.

Un hecho se realiza en fraude de ley cuando se produce un resultado contrario a la ley, pero amparado por otra disposición de finalidad diferente. De este modo, se requiere el concurso de dos normas: la norma defraudada, que es la destinada a regular el

supuesto, y la norma de cobertura, en la que se pretende apoyar el acto. (Bajo Fernandez, 1978)

La llamada norma de cobertura es la norma con la cual el individuo a tratado de beneficiarse, es la ley material extranjera, y la ley defraudada es la norma que se eludió, la ley material a la que debía regirse es decir su ley nacional.

Como por ejemplo un ecuatoriano contrae matrimonio luego de diez años de relación abandona a su esposa y se nacionaliza en Argelia, en donde vuelve a contraer matrimonio sin antes divorciarse en el Ecuador, pues en dicho estado la poligamia está reconocida en su cuerpo normativo.

La ley defraudada seria la ecuatoriana, y la sanción seria la nulidad del matrimonio celebrado en Argelia, mientras que la norma de cobertura es la de Argelia que le permitió beneficiarse de su ordenamiento y contraer matrimonio con otra mujer.

Concluyendo este capítulo, notamos la importancia que tiene el Fraude dentro de la Institución del Derecho Internacional, porque aunque a lo largo de la historia han existido teorías que rechazan al Fraude o solo sostienen una existencia parcial siempre que no exista otra figura, claramente podemos observar que el Fraude es una figura tan importante que nos permite evitar que la norma tenga transgresiones, que se pueda respetar su carácter de norma imperativa y por lo tanto que no se pueda evadir por una acción voluntaria de un individuo que pretende el beneficio común.

CAPITULO III

“ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL FRAUDE A LA LEY”

INTRODUCCIÓN

En este tercer capítulo denominado como “ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL FRAUDE A LA LEY”, se enfoca nuestra investigación en el Fraude, pues aquí se trata de entender los elementos que son más relevantes para poder diferenciar cuando una situación jurídica se encuentra frente a un Fraude a la normativa, y para poder llegar a la clasificación de los elementos debemos analizar cada uno de ellos, además de analizar profundamente la Ley defraudada y su sanción; se tratara también a las figuras que se las considera como similares y en las cuales existe confusión al respecto.

3.1 ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL FRAUDE A LA LEY

En base a las definiciones y a la historia que hemos visto sobre el Fraude a la Ley en el Derecho Internacional, es necesario que, para tener una mejor noción de su significado, analicemos los elementos que conforman el Fraude a la ley, de esta manera llegaremos a formar un propio significado de lo que entendemos por esta figura, y evitar futuras confusiones con otras Instituciones del Derecho Internacional y de igual forma con instituciones del Derecho Interno.

Para establecer los elementos del Fraude a la Ley en el Derecho Internacional, citaremos a varios autores que construyeron la base para un mejor estudio de esta institución, pues sus opiniones han sido de gran ayuda y enriquecimiento para lo que hoy en día tratemos de profundizar de mejor manera el estudio del Fraude a la Ley,

puesto que existe una fórmula para descubrir cuando una persona está actuando en Fraude a la Ley, sino simplemente algunos criterios que lo configuran.

El Dr. Hernán Coello al respecto sostiene que la figura del Fraude a la Ley supone el reconocimiento de ciertos elementos que deben concurrir, (Coello García,1995)

1. LA INTENSIÓN DEL AGENTE

En primer lugar, interviene el elemento intencional, es un elemento subjetivo, que lo encontramos en el pensamiento del individuo, y llega a reconocerse solo cuando se materializa.

La jurisprudencia francesa y la doctrina establecen que la única forma en la que se puede probar es en base a los indicios objetivos, que en su conjunto llegan a probar la intencionalidad del agente.

2. ELEMENTO DE CONEXIÓN EXTRAÑO

De igual forma el Dr. Hernán Coello determina que es necesario que se recurra a un factor de conexión extraño al previsto por su ley personal, pues el cambio de un punto de conexión más la intención fraudulenta llegan a configurar esta figura.

3. SOMETIMIENTO A UNA LEY EXTRAÑA

Este elemento es la consecuencia de los dos anteriores, pues en primer lugar el agente tiene la intención de defraudar la ley, lo llega a materializar cambiando su factor de conexión y sometándose a una ley diferente a la que le correspondía, eludiendo su competencia, y beneficiándose de una nueva.

Adolfo Miaja de la Muela, sostenía que el Fraude es la realización de un acto ilícito (o más frecuentemente dos o más actos), dando como consecuencia un resultado antijurídico, es conocido como un medio para vulnerar las llamadas leyes imperativas.

Basta con retener la licitud de todos los elementos integrantes del acto o actos realizados y obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cuando menos en su espíritu, aunque no lo sea a la letra de ninguna de las disposiciones que lo integran. (Miaja de la Muela, 1985)

Por ejemplo, lo que ocurre con la nacionalidad, que es un factor de conexión de alta incidencia en casos de Fraude. Al momento que dos cónyuges se nacionalizan en otro país para obtener un divorcio, pues en su país de origen el divorcio no está permitido. De la definición del Dr. Miaja y con este ejemplo determinamos la existencia de dos elementos de un acto Fraudulento, los cuales son:

4. LICITUD DE UN ACTO

Hablamos de uno o varios actos que fueron conforme a la ley para obtener un resultado.

Antes que nada, debe definirse que es un acto; puesto que es una acción que se realiza por una persona, a diferencia de los hechos que de igual forma pueden ser realizados por una fuerza humana pero también como consecuencia de una acción natural, como el terremoto, la lluvia, sunami, etc.

Por lo tanto, el acto que realiza un individuo de la especie humana es lícito siempre y cuando no se oponga a la norma, no perjudique a terceros, no sea contrario a la costumbre ni a la moral.

El Fraude a la Ley, se puede cometer con la utilización de actos que por separados son lícitos pero que dan un resultado ilícito, contrario al ordenamiento jurídico.

Como es el caso de la nacionalidad, pues toda persona desde su nacimiento tiene derecho a adquirir una nacionalidad, sin importar las circunstancias legales en la que se la adquiere, es decir ya sea por una nacionalidad originaria (desde su nacimiento) o adquirida, pues en la mayoría de países como el caso del Ecuador, también se puede adquirir una doble nacionalidad.

Adquirir otra nacionalidad es un acto completamente lícito y así lo establece nuestra Constitución cuando establece en el **Artículo 6, último inciso ...** "La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización, y no se perderá por el

matrimonio o su disolución, **ni por la adquisición de otra nacionalidad**”...(Asamblea Constituyente, 2008)

Es decir que, si un ecuatoriano adquiere otra nacionalidad, no perderá la nacionalidad ecuatoriana.

Entonces en el caso de los cónyuges que adquieren otra nacionalidad, se presume que se encuentran cumpliendo con el ordenamiento jurídico.

5. RESULTADO CONTRARIO AL ORDENAMIENTO JURIDICO

Se menciona un resultado contrario al espíritu de una ley púes, aunque se utilizaron actos conforme a la norma, se obtuvo un resultado contrario. En este mismo caso de los cónyuges, se han sustraído a otra ley extranjera que no era la competente (aquella que admite el divorcio) y se sometieron a esta de forma voluntaria y fraudulenta porque les resultaba conveniente a sus intereses, dando como desenlace la evasión de la norma imperativa de su ordenamiento jurídico nacional

Otros autores al respecto determinan ciertos elementos como el Dr. Carlos Orellana que menciona la existencia de una norma conflictual que le da competencia a una norma extranjera, la colocación de la situación dentro de un cambio de un punto de conexión y la falta de sinceridad del interesado

A partir de estas perspectivas de los autores mencionados, unifican e identifican los requisitos que configuran la institución en estudio, pero el problema del Fraude va más allá de los elementos que estos autores tratan, pues solo concluyen en una sola idea en la que debe coexistir dos elementos: el subjetivo y el objetivo, no abarca todo lo que en si constituye la esencia de esta figura. Entonces a mi criterio deben concurrir los siguientes elementos:

1. La Intención fraudulenta.
2. El cambio de un factor de conexión.
3. La utilización de uno o más actos conforme a la ley.
4. Una ley defraudada.
5. Un resultado fraudulento.

- **INTENCIÓN FRAUDULENTA**

Llamado también elemento intencional, es uno de los elementos fundamentales para la existencia del fraude, pero de igual forma es el que más dificultades trae a la hora de analizar el Fraude, pues probar la mala fe en esta figura es muy difícil, puesto que hablamos de un elemento subjetivo, que solo se encuentra en el fuero interno de la persona.

Si no existe la intención dolosa no da lugar al Fraude a la ley, pero para que se llega a sancionar debe probarse la "relación de causalidad", entre la voluntad dolosa y el resultado final, que genera una responsabilidad al agente.

Debemos preguntarnos ¿Cómo se demuestra la intencionalidad?

La intención es encaminar la voluntad o el deseo de una persona para la realización de un propósito, ya sea bueno o malo, y ese deseo que tiene la persona, es la motivación que le mueve a realizar un resultado.

Se plantea un gran inconveniente a la hora de probar el elemento subjetivo en el Fraude a la Ley, incluso algunos filósofos como John Stuart Mill, utilitarista, manifiesta que no importa cuál fue la intención de la persona, ya sea buena o mala, lo que en realidad interesa son las consecuencias, que causó su actuación.

Con este pensamiento se dejaría de lado el elemento intencional, pero en la figura del Fraude no podemos desconocerlo, puesto que es un elemento indispensable para el surgimiento de la misma; como por el contrario, el Filósofo Kant, sostiene que lo que importa es la intención de una persona, aun así, el resultado se haya ejecutado o no.

Nos acogemos al pensamiento de Kant, pues es razonable que se tenga en consideración el elemento intencional, porque el Fraude es un remedio que evita que la ley sea defraudada, y nos cuestionamos como lo evita, pues la respuesta sería castigando la simple intención del agente; aunque sea difícil que se demuestre, como dijimos anteriormente, lo que se debe analizar es el nexo de causalidad, que involucra la causa que es la intención, el motivo, el propósito, con un efecto que sería el resultado.

Y ese resultado es un acto contrario a una norma imperativa, mediante el mecanismo de sustraerse a otra norma, aunque el elemento psicológico sea un obstáculo para esta figura, se puede evidenciar claramente cuando existen signos de una intención fraudulenta como la del agente que es su intención es beneficiarse de otra ley acogiéndose a otra distinta a la que le correspondía por ley someterse.

- **EL CAMBIO DE UN FACTOR DE CONEXIÓN**

Como vimos en el anterior capítulo los factores de conexión son aquellas circunstancias que vinculan un problema de derecho con un Derecho determinado, y entre los más importantes podemos citar, la nacionalidad, domicilio, residencia, lugar donde están ubicados los bienes, entre otros.

El problema del Fraude surge cuando el individuo de forma intencional cambia un factor de conexión por otro que le ofrece mayores ventajas, por ejemplo, en el caso de los conyugues que se llegan a divorciar en un estado diferente al que contrajeron matrimonio.

Cuando hablamos de la manipulación del factor de conexión, no nos referimos en si al acto de cambiar el factor de conexión, sino, a la de modificar las circunstancias sobre las cuales se basan ese factor de conexión que designa la ley aplicable.

Otro claro ejemplo seria, el de una mujer que se encuentra domiciliada en Paraguay, que viaja a su país de origen que es el Ecuador porque su madre está muy enferma, después de pasar dos meses en su país, se da cuenta que está en estado de gestación, su deseo es abortar pero las leyes ecuatorianas prohíben el aborto, y si lo hace de forma clandestina podría ser sancionada por ese delito; entonces averigua las leyes de su domicilio en Paraguay y descubre que el aborto se practica de manera legal; por lo tanto sin pensar en las consecuencias; realiza un viaje corto a su lugar de domicilio y se practica el aborto; para posterior a esto regresar a seguir cuidando a su madre en el Ecuador.

De este ejemplo se puede notar que la mujer maniobra con dos factores de conexión: La nacionalidad y el domicilio, se beneficia de uno para someterse a otra ley en la cual su acción no es considerada como delito.

- **LA UTILIZACIÓN DE UNO O MÁS ACTOS CONFORME A LA LEY**

Graciela Medina, caracteriza el Fraude a la Ley como el “negocio aparentemente lícito, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa”. (Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial de San Isidro, 1998)

Se trata de normas de cobertura, pues el ordenamiento jurídico otorga protección ya que son leyes conforme a este, pero la intencionalidad se puede probar por una serie de actos sucesivos, que, si se consideran por si solos, estos no dan lugar al fraude; pero en su conjunto forman parte de una red que da como resultado, la intención maliciosa de la gente.

El acto fraudulento encuentra apoyo en una norma jurídica pues de lo contrario estaríamos frente a otra figura, como actos en contra de la ley, o se podría tratar de un fraude en contra a la ley y el fraude no es en contra a la ley.

- **UNA LEY DEFRAUDADA**

Existe una ley que es la llamada a regir una situación, pero el agente trata de evadirla, y se somete a una norma de cobertura, porque le brinda mayores beneficios que su ley anterior no le consagraba, y de esta manera frustró la finalidad que la norma tenía, y la infringió, pero no de una forma abierta, sino indirectamente.

Este elemento es el que le diferencia al Fraude de otras figuras como el de “Actos Contrarios a la Ley”; ya que en esta figura se realizan actos que atacan de manera frontal la ley, es decir si una norma sostiene que un contrato de compraventa de un bien inmueble debe ser por escritura pública, y la persona lo hace mediante escritura privada, hace lo contrario a la norma; a diferencia del Fraude, que ataca a la norma

pero no de forma directa, sino indirectamente ya que no realiza una acción infringiendo textualmente lo que la ley establece, más bien la evade, para acogerse a una norma de cobertura, porque le favorece más que la anterior; a la postre llega a atacar la finalidad que tenía la norma, mas no la incumple.

- **UN RESULTADO FRAUDULENTO**

Se trata sobre actos que se realizaron bajo el amparo del texto de una norma, pero con el fin de perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo.

Se emplea este mecanismo para lograr un resultado que de otra manera no sería posible.

En el supuesto en el que se respeta la literalidad de una ley, todo pareciera lícito, pero se tergiversa de acuerdo con los intereses del individuo la finalidad de la ley, por consiguiente, el uso dado por la norma de cobertura es ilícito y por tanto también será su resultado, pues es más evidente.

Cuando estamos seguros de haber reunido todos los requisitos que sean necesarios para configurar el Fraude a la Ley, debemos recordar como característica principal, que el agente genera una situación la cual le es favorable a sus intereses y no actúa con una intención de causar un daño, pues no se la debe confundir con la figura del dolo.

3.2 EFECTOS QUE PRODUCE EL FRAUDE A LA LEY

¿Qué sucede cuando el Fraude llega a exteriorizarse?, lo más acertado es sancionar al individuo que evito la aplicación de la norma que le correspondida y de igual forma obligarle a someterse a la norma que por ley era la llamada a regir aquella circunstancia, pero sobre este tema existen diversas concepciones.

Hay cierto sector de la doctrina que se pronuncia a favor de su eficacia, salvo, que la propia ley establezca una sanción para un caso en concreto, para este sector, no cabe ni si quiera hablar de una prohibición tácita, ni que un hecho es contrario al orden público o a las costumbres. Para que exista una sanción a un acto realizado en Fraude a la ley este, debe ser contrario a una norma expresa, es decir debe encontrarse expresamente prohibido.

Otros autores sostienen que, para sancionar el Fraude, tal situación solo se debe a un tema de Interpretación del Derecho, donde será el Juez quien analizará el propósito que tuvo el sujeto para violar la ley, debido a los elementos que configuran o no el Fraude y consecuentemente se procederá a la sanción.

Para Ferrara, el remedio radica en una interpretación racional de la prohibición, recordando que la labor de los jueces no consiste en aplicar la letra de la ley, sino que su "contenido espiritual", negando eficacia a aquellos negocios que, si bien no prohibidos directamente, producen bajo otra forma los mismos resultados. (Ferrara, 1926)

Ligeropoulo, plantea que el rasgo específico del Fraude a la Ley es, en resumen, el de que la violación indirecta de la ley, sencillamente es lo mismo que la violación de la ley, en cuestiones de interpretación.(Ligeropoulo, 1930)

Algunos sostienen que el Fraude debe tener como sanción la nulidad del mismo pues se lo asimila con el acto contra legem, porque por ejemplo en el caso que se trate de un negocio su objeto sería ilícito, toda vez que se alcance un resultado que la ley quiso evitar.

Por otro lado, otros sectores de la doctrina establecen que es la misma naturaleza del Fraude a la Ley, la que nos brinda una respuesta al momento de establecer una sanción, pues siendo una violación indirecta de la ley, deberá ser sancionado en cada caso en concreto, de la misma manera como si fuera una violación directa correspondientemente. Así, por ejemplo, "los tribunales no declaran nula la naturalización extranjera obtenida para llegar a un divorcio prohibido en el país de origen de los cónyuges, sino que anulan simplemente el divorcio realizado ya que era lo único prohibido en ese país". (Alcalde Rodríguez, 2003)

Al momento en que el Fraude llega a perpetrarse el perjudicado no llega a ser un particular en sí, sino más bien una comunidad entera personificada por el Estado. Como lo establece el Dr. Alcalde Rodríguez profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, son el Orden Público y las buenas costumbres las que se encuentran en juego, y es en su defensa por lo cual se sanciona al Fraude.

Entonces la figura del Fraude llega a ser como un remedio para evitar la aplicación de otra ley, y así de igual forma lo establece Niboyet cuando dice que Fraude es un instrumento necesario para que la ley conserve ese carácter necesario de norma imperativa y su sanción en los casos en los que deja de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente, a una nueva ley. (J. P. Niboyet, 1969)

La sanción del Fraude no es la nulidad, sino que queda sometido a la sanción de la norma que se trató de eludir, así como si el Fraude nunca hubiera existido.

El Dr. Hernán Coello, sostenía que el Fraude nos sitúa de acuerdo con la circunstancias que se puede dar en la vida real a los siguientes supuestos: (Hernan Coello García, 1995)

1. Si llega consumarse, deberemos reconocer que la ley competente ha sido violada y desconocida;
2. Con respecto al país cuya ley ha sido defraudada, por carecer de competencia para intervenir en las decisiones de un tercer Estado, lo único que corresponde es desconocer los supuestos derechos adquiridos, cuando se los quiera hacer valer en el país cuya legislación ha sido defraudada.
3. El país en el que se pretende el Fraude a la ley debería impedir a toda costa, que el Fraude llegue a consumarse. Teóricamente el país se halla en la obligación jurídica de evitar el Fraude a la Ley competente de otro,
4. Con respecto a terceros, el país queda para sus tribunales la obligación de examinar si ha existido o no el Fraude, y si se ha llegado a establecer su existencia, la única solución admisible es la de negar todo reconocimiento a los derechos que se pretenden adquirir en esta forma.

Acreditado el Fraude a la ley se sanciona la evasión mediante la sumisión del acto a su derecho propio. Las partes quisieron sujetar el acto, normalmente regido por el derecho X a otro derecho Y, el legislador reacciona sancionando con la ineficacia la pretendida sumisión fraudulenta de las partes. El acto o el hecho instrumental del fraude debe caer también. Así por ejemplo la nacionalidad obtenida con medios fraudulentos carece de validez. (Booggiano, 1991)

3.3 FIGURAS SIMILARES AL FRAUDE A LA LEY

Las instituciones que citaremos a continuación han sido muchos veces confundidas por el Fraude, no solo por algunos autores sino también por algunas legislaciones que no comprenden si se trata de una institución u otra, o a su vez tratan de dejar a un lado al Fraude por ser una figura que adolece de mucho estudio e investigación, y prefieren optar por la aplicación e otras figuras que pese a su similitud son fácilmente aplicables por ser más aplicados en su legislación, este es el caso de la Acción Pauliana, o del Orden Público, entre otras.

Acción Pauliana – Fraude a los Acreedores

La Acción Pauliana o también llamada Revocatoria, es una acción que concede al acreedor la posibilidad de poder revocar los actos ejecutados por el deudor en fraude de ocultar sus bienes, para evitar que estos sean embargados y rematados.

Guadalupe Soláis sostiene que la Acción Pauliana es la variante que se utiliza; cuando el deudor tiene el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, se provoca un estado de insolvencia, o en su caso la aparenta, sustituyendo bienes de fácil embargo (inmuebles) por otros que sean ocultables a la persecución de los acreedores, mediante actos reales de enajenación o de gravamen, como podrían ser, ventas, donaciones, hipotecas, prendas, etc. Para hacer impunes tales maniobras del deudor y conservar su garantía de pago, el acreedor dispone de esta variante que es la Acción Pauliana.(Soláis Álvarez, n.d.)

El concepto de esta autora nos explica de mejor forma lo que llamamos Acción Pauliana, que consiste en el hecho de que el deudor oculta sus bienes con el objetivo de evitar que el acreedor pueda cobrar sus haberes, de esta forma al deshacerse el deudor de todos sus bienes y de esta forma perjudicar al acreedor quien no tendrá de donde cobrar lo adeudado, pues el deudor ha hecho todo lo posible para no saldar la deuda contraída con el acreedor.

En el Código Civil ecuatoriano encontramos esta figura en el **Art. 2370** que establece que:

“En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;
2. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; y,
3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”. (Congreso Nacional, 2005)

Como podemos observar el acreedor con esta figura tiene la posibilidad de revocar todos los actos o contratos que haya realizado el deudor para perjudicarlo, así de esta manera se pueden vender los bienes del deudor y el acreedor logra recuperar lo que fue prestado.

La figura de la Acción Pauliana lleva a muchas equivocaciones y confusiones ya que algunos autores lo asimilan con el Fraude a la Ley, hay dos sectores de la doctrina que tratan sobre esta situación; el primer sector quienes sostienen la similitud de estas dos figuras y otro quienes afirman que se tratan de figuras disímiles.

Doctrina de la diferencia entre el Fraude a la Ley y el Fraude a los Acreedores.

Para que un acto sea considerado como Fraude a la Ley debe cumplir con los elementos que hemos citado anteriormente, es decir, primeramente, el individuo debe tener la intención de cometer un Fraude, posterior la elusión de una norma imperativa, que da como resultado una acción contraria a la ley, entre otros elementos.

Por su parte el Fraude a los Acreedores consiste en que el individuo que es el deudor, quien quiere eludir su responsabilidad contra el acreedor vende sus bienes para que de esta manera el acreedor ya no pueda cobrar la deuda.

Son dos maneras diferentes de cometer Fraude, como establece el autor Francisco Massineo, explica la diferencia de estas figuras aplicándolas a los contratos, ya que la mayoría de veces el fraude se hace mediante acuerdos, como el matrimonio en el caso del Fraude a la Ley, o como contratos de promesas de compraventa como en el caso

del Fraude a los Acreedores; este autor afirma que en el contrato de fraude al acreedor importa la lesión del derecho que posee este último, mientras que en cambio el contrato en Fraude a la Ley frustra la finalidad de la norma imperativa.(Messineo, 1952)

De acuerdo con lo que establece este autor existe una diferencia notable entre estas dos figuras, mientras que la primera el deudor tiene el ánimo de perjudicar a su acreedor, en la otra no se perjudica a un individuo en específico, sino que se burló una norma de carácter imperativo, y por eso se lo llama Fraude a la ley.

Doctrina de la Similitud entre el Fraude a la Ley y a los Acreedores

Este sector de la doctrina establece que ambas figuras tienen una relación de género a especie, como si el Fraude Pauliano fuese simplemente un capítulo del Fraude a la Ley, pues según el autor Joaquín Daule para defraudar a un acreedor, es necesario que la maniobra asalte también la ley. (Daule, 1957)

Son dos posturas fuertes que según a mi criterio las dos podrían ser aceptadas, pues aquellos que dicen que el Fraude Pauliano y el Fraude a la Ley son dos figuras completamente distintas, están en todo lo correcto pues mientras que el uno trata de perjudicar al acreedor con la única intención de causarle un daño, la otra figura simplemente trata sobre la evasión de una ley obligatoria.

Según la otra postura son dos figuras símiles quizá no en su contenido, pero si podría tratarse cuando el parecido de estas figuras sea solamente relativo es decir siempre y cuando exista relación de género a especie.

Abuso Del Derecho

Gonzalo Fernández de León, establece que, desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son lícitos por naturaleza o costumbre. (Fernández de León, n.d.)

En el Abuso del Derecho la persona actúa de tal forma que su conducta se encuentra concorde a la norma, pero su ejercicio resulta contrario a los principios como la buena fe, la moral y a la costumbre.

Se trata de un acto que se mantiene dentro de la esfera de lo que llámanos lícito dentro del ordenamiento jurídico, si traspasara esta frontera ya no sería abuso del derecho sino violación a la ley.

Esta figura de igual forma la han relacionado con la institución del Fraude a la ley, una parte de la doctrina sostiene la analogía de estas figuras y otra la cual sostienen que estas dos figuras son completamente distintas.

Como establece el Autor Federico Puig Peña citado por Enrique Alcalde Rodríguez un sector de la doctrina sostiene que ambas figuras se hallan vinculadas en una relación de género a especie, distinguiéndose el Fraude a la Ley por el hecho de que la ilicitud no se manifiesta prima facie es decir a primera vista, a diferencia de lo que ocurre con las situaciones de abuso del derecho. (Alcalde Rodríguez, 2003 pág.87)

Autores que sostienen que en todo Abuso de Derecho existe el Fraude a la Ley, en primer lugar, actúa de forma que abusa del derecho la persona que debía el fin para lo cual ha sido otorgada y actúa con Fraude quien elude una norma de carácter obligatoria para todos para acogerse a otra que le concede mejores beneficios que la anterior.

Por otra parte, aquellos que diferencian las figuras se basan en el hecho de que se trata de dos figuras que cada una posee su propio concepto al igual que características diferentes, así por ejemplo si la figura de Abuso trata sobre una norma que es aplicada, pero con sentido diferente al espíritu por el cual fue creada, en cambio el Fraude es distinto por el hecho de que no se aplica la norma sino se reemplaza por otra que le favorece de mejor manera.

Puig Brutau nos sintetiza las razones por las cuales se diferencian estas dos instituciones:(Alcalde Rodríguez, 2003 pág. 116)

- a) Con referencia al acto en el Abuso del Derecho existe **una sola norma** la cual se ejerce de manera abusiva, en cambio en el Fraude nos encontramos con **dos normas**, la norma de cobertura y la que ha sido defraudada.
- b) En el Abuso del Derecho no puede faltar el **daño a un tercero** ya que se considera un requisito para la existencia de esta figura, en la figura del Fraude

a la Ley no es necesario que exista este elemento, **puede o no existir un daño** a una tercera persona.

- c) En el Abuso del Derecho el **Individuo ejerce un derecho que se encuentra reconocida en la norma**, pero su accionar se extralimita causando un daño a un tercero, a diferencia del Fraude que busca **ejercer un derecho a través de la aplicación fraudulenta** de una norma que nunca debió ser aplicada.

Actos Contrarios a La Ley

La figura de los Actos en Contra de la Ley, es la que más conflicto causa a la hora de poder diferenciarla con el Fraude a la Ley, pues muchos autores sostienen que la relación de género a especie de la una con la otra es fuerte, pese a esto podemos establecer que sí existe una gran diferencia entre estos.

Los actos contrarios a la ley se encuentran establecidos en nuestro Código Civil, que establece que el efecto de estos es la nulidad del acto.

***Art. 9.-** Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.*
(Congreso Nacional, 2005)

La diferencia de estas dos figuras radica en que cuando se comete un Acto Contra Legem se lo hace de forma directa de frente contra el texto normativo, en cambio en el Fraude a la Ley el acto es realizado de tal forma que llega a presentarse como si la persona estuviera actuando conforme a la ley, cuando en realidad lo que hace es someterse a una ley de cobertura.

Un ejemplo práctico para poder diferenciarlas sería, que al momento de vender un bien inmueble la norma establece que se lo debe hacer mediante una escritura pública, así lo establece el **Art. 1740.-** La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito.
“(Congreso Nacional, 2005)

En el momento en que el vendedor en vez de hacer la venta en escritura pública sino en un documento privado estriamos frente a un Acto Contrario a la Ley, dando como resultado la nulidad, pero este ejemplo nunca sería un acto en Fraude a la Ley.

Derechos Adquiridos

Los Derechos Adquiridos son aquellos derechos que entran en el patrimonio de una persona ya sea natural o jurídica, que forma parte de él y es por esta situación que estos derechos no pueden ser vulnerados por quien lo reconoció o creó, y lo encontramos expresamente en los siguientes textos normativos.

- **Código de Bustamante:**

“**Artículo 8º:** Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiera a alguno de sus efectos o consecuencias, una regla de orden público internacional.”
(*Código de Derecho Internacional Privado Sanchez de Bustamante*, 2005)

- **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado:**

“**Artículo 7:** Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.” (“Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado,” 1979)

Se trata de un principio del Derecho Internacional Privado, “el del respeto internacional a los derechos adquiridos”, cabe recalcar que debe existir ciertas condiciones para que este derecho sea reconocido.

El Dr. Hernán Coello establece estas condiciones y manifiesta que son tres fundamentalmente, las condiciones indispensables: (Hernán Coello García, 1995)

1. Que el derecho se haya adquirido en virtud de una ley competente; para lo cual es necesario analizar la ley competente con la cual el individuo adquirió el derecho, pues puede existir conflictos si no se analiza previamente como es el caso del reenvío o del orden público.
2. La ley que se declara como competente debe reconocer la existencia del derecho que se alega, este requisito tiene que ver más con el cumplimiento de las condiciones que la ley competente establecía en su normativa para adquirir el derecho.
3. Asegurarse que lo que nació válidamente no se haya extinguido.

El momento en que se cumplen todas estas condiciones se reconocerá el Derecho Adquirido y se deberá producir el reconocimiento en todos los países.

Pero este principio no es absoluto, pues existen excepciones las cuales evitan la aplicación de un derecho adquirido, podemos citar a Pillet que establece las siguientes excepciones:

- Que la institución jurídica en que se base, no exista en el país en que se invoque,
- El derecho sea contrario al orden público del Estado donde se quiera hacer valer; un ejemplo de esta excepción sería en el caso de un musulmán que contrajo en su país de origen 3 matrimonios, y pretende reconocerlos en el Ecuador, país en donde rige la monogamia, se trata de una situación contraria a las costumbres y al Orden Público de los ecuatorianos, y
- Que el derecho se haya adquirido en el extranjero, con Fraude a la Ley del Tribunal.

Esta última excepción es la que más nos interesa, la figura de los Derechos Adquiridos, no es similar al Fraude a la Ley, son completamente diferentes, pero puede suceder en ocasiones, que la consecuencia de la una constituya el resultado de la otra, y por eso vale la pena el estudio de la figura de los Derechos Adquiridos.

Ejemplo Práctico

Dos Filipinos, desean divorciarse, pero en su país de origen Filipinas no existe esta institución, y muchas personas se han visto obligadas a seguir casados, por esta razón los dos individuos decidieron residir en Estados Unidos para que después de unos meses se puedan divorciar en este país, en este ejemplo su intención es completamente Fraudulenta han adquirido un derecho que es el divorcio de los cónyuges que pretenden hacer valer en todo el mundo, pero este derecho resultaría ser una excepción al respeto Internacional de los Derechos Adquiridos pues lo obtuvo mediante un Fraude al momento de beneficiarse de una Ley extranjera.

El Orden Público

El Orden Publico tiene una gran importancia a la hora de analizar el Fraude a la Ley, ya que muchos autores sostienen que es un método para contrarrestar el Fraude porque es considerado como un mecanismo para que no se aplique el Derecho Extranjero, y por eso la necesidad de analizar un poco más esta Institución a diferencia de las demás. La figura del Orden Publico es especial del Derecho Internacional Privado, también se la conoce con el nombre de Clausula de Reserva; Romero del Prado establece que el Orden Público representa el conjunto de reglas legales que, dadas las ideas particulares admitidas en un país determinado, son consideradas como referentes a los intereses esenciales de dicho país, sea que se trate de intereses políticos, religiosos, morales o económicos.(Romero del Prado, 1961)

Desarrollo Histórico

La noción de esta figura según la doctrina se encuentra en la Primera Escuela Estatutaria Italiana, con su máximo expositor Bartolo de Sassoferrato quien hizo una clasificación entre los Estatutos dividiéndolos en Permisivos y Prohibitivos y a su vez estos en desfavorables y odiosos, por estos últimos se pensaba que la institución de Orden Publico nació gracias a esta Escuela, pues estos no gozaban de extraterritorialidad, y simplemente se limitaban a la aplicación en la Ciudad que fueron dictados. Sin embargo, varios autores coincidieron que la clasificación de los Estatutos en Odiosos no tenía en lo absoluto algún parentesco con el Orden Público.

Así se dio paso a la Escuela Estatutaria Holandesa, que sugirió el reconocimiento del Orden Público, pero su actuación fue contradictoria pues para ellos la doctrina de la Cortesía Internacional no reconocía la aplicación del Derecho Extranjero.

Con el paso del tiempo fue gracias a la Escuela Alemana de Savigny que aparece por primera vez la figura del Orden Público, pues elaboró la regla que, daba solución a los conflictos, esta a su vez manifestaba que, por cada relación jurídica se debe determinar el derecho que se encuentre más conforme a la naturaleza, sin importar si sea nacional o extranjero.

Características:

Entre sus características principales podemos destacar a las siguientes:

- Es esencialmente **nacional**, esto significa que cada Estado determina el contenido de su Orden Público.
- Es **actual**, porque las circunstancias de un Estado pueden ir cambiando y evolucionando, es necesario que el Orden Público aparte de ser actual sea flexible pues se encuentra en una constante variación, pues lo que hoy es Orden Público puede dejarlo de ser el día de mañana.
- Es **excepcional**, porque para poderlo aplicar debe proceder en ciertos casos, como cuando la evasión de la ley extranjera obedezca a razones contrarias e injustas.
- Está **Constituido** por el conjunto de principios que son fundamentales y forman la esencia de un Estado,
- Y por último **los principios** que forman parte del Orden Público **no se encuentran enumerados**, por lo tanto, a quien corresponde determinar cuándo se debe aplicar la excepción del Orden Público, corresponde al mismo Estado, pues varios autores han intentado realizar una enumeración taxativa de las

leyes que lo conforman, pero han caído en el intento pues, estos principios están sujetos al lugar y al tiempo en el que se aplican.

- **Efecto**

El Orden Público Internacional tiene un efecto negativo que consiste en la exclusión de la ley extranjera normalmente competente, y en lugar se aplica la ley del foro, es decir la aplicación del Derecho Propio.

Niboyet establece que el Orden Publico es un remedio para evitar la aplicación de una ley extranjera cuando esta aplicación puede perjudicar verdaderamente al país en el que se pretende aplicar. (J. P. Niboyet, 1969)

Normativa

- **Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante.**

Artículo 1. Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales.

“Cada Estado contratante puede, por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de las demás y cualquiera de esos Estados, puede, en tales casos, rehusar o subordinar a condiciones especiales el mismo ejercicio a los nacionales del primero. ”

Artículo 8. Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional. *(Código de Derecho Internacional Privado Sanchez de Bustamante, 2005)*

- **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.**

“Artículo 5- La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

“Artículo 7- Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público”. (“Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado,” 1979)

El Orden Publico en relación con el Fraude a la Ley

La relación que tienen estas dos figuras ha sido de constante estudio ya que algunos autores han dado lugar a una gran polémica, pues algunos defienden la doctrina que se trata de figuras disimiles y que a su vez cada una actúa de forma distinta, porque tienen funciones diferentes.

Un sector de la Doctrina establece que el Fraude es simplemente un supuesto concreto del Orden Público, que incluso muchos de los conflictos que fueron resueltos con esta figura se podían haber resuelto fácilmente aplicando la excepción del Orden Público Internacional.

Para entender mejor esta aseveración citaremos un ejemplo de la Doctrina Española; es el caso de **un español** que contrae **matrimonio** en el Estado de **Nueva York** con una **norteamericana** y más tarde se divorcia en México para sustraerse a las rígidas normas del primer Estado.

Al pretender el reconocimiento del divorcio en su país de origen es decir en España, es muy posible que la norma del Código Civil Español fuese utilizada por este Tribunal en ese entonces (**Art.12, cuarto inciso**; se considera como Fraude a la Ley la utilización de una norma en conflicto, con el fin de eludir una ley imperativa

española.); pero sería el Orden Público el correctivo que en definitiva opere para demostrar la intención fraudulenta. (González Campos, Julio D. y Fernández Roza, 1995)

Para otro sector son figuras que se deben tratar por separado, aunque en algunas ocasiones se lleguen a relacionar, el Fraude es un límite a la autonomía de la voluntad, teniendo como efecto reestablecer a la norma que ha intentado ser burlada, en cambio el Orden Público suspende la consecuencia jurídica de la norma de conflicto.

En conclusión, como lo establecen los autores anteriormente citados, el Orden Público altera el sistema normal de distribución de competencias, en tanto que el Fraude a la Ley lo protege. (González Campos, Julio D. y Fernández Roza, 1995)

Este capítulo ha tratado de esclarecer más, los elementos que conforman a la figura del Fraude, no existe una lista taxativa de todos los elementos que pueden existir conformar esta figura, pero si hemos podido analizar los más importantes, como lo son el elemento subjetivo, que puede considerarse como un elemento esencial, pues aunque sea difícil comprobar la intención del agente por el hecho de que se encuentra dentro de su fuero interno, no deja de constituirse un elemento primordial, y se llegara a comprobar en el resultado final, simplemente cuando el agente haya conseguido sustraerse voluntariamente a otra norma que le brinda mejores ventajas.

Tal vez, por el hecho de que se dificulta enumerar todos los elementos que configuran a un Fraude, se lo ha tratado de comparar con otras figuras, y una de ellas como hemos visto es el Orden Público, pero al momento de analizar vemos que son figuras completamente disimiles.

CAPITULO IV

MARCO JURÍDICO DEL FRAUDE A LA LEY

“Uno de los problemas más arduos contra los cuales el legislador ha tenido que luchar es el impedir los Fraudes a la Ley.

Todo el Arte que, en el despliegue para proteger la ley, apenas puede resistir el disimulo que la vida pone para violarla, minarla y abrirla brecha”.

IHERING...

INTRODUCCIÓN

El cuarto capítulo, se enfoca en el marco teórico del Fraude a la ley, en cómo ha ido evolucionando esta figura en algunos países, y como en otros países su desarrollo es escaso, pues se ha convertido en una figura indispensable para el Derecho Internacional.

Esta figura como hemos visto ha surgido desde la época Romana, y solo en las últimas décadas ha despertado el interés de grandes juristas, pues en la actualidad defraudar al sentido lógico de la norma se ha vuelto algo normal, que sin darnos cuenta engañamos al ordenamiento jurídico para conseguir el beneficio propio, y aunque en muchas ocasiones se trata de una simple defraudación, hay veces en las que esa simple defraudación afecta a terceros, y sobre todo a un ordenamiento jurídico con normas imperativas que fueron creadas para ser obligatorias para todos los ciudadanos y por ello tienen que ser respetadas, pues su objetivo fue crear una armonía entre todo el pueblo.

4.1 El Fraude a la Ley en la Actualidad

El Derecho Internacional Privado hoy en día es una rama indispensable del Derecho, y al pasar de los años esta disciplina se va desarrollando y perfeccionando gracias al

gran número de relaciones jurídicas que se han generado a lo largo de la historia, que han dado lugar a una variedad de Instituciones que se encuentran incluidas en algunos ordenamientos jurídicos, por ser una disciplina indispensable para la solución de conflictos de carácter internacional, pero, siempre y cuando en una relación jurídica se encuentre un elemento extranjero, ya sea por uno de los sujetos, por la cosa sobre la cual trata el asunto o por la forma externa de los actos.

Como hemos analizado la característica principal de esta disciplina es la extraterritorialidad del Derecho, gracias a ello se ha asegurado el reconocimiento del Derecho extranjero y de igual forma el reconocimiento de las normas internas que traspasan fronteras; de esta manera todos los Estados cooperan entre sí para asegurar el respeto mutuo.

Sin embargo, existen ciertos límites para la aplicación del Derecho extranjero, y esto sucede como por ejemplo con la figura del Orden Público o el Fraude a la Ley, cuando una norma extranjera es contraria al Orden Público interno, esta es inaplicable por afectar a la ley interna.

Pese a que el Fraude es una figura muy compleja su reconocimiento se vuelve aún más indispensable, por tal razón es una institución que merece ser recogida por todos los ordenamientos jurídicos a nivel global, pues es una solución para evitar que la ley sea defraudada por beneficio propio, y no solo debería ser recogida sino tipificada en cada ordenamiento, pues hoy en día las relaciones internacionales han generado más inconvenientes en la aplicación de la extraterritorialidad del Derecho, más aun en casos de Fraude a la Ley, como por ejemplo: En divorcios y matrimonios creados con la intención de burlar la norma, adopciones, negocios en fraude, herencias, etc., y por cada inconveniente que surja en estas situaciones los juzgadores están llamados a resolverlos, a su vez ellos deben tener normativa firme que le permita sancionar cuando la norma ha sido evadida, así como tener un mecanismo que les ayude a proteger a toda norma imperativa creada para el bien de toda la población.

Lastimosamente decimos debería ser recogida, ya que son pocos los países que han incluido esta figura dentro de sus ordenamientos.

Y la razón es porque se trata de una figura que es difícil de comprobar, demostrar el cambio del factor de conexión en muchas ocasiones puede ser una simple coincidencia; y para comprobar el cambio fraudulento de un punto de conexión, es necesario que

cada elemento del acto que ha realizado el individuo sea analizado. Resultaría obvio que se ha cometido un fraude, cuando en un corto espacio de tiempo el sujeto se traslada de un lugar a otro y en este cambio realiza un acto jurídico que le ha beneficiado, y todo esto realizando actos que a simple vista son considerados como lícitos.

Accursio señalaba que al momento de hacer algo en contra de la ley, significa que no se está respetando su letra.

Llegar a determinar el Fraude es una competencia de los Jueces de cada Estado, quienes deben lograr descubrir la maniobra fraudulenta del actor.

Antonio Boggiano, en su obra Curso de Derecho Internacional Privado, cita al autor Goldschmidt quien caracteriza dos indicios que son típicos de la intención fraudulenta:

1. La expansión espacial de las conductas: Es decir que las partes aparecen en un país extranjero en donde no podrían justificar su actuación.
2. La contracción temporal: Las partes obran de manera acelerada. (Booggiano, 1991, pág. 346)

Hay varios factores dentro de la historia que han sido importantes para contribuir con la elaboración doctrinaria del Fraude, como lo es la teoría sobre el Fraude que aplicaban los romanos en tiempos anteriores, quienes sancionaban a todos aquellos individuos que amparados en la ley violaban su espíritu, pero aunque los romanos trataron por primera vez el Fraude a la ley, tuvieron muchas confusiones pues lo asimilaban con figuras que poseen características similares, como la violación a la ley, la simulación, entre otras.

Por tal razón, atribuir a un autor, a una escuela, o a un estatuto, el mérito de esta figura es algo impreciso.

Entonces esto conlleva a una interrogante. ¿Cómo el Fraude llegó a desarrollarse en la actualidad?

Rotondi, al respecto establecía que los factores que determinaron el desarrollo de la teoría del Fraude a la Ley fueron: El método de interpretación de los juristas del siglo

XIII y XIV y la creciente influencia de la moral sobre el Derecho. (Rotondi, 1911, pág. 160)

Del siglo XIII y XVI porque aquí fue donde los jurisconsultos de esta época tomaron en cuenta en cada decisión, cuál era el espíritu y sentido de la ley; y en la moral porque en la Decretal del Papa Bonifacio VIII, manifestaba que, no todo lo que era lícito desde el punto de vista jurídico era considerado bueno para la moral, es decir se da más importancia al elemento intencional del individuo, quien actúa de manera correcta o no.

En la actualidad el Fraude a la Ley ha llegado a desarrollarse, pero no podríamos decir de una manera total, sino más bien es similar a la doctrina de la época contemporánea, son pocos los ordenamientos que han regulado el Fraude dentro de sus Códigos Civiles, otros como es el caso del Ecuador se basan en Tratados Internacionales.

4.2 Análisis del Fraude a la Ley en países pertenecientes a la Unión Europea.

En la actualidad son 28 Estados miembros de la Unión Europea, esta unión de Estados abarca la mayoría de los países europeos. Poseen diferente historia, cultura, población, forma de Estado, etc., solo se encuentran unidos entre sí por el compromiso político, jurídico y económico que han celebrado entre ellos.

Todos los Estados miembros son soberanos y de igual valor, la Unión se basa en el sistema supranacional, el cual es un sistema político en el que los Estados que lo conforma ceden parte de sus atribuciones a este Organismo Internacional, a cambio de la representación de las instituciones europeas.

La Unión Europea por lo tanto tiene la facultad de dictar leyes y de hacer ejecutarlas, pero esto no quiere decir que dentro de todos los Estados miembros rija un solo Código Civil, Penal, etc.; por eso analizaremos el Fraude a la Ley solo en pocos países que pertenecen a este organismo internacional.

- ITALIA

El Código Civil Italiano tiene gran influencia del Derecho Romano, se encuentra en vigencia desde el año de 1942, está dividido por 6 libros que tratan temas sobre: Personas, Derecho al Trabajo, Cosas y Derecho de Propiedad, Obligaciones y Contratos, Derecho Sucesorio, y Tutela de Derechos.

La figura del Fraude lo encontramos en el **Art. 1344 .- Contratto in frode alla legge** que establece: -“Si reputa al tresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”. (*Código Civil Italiano*, n.d.)

“Se reputa así mismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”

Una causa es ilícita cuando es contraria a la ley, la moral, y a las buenas costumbres, esta norma no establece que el contrato en si haya sido ilícito, más bien se entiende que el contrato es completamente lícito, sino que gracias a que se consiguió con medios fraudulentos se le da la calificación de ilícito y su sanción sería que el contrato no llegue a surtir efecto, y como consecuencia se da la nulidad absoluta del acto.

- ESPAÑA

El Código Civil español se encuentra en vigencia desde el año 1889, en el cual han existido varias reformas al mismo, pero en temas de fraude específicamente fue el 31 de mayo de 1974 que se introdujo esta figura, no en un capítulo propio, pero si en el Título Preliminar del Código Civil que literalmente establece:

Artículo 6.4.- “Los actos realizados al amparo de la norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se lo considerará ejecutado en fraude de ley, y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. (*Código Civil Español*, n.d.-a)

Existen otros artículos o leyes en donde podemos hablar sobre el Fraude a la ley, pero no en los dominios del Derecho Internacional, sino enfocado en otras áreas del Derecho, a continuación, citaremos algunos:

- En el Estatuto de los Trabajadores, con su última reforma en el año de 1980, el Art. 15 del mismo código establece: “Se presumen por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en Fraude a la Ley”; esto por el hecho de proteger siempre a la parte más débil que es el trabajador.

- Ley de Arrendamientos Rústicos, Art. 8 “Son nulos los actos realizados en Fraude de esta ley y no impedirán la aplicación de la norma eludida”. Es decir que su sanción es la nulidad del acto que se ha conseguido por defraudar la norma y con ello la debida aplicación de la norma que ha sido tratada de eludir.

De igual forma en el Título Preliminar también se incorporó un artículo que establece expresamente sobre el Fraude en el ámbito del Derecho Internacional Privado:

Artículo 12.- “Se considerará como Fraude a la Ley la utilización de una norma de conflicto, con el fin de eludir una ley imperativa española”. (*Código Civil Español*, n.d.-b)

España es un país que respeta y da un gran valor a su ordenamiento jurídico interno, pues es considerado como un todo, por eso es que la elusión de una norma de carácter obligatorio para todos los ciudadanos en considerada como Fraude y no cabe solo la nulidad del acto con el cual utilizó la norma en conflicto, sino también la aplicación de la norma que ha sido o tratado de eludirse, dando la efectiva aplicación de su ordenamiento.

Este país es uno de los mayores referentes y que trata sobre el Fraude a la ley, lo encontramos de forma general incorporada en su Título Preliminar, y sirve como base para que otras ramas del Derecho la puedan emplear para sancionar cualquier acto en contra de la ley.

- PORTUGAL

El Código Civil de Portugal se encuentra vigente desde el año 1967, en él se contempla una disposición expresa sobre el Fraude.

“Artigo 21.- “Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente”.

“En la aplicación de las reglas de conflicto, las situaciones de hecho o de derecho creadas con la intención fraudulenta de evitar la aplicabilidad de la ley que, en otras circunstancias, serían competentes, son irrelevantes.”

Al momento en que se dé una situación en la cual se encuentre en conflicto dos normas, y aquella situación fue creada con la intención de eludir la aplicación de la norma serán nulas, es decir no tendrán ningún valor.

4.3 Análisis del Fraude a la Ley en países pertenecientes al Common Law

El Common Law, también conocido como el Derecho Anglosajón es una de las grandes familias pertenecientes al Derecho, a diferencia de los países de la Unión Europea no es un derecho escrito, es una de sus características principales, pues carece de una Constitución y de leyes, se basa en precedentes judiciales, principios, estatutos, sentencias, entre otros; pero no poseen leyes tipificadas expresamente.

Se lo conoce como el Derecho de la Costumbre Jurídica, pues, aunque las leyes no se encuentran escritas, deben ser cumplidas porque se ha vuelto una costumbre hacerlo, actos que han sido repetidos durante un largo tiempo que se volvieron ley para todos los ciudadanos.

A esta familia pertenecen países como Inglaterra y Gales, una parte de Canadá, Australia, Estados Unidos, India, algunos países de África Central, y Nueva Zelanda.

Por ejemplo, Inglaterra no posee una Constitución escrita, entonces sus fuentes de derecho se encuentran en textos históricos, uno de ellos es la Carta Magna del año de 1215, la Carta de Derechos de 1689, entre otros.

Según Osorio, el Common Law, se entiende como aquella locución inglesa con una pluralidad de sentidos. Designa en primer término el sistema jurídico de los países que han recogido las bases de su derecho inglés, en contraposición a otros sistemas jurídicos, particularmente los de origen romano. Así mismo es el conjunto de normas elaboradas por los tribunales de Derecho estricto, en contraposición a las derivadas de la jurisprudencia de los tribunales de que originalmente decidían en función de la equidad, para desarrollar luego su propia línea de precedentes. (Osorio, 1992, pág.195)

Después de haber analizado características principales del Derecho Anglosajón, nos lleva a una interrogante, ¿Existe la figura del Fraude a la Ley en el Common Law?

Al parecer en los países de la Unión Europea, que eran de constitución escrita, resultaba más fácil encontrar esta institución, pues podíamos citar algunos Códigos, o tratados, pero ahora en este Derecho Anglosajón, en donde no posee normas escritas, como podemos encontrar al Fraude, quizá en la historia se haya dado un caso y se pueda acoger a un precedente judicial, al no ser un derecho que nació de los romanos es imposible que subsista esta figura en la actualidad y peor aún en el futuro.

Jorge Musset al respecto de la relación del Fraude con el Common Law, sostiene que esta figura no existe precisamente, pero si podría estar dentro de lo que este derecho lo conoce como el Clean Hands “manos limpias”.

“Clean Hands Doctrine o Doctrina de las Manos Limpias, es una antigua teoría perteneciente al Derecho Internacional, bajo la cual un tribunal arbitral podría – discrecionalmente– negar la tutela arbitral a un demandante «cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrase. Sobre la base de ello, un tribunal podría expresamente, negar asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que éste haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria”. (E.E.U.U., 1918)

Este autor sostiene que el Fraude a la ley, puede estar incluido en esta teoría, ya que de igual forma se encuentra la mala fe, el abuso del Derecho, la buena fe, esta doctrina del Clean Hands, conlleva que aquel que desea hacer justicia debe reclamarla con sus manos limpias.

4.4. El Fraude a la Ley en países de América.

4.4.1. Latinoamérica.

En el continente americano la figura del Fraude no se encuentra regulada de forma expresa, pero no por ello quiere decir que no exista el Fraude a la Ley, o que no se lo

pueda aplicar como un remedio para contrarrestar los actos fraudulentos, el fraude puede hallarse dentro de otras figuras como en el Orden Público.

Los países latinoamericanos tienen una gran influencia del Derecho Romano, en el caso de las leyes, que hasta la actualidad se encuentran en sus ordenamientos, pero no son todos, ya que se han ido ajustando a los cambios políticos, económicos y sociales de la nueva generación, pero hoy en día solo se habla de una tradición romanista que ya no se encuentra tan acentuada, pero que sigue subsistiendo por los logros que han alcanzado a lo largo de la historia los grandes jurisconsultos de aquella época.

ARGENTINA

En este país no existe una teoría total sobre el Fraude solo se puede encontrar en algunos textos de forma aislada no a título de Fraude, pero si con el mismo objetivo de sancionar actos contrarios a las leyes, como, por ejemplo:

- En la Ley N° 2.393, sobre el Matrimonio Civil, Capítulo I- Régimen del Matrimonio:

Art. 7. “La disolución en el país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.” (Humanos, n.d.)

- **Código Civil**

Art.159.- “Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”. (*Código Civil Argentino*, n.d.)

Este artículo, no habla específicamente sobre el Fraude, sino que hace valido el matrimonio aun así los contrayentes hayan incurrido en Fraude a la Ley.

Art.1207.- “Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”.

Art.1208.- “Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno”.

Estos Artículos niegan los efectos que hayan producido todos los contratos que se hayan realizado en países extranjeros con el objetivo de violar las leyes argentinas, y su vez aquellos que se realizaron en Argentina para violar las leyes extranjeras.

- **BRASIL**

En Brasil existe el Ante Proyecto del Código Civil que trata más aun sobre el Fraude a la ley, así lo encontramos en el Título Preliminar que tiene como objetivo aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. (“Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.,” 2014)

En donde se contemplan los principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos como: La buena fe, el abuso de los derechos, Fraude a la Ley, renuncia de la ley, entre otros.

En este punto, el anteproyecto se aparta del Proyecto de 1998. Se introduce en el Título Preliminar una norma referida al fraude a la ley, independizándolo del fraude a los acreedores y elevándolo al rango de una categoría general. La disposición proyectada establece:

“Artículo 8º. - Fraude a la ley. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Actualmente el Código Civil brasileño rige desde el año 2002, con respecto a la figura del Fraude lo encontramos en el capítulo denominado Fraude a los Acreedores, en el

cual se establece en el **Artículo 171**: “Es nulo todo negocio jurídico por vicios resultante de error, intención, coerción, peligro, lesión o fraude contra acreedores”.

Lastimosamente esta figura no tiene tanta relevancia como en el caso del anteproyecto que explicaba de mejor manera la naturaleza del Fraude.

- **CHILE**

En el año 1853 se realizó el proyecto del Código Civil Chileno en él, existía una disposición que hacía pensar que el creador del mismo tuvo la intención de impedir todas las naturalizaciones que se traten de obtener de forma fraudulenta.

Se establecía en el Art. 11 inc. 1; “Los Chilenos quedaban sujetos a ciertas leyes patrias, las relativas al estatuto personal, no obstante, su residencia, domicilio o naturalización en país extranjero”.

Pero la última parte de este inciso fue suprimida, porque creían que iba a generar mayores inconvenientes por el hecho de que generaría confusiones. (Monsálvez, n.d.)

De igual forma en la legislación chilena no tratan específicamente a la figura del Fraude, pero podemos encontrar el espíritu de esta figura en el Código Civil en los siguientes artículos.

Art. 10. “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

Art. 11. “Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”.

Existe también un artículo que se lo puede confundir con el Fraude, se trata del Art. 706 del mismo Código Civil que establece: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Así en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de

haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”; pero, aunque este Artículo cite al fraude no lo hace pues no contempla su verdadero significado, y se lo confunde con la figura del dolo.

Como este ejemplo también existen más artículos que tratan sobre figuras similares como en el caso del Fraude a los Acreedores, estos ejemplos son los únicos que se refieren al Fraude, aunque la mayoría lo tratan de otra perspectiva o lo confunde como en el caso del dolo.

4.4.2. Otros países americanos

- MÉXICO

En el Derecho mexicano no hay disposición expresa sobre el Fraude, pero brevemente lo podemos encontrar en la Ley de las Naciones, que expresa en su Art. 17 que trata sobre el extranjero que desea adquirir la nacionalidad mexicana, vale la pena destacar que en México no existe la doble nacionalidad, el interesado debe renunciar expresamente a su nacionalidad de origen. Por eso este Artículo en su segundo inciso establece:

“Estas renunciaciones y protestas serán ratificadas en la presencia del Juez en el caso de naturalización ordinaria. Cuando se demuestre que el extranjero, al hacer las renunciaciones y protestas a que este artículo se refiere, lo ha hecho con reservas mentales, en **forma fraudulenta** o sin la verdadera intención definitiva y permanente de quedar obligado por ellas, quedará sujeto a todas las sanciones legales que esta misma ley o cualquiera otra disposición imponga o puedan imponer en el futuro”.

Podemos notar la falta de importancia que se da al Fraude a la Ley, empero como hemos dicho es una realidad, por tanto, no puede decirse que es una figura completamente inexistente, sino que la encontramos implícita en algunas disposiciones que sancionan actos en contra de la ley, pero específicamente no como Fraude a la ley de forma taxativa y expresa.

- EL SALVADOR

En El Salvador al igual que los otros países que hemos citado el Fraude a la Ley es una figura atípica, es decir que no se encuentra tipificada en ningún ordenamiento jurídico, en casos de fraude no existiría una seguridad jurídica y más bien se debe sancionar esta figura a través de otras que son similares a ellas.

De igual forma podemos encontrar una pequeña referencia sobre esta figura en el Código Civil:

Art. 11.- “Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”.(Manzano Cortez, Carlos; Ramos Reyes & Juan, 2005)

No se refiere precisamente de la figura, pero se asimila a ella, pues establece este artículo la sanción de igual forma, los actos realizados en Fraude serán nulos y sin ningún valor, y se aplica la ley burlada.

4.5 El Fraude a la Ley en la legislación ecuatoriana.

Nuestro ordenamiento jurídico no dista mucho de los ordenamientos que hemos citado anteriormente, al Ecuador le falta bastante aclarar las lagunas que existen sobre esta figura, es indispensable que nuestro país se actualice para poder prevenir los actos en contra de la ley, se viene abordando temas que se encuentran en discusión en la actualidad.

Las sociedades van cambiando al igual que los tiempos, ahora se aceptan asuntos que anteriormente eran consideradas como tabú, y ellas traen grandes consecuencias que perjudicaran a las leyes que hasta el momento han ido rigiendo para un bienestar en común.

A diferencia de los demás Estados, en nuestro país la figura del Fraude no lo encontramos en su verdadera esencia, es decir como figura que evita transgresiones a la norma mediante la ocupación de medios lícitos para obtener resultados ilícitos, sino más bien el fraude se lo encuentra en figuras que podrían llamarse similares, aunque en realidad no lo son, como por ejemplo: Fraude a los Acreedores, Fraude Fiscal; que realmente son instituciones que lo único que tienen en común es la palabra porque su concepto es completamente diferente; a diferencia de países que han introducido la institución del Fraude a la Ley, por el hecho de que consideran que es una figura importante, y porque su objetivo es siempre proteger la legislación interna, hablamos de países como España, que como hemos notado es el mayor referente el cual ha recogido toda la doctrina antigua romana y ha evolucionado la figura del Fraude como autónoma e indispensable.

Nuestros conocimientos del Fraude no distan mucho de los mismos que tienen los países hermanos de América Latina, lastimosamente pese a tener una gran referencia como lo es el Derecho Romano, se ha podido notar la falta de interés que se ha tenido por incluir esta figura en sus ordenamientos.

Anteriormente en el Ecuador ciertos actos se realizaban en Fraude, como por ejemplo el matrimonio entre dos personas del mismo sexo no era aceptado por el Ecuador, entonces los involucrados debían acogerse a otros ordenamientos que, si aceptaran el matrimonio, y regresar al Ecuador para hacer surtir sus efectos, lo mismo sucede con el aborto que en el Ecuador es considerado como un delito.

Son varios casos que se dan en contra de la ley y más aún cuando se trata sobre los Derechos de Familia ya que estos son los más comunes.

A continuación, revisemos algunos artículos que establecen vagamente el Fraude.

Art. 721 Código Civil. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido **fraude** ni otro vicio en el acto o contrato. (Congreso Nacional, 2005)

Este artículo no trata del Fraude a la Ley como lo conocemos, solo supone que la persona adquiere un título de buena fe, lo que significa que lo ha conseguido de forma adecuado, sin ningún vicio, o fraude, y aunque habla del fraude más bien se refiere a conseguir con alguna falsedad, o con dolo, pero no con actos que van en contra de la ley.

Art. 817.- “Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él hasta el valor de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda.

Podrán, por consiguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo, hecha en fraude de sus derechos”. (Congreso Nacional, 2005)

Este artículo se refiere específicamente al Fraude, pero en la figura del Fraude de la Acción Pauliana o del Fraude a los Acreedores.

4.5.1 El Fraude a la Ley, en otros cuerpos normativos del Ecuador.

El Fraude a la Ley, en el Ecuador no se trata de forma específica, pues como hemos manifestado existe una falta de normativa al respecto, en varios cuerpos normativos se encontrará una referencia al Fraude, pero no se trata de fraudes en contra de la normativa, sino de otra clase de engaños, como en el caso de la Estafa, Fraude Procesal y el Fraude Tributario que brevemente los analizaremos a continuación:

En el Código Orgánico Integral Penal (CIOP) prevé sanciones a las siguientes figuras del Derecho: (*Código Orgánico Integral Penal*, 2014)

- Estafa

“Es el delito en el cual se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza”. (Cabanellas, n.d.)

El Fraude y la Estafa son figuras que se las puede confundir, pero en realidad son completamente asimiles, en la estafa una persona utiliza medios para engañar a un tercero, mientras que el fraude el individuo no pretende engañar a un tercero más bien utiliza medios fraudulentos para evadir leyes, en definitiva, engaña a un ordenamiento jurídico.

En nuestro país el Fraude de la misma forma que el Código Civil lo trata de una forma diferente a lo que se entiende en la materia de Derecho Internacional Privado, citaremos el Art. 186 del COIP, sobre la Estafa: “La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.

- Fraude Procesal

Art. 272 (COIP). – “Fraude procesal. - La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (*Código Orgánico Integral Penal*, 2014)

En materia Tributaria se habla del Fraude Fiscal que es un delito que consiste en el ocultamiento de hechos o bienes, a las autoridades tributarias con la finalidad de generar menores ingresos y por lo tanto pagar menos impuestos del que les corresponde.

Art. 298.- Defraudación tributaria (COIP). – “La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero...” (A. Nacional, 2014)

4.5.2 El Problema de que la figura del Fraude a la Ley no se encuentre en la legislación ecuatoriana.

El problema no solo se encuentra en el Ecuador sino en varios países que no establecen nada respecto de esta figura, y nos hace preguntarnos, ¿Que sucede con todas las lagunas que se generan, o como sancionamos un caso de fraude si no existen leyes con cuales se lo puede sancionar?

La respuesta es acogerse a leyes internacionales, con esto me refiero a los Tratados. La problemática es que no hay leyes internas, y eso es lo que nos diferencia, como por ejemplo de España que como hemos notado el Fraude se encuentra en el Título Preliminar de su Código Civil, que no es exclusivo de esta rama del Derecho, sino que rige para todo el Ordenamiento Jurídico en General, pues el Título Preliminar recoge una serie de principios que todos necesitamos para poder interpretar modelos jurídicos en todas las ramas no solo en lo civil.

En el caso del Ecuador hay muchos magistrados que no poseen ningún conocimiento sobre la figura del Fraude, ni si quieren saben cuál es su verdadera naturaleza, ni en donde se debe alegar dicha figura.

El problema puede surgir por dos aspectos:

1. Por el desconocimiento de esta figura, o
2. Por el miedo a que, si un individuo pretende alegar en algún caso en concreto, este sea rechazado.

En mi opinión esta figura debe ser analizada, y tipificada en nuestro Código Civil, de igual forma dentro del Título Preliminar como en el caso de España porque este país es el mayor referente al hablar de esta institución, y no solo nos referimos al Artículo del Título Preliminar que lo citamos anteriormente, también hacemos hincapié en la existencia de varias jurisprudencias que tratan sobre este tema, como por ejemplo en los matrimonios y visados celebrados con ánimo de defraudar la ley y el papel de los Jueces y Tribunales españoles de rechazar todo hecho que intente eludir normas imperativas.

En el momento en que se aborde este tema en el Título Preliminar servirá como norma supletoria para todas las demás ramas del Derecho que no contemplan nada al respecto de esta figura.

La importancia del Fraude a la Ley, radica en el hecho de que sirve como un mecanismo de protección a las normas de carácter imperativo, el Fraude a la Ley existe y seguirá existiendo a lo largo del tiempo, recordemos que el hombre desde sus inicios siempre busco la manera de defraudar las leyes que se le imponían.

La falta de regulación legal es el conflicto más grande que se genera en el momento en que presenciemos un hecho fraudulento y no podamos sancionarlo y mucho menos evitar engaños a la norma, y por eso se ve la necesidad de crear una regulación sobre el Fraude, para permitir a los magistrados resolver casos en los que suponen una violación oblicua de la normativa, por medios que parecen ser lícitos, pero persiguen resultados “contra legem”.

4.6 El Fraude a la Ley en los Tratados Internacionales:

Es primordial señalar el concepto de Tratados Internacionales, es un acuerdo celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales, y regido por el Derecho Internacional. (Ministerio de Asuntos Exteriores, n.d.)

En nuestra legislación ecuatoriana y en la mayoría de legislaciones los Tratados internacionales según la pirámide de Kelsen jerárquicamente se ubican por debajo de la Constitución de la Republica y encima de las leyes; es decir que prevalecen sobre las leyes e incluso en ciertos asuntos como en Derechos Humanos tienen el mismo rango de la Constitución.

Analizaremos a continuación los Tratados a los que el Ecuador se ha suscrito y en donde se trata la figura del Fraude a la Ley.

En palabras del Dr. Hernán Coello los Estados se han preocupado de celebrar Tratados Internacionales con el objetivo de resolver los problemas que plantea el Derecho

Internacional, y una vez ratificados, entran a formar parte del Derecho Interno de los Estados, llegando a ser ley obligatoria, permanente y general. (Hernán Coello García, 1993)

- **Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante.**

Los países suscriptores a este Tratado son las Repúblicas de Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, y Cuba.

No tuvo aceptación de países como Estados Unidos, mientras que países como Uruguay, Argentina y Paraguay prefirieron regirse por las normas del Tratado de Montevideo de Derecho Internacional Privado, el Ecuador suscribió por entero el Código de Bustamante, dejando a su favor la facultad de ratificar siempre y cuando no se oponga a la Constitución ni a las leyes internas.

Este Tratado Internacional fue creado con el objetivo de establecer una normativa en común para toda América sobre temas de Derecho Internacional Privado, regulando el tráfico jurídico externo, esta idea se promovió por Andrés Sánchez de Bustamante, de aquí el nombre del Código, se concretó en el sexto Congreso celebrado en Cuba en el año de 1928, en el documento final del TRATADO DE LA HABANA.

América ha hecho una gran contribución para el Desarrollo del Derecho Internacional, y es reconocida mundialmente por toda la comunidad internacional por el hecho de que sus aportes han sido fundamentales para las relaciones internacionales.

La Unión Europea no ha celebrado muchos Tratados a diferencia de los países americanos, son solo algunos de los Tratados que se llegaron a celebrar o de la cual los países europeos formaron parte, como en el caso de la Conferencia de la Haya, abarcando temas referentes al matrimonio, tutela, divorcio entre el año 1902 y 1905, y en la de Ginebra, pero específicamente fueron solo puntos específicos.

En América el Derecho Internacional ha alcanzado un desarrollo excelente, superior al de Europa, en la actualidad ha existido grandes progresos como en la telecomunicación, internet, y ello conllevará a que se originen nuevos problemas de carácter internacional, produciendo la posibilidad de que todos los continentes se abran a la posibilidad de generar nuevos criterios para la solución de estos conflictos actuales. (Caicedo Catilla, n.d.)

En este Código encontramos una referencia del Fraude a la ley en el **Art. 8** que establece que: “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”.

Es decir que los derechos que se adquieren en Fraude a la Ley no serán reconocidos, y serán nulos. (Sánchez de Bustamante, 1939)

- **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.**

Esta Convención fue adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, que se celebró en Montevideo, Uruguay en mayo del año de 1979.

Los Estados miembros son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Fue creada con el objetivo de que los países contratantes den primacía a las normas de Derecho Internacional Privado que resulten de fuente interna.

En caso de Fraude a la Ley, los Estados parte tienen derecho a negarse a aplicar el derecho de otro Estado.

Artículo 6.- “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.” (“Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado,” 1979)

Por ejemplo, Uruguay la ratificó, pero hizo algunas reservas respecto a este tema como:

1. La admisibilidad del Fraude a la Ley es una nueva excepción a la aplicación del derecho extranjero.
2. La excepción sólo funcionara cuando afecte la aplicación de una ley propia.
3. Introduce un elemento de subjetividad difícilmente discernible.
4. En muchos casos se iría contra la autonomía de la voluntad.

4.7 Ejemplos prácticos.

Existen al respecto algunos casos emblemáticos sobre el Fraude a la ley, en los cuales podemos citar los siguientes:

-Caso Bauffremont

Este caso es un precedente muy importante que dio vida al Fraude a la Ley, trata en materia de nacionalidad.

Hechos:

Trata sobre la Condesa de origen belga, quien contrae nupcias con un oficial proveniente de Francia, después de varios años de relación, en el año de 1874 deciden separarse; y efectivamente obtiene del Tribunal la separación personal del Duque de Bauffremont, la causa fue por hábitos perversos del cónyuge, en ese momento la ley francesa no admitía el divorcio, solo aprobaba la separación de los cuerpos.

La Condesa se traslada a Alemania, país en el que el divorcio era admitido, así que se naturaliza en este país y contrae nupcias nuevamente con el Príncipe rumano Bibesco, su nuevo cónyuge es destinado a Francia, así que regresan, pero esta vez ella con el Título de Princesa de Bibesco.

El Duque de Bauffremont solicita ante los Tribunales franceses que declaren la bigamia de la princesa, y como consecuencia la nulidad del segundo matrimonio, alegando Fraude a la Ley francesa.

Decisión de la Corte:

La Corte de Casación Francesa en sentencia del 18 de marzo de 1878 declara nulo el matrimonio contraído con el Príncipe Bibesco y además del fraude en el cambio de nacionalidad, pues el fin perseguido con esta naturalización alemana fue sustraerse de la ley francesa, para poder obtener el divorcio en Alemania.

Comentarios:

La institución del divorcio ha variado a lo largo de la historia, hace varios años era considerado como un pecado, ya que se encontraba fundamentado por varios principios que tenía como finalidad el respeto a la familia, hoy en día esta institución ha sido aceptada por casi todas las legislaciones y religiones, tanto así que las legislaciones recogen varias circunstancias por las que los cónyuges pueden acogerse y solicitar el divorcio, es un fenómeno social que ya ha sido aceptado.

En 1874, año en el que se da este hecho de la Duquesa de Bauffremont, en Europa el Catolicismo era una religión tan fuerte que se basaban en las leyes que los mismos sacerdotes creaban para la convivencia basada en la religión; en Francia el divorcio era una institución que no existía, por considerarse nefasta, y contraria a la moral.

Es por eso que simplemente los cónyuges podían acudir al Tribunal para que apruebe únicamente la separación de cuerpos.

La separación de cuerpos, era una institución un poco precaria, pero ajustada a esa época; permitía que los cónyuges no vivan bajo el mismo lecho, era como una suspensión a la vida matrimonial, se seguían manteniendo los mismos deberes y obligaciones conyugales, como pasar pensiones a la mujer; pero no se disolvía en sí el vínculo matrimonial.

Según la historia la Duquesa después de obtener la separación se traslada a Alemania, posteriormente solicita la naturalización, una vez nacionalizada adquiere los mismos derechos que todos, por lo que solicita el divorcio con el Duque de Bauffremont, después de concederle el divorcio, vuelve a contraer nupcias con otra persona.

El desarrollo de esta demanda surge por el cambio de nacionalidad de la princesa, en primer lugar, recordemos que el Fraude constituye un cambio de un factor de conexión, y en este caso ese factor es la NACIONALIDAD.

Por lo que la intención maliciosa de la Duquesa era evitar la ley francesa que no le permitía divorciarse, y acogerse a las nuevas leyes y la posibilidad que le brindaba la legislación alemana al momento de nacionalizarse, como consecuencia al burlar la ley francesa, ocasionó un Fraude a la norma imperativa que no le permitía divorciarse, y como sanción se declara nulo el segundo matrimonio, y se aplica la ley francesa que era la llamada a regir en primer lugar.

- Caso Fritz Mandl:

Este caso trata sobre un cambio fraudulento de domicilio.

Hechos:

Un Austriaco, nacionalizado en Argentina, domiciliado en Buenos Aires, un día se le diagnostica mieloma múltiple, que es un tipo de cáncer de la médula ósea, así que decide regresar a Austria, donde estuvo al parecer de marzo a abril hasta su fallecimiento.

En su testamento dejó como única heredera a su quinta esposa, dejando de lado a sus hijos de sus matrimonios anteriores que se encontraban domiciliados en Argentina.

Decisión:

La sentencia de primera instancia resuelve que debe aplicarse la ley argentina ya que el Art. 10 del Código Civil, establece que cuando existen bienes situados dentro del país argentino se deberá regir a esta norma en temas sucesorios.

La sentencia de segunda instancia llego a la misma conclusión, pues la sucesión debe quedar regida por la ley argentina, ya que, aunque la sucesión se rige por la ley del ultimo domicilio del causante que fue Austria, pero el Tribunal argentino decidió cambiar el punto de conexión del ultimo domicilio por el del penúltimo, por la razón de que el domicilio en Austria se obtuvo mediante fraude.

Comentarios:

Fritz Mendl, testo a favor de su quinta cónyuge en Austria porque el testamento aquí seria valido, ya que no se reconoce la porción legitima indisponible, tiene lugar cuando una persona fallece y deja descendientes, la ley les reserva una porción de la herencia de la cual no pueden ser privados sin ningún motivo que no sea debidamente justificado.

Al momento de instituir a su quinta esposa como única heredera, afecto la situación de los demás herederos que por ley les correspondía según el ordenamiento jurídico argentino, nos referimos a los artículos 3283 y 3284 del Código Civil, el primero establece que el derecho sucesorio es regido por el derecho local que la causante tenía en su muerte, y el siguiente establece que el Juzgador será el del ultimo domicilio del fallecido.

Se considera un Fraude a la Ley, porque el causante se benefició de otra norma, de manera voluntaria al momento en el que modificó los factores de conexión en este caso el de domicilio y la nacionalidad para quedar bajo el imperio de la normativa de Austria.

Los herederos legales demandaron en contra de la heredera testamentaria, la discusión principal se basa en la jurisdicción internacional competente, pues no se debe tomar

en cuenta el domicilio que tuvo el causante en Austria porque se evidencia claramente el Fraude, puesto que adquirió el domicilio a pocos días de su muerte, por lo tanto debe aplicarse la ley argentina, porque este fue en realidad el ultimo domicilio que se inscribió, sus bienes muebles e inmuebles se encuentran en Buenos Aires, al igual que los hijos de sus anteriores matrimonios.

- **Caso Munzer.**

Hechos:

En Nueva York en el año de 1926 dos cónyuges, solicitan al Tribunal la separación de cuerpos, el Tribunal pronuncia la separación y fija cuota alimentaria a favor de la mujer.

El esposo cumplía con los pagos durante 4 años, pero sin justa razón dejo de hacerlo.

Así que la mujer decide demandarlo ante el Tribunal de Nueva York.

Decisión:

En la sentencia condenan al marido a pagar la suma adeudada que era de US\$ 77.000.

Como el esposo mudo su domicilio a Francia, la esposa solicita ante el Tribunal de Niza, el reconocimiento de la sentencia dictada en Nueva York.

Pero el derecho francés dispone que contradice la regla de que los alimentos no son a futuro y además no pueden ser reclamadas las cuotas que haya prescripto en un tiempo de 5 años, por lo que el marido interpuso recurso contra aquellas cuotas que el derecho francés consideraba prescriptas.

Contra el Fallo que negó, la cónyuge interpone la Apelación, y la Corte lo revocó por considerar que a pesar de ser la prescripción norma de Orden Público no se aplica a

los derechos legítimamente adquiridos en el extranjero, por tal razón el Orden Publico es atenuado.

Comentarios:

Al momento en el que se da la separación de cuerpos, el Juez puede otorgarle a la cónyuge una manutención conyugal, para su subsistencia.

Esta es una obligación que por sentencia el cónyuge se encuentra en obligación de cumplirla; pero este de forma maliciosa ha dejado de pasarle las pensiones alimenticias, y traslada su domicilio a Francia, para huir de dicha obligación.

En el momento en el que se entera la mujer, solicita en Francia que se ratifique la sentencia para que el cónyuge pague todas las pensiones que se ha atrasado dando un valor total de \$77.000.

El Cónyuge interpone Recurso en Francia y sus argumentos se basan en que no pueden ser reclamadas las cuotas que ya han prescrito, pues es una norma de Orden Público.

Que un acto ha prescrito significa que, por el transcurso de los años (dependiendo cada caso en particular), produce el efecto de extinguir los derechos u obligaciones que se hayan adquirido, mediante plazos que establece la ley; como en el caso de la ley francesa que establece que no se pueden ser reclamadas las cuotas que no han sido cancelada en el transcurso de 5 años.

La fuerza que tiene una norma de Orden Publico queda atenuada, es decir débil, en el momento en que se presenta un derecho que se adquirió en el extranjero, por lo tanto, la sentencia que reconocía la separación de cuerpos y el pago de pensiones, debe ser reconocida también en Francia, lugar en donde el cónyuge tiene su domicilio.

En conclusión los actos que ha realizado el cónyuge han llevado a la aplicación de una norma que le otorga mayores ventajas, es un modo hábil de violar al Derecho, porque el individuo trata de apoyarse en esta norma francesa, porque al parecer se encuentra aplicando una norma lícita; porque el fraude es así, tiene una apariencia de licitud, pero sus resultados son nefastos porque ataca a otra norma que era fundamental y como

resultado su acción es antijurídica; algunos autores incluso lo denominan como una infracción encubierta.

Para concluir este capítulo, podemos observar que lastimosamente en la mayoría de los países latinoamericanos, no existe normativa respecto del Fraude a la ley en materia de Derecho Internacional, se ve la necesidad de crear nuevas leyes que incluyan esta figura que es un remedio para contrarrestar los engaños a la norma; países europeos como España le dan una gran importancia a esta institución y países como el nuestro debería seguir este ejemplo.

Casos que involucran el Fraude a la Ley, se viven diariamente a nivel global, es por eso que el Fraude a la Ley es un remedio cada vez más importante para atacar agresiones a la norma, y debe ubicarse en el ámbito de lo real y de la aplicación.

CAPITULO V

FALLOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA FIGURA DEL FRAUDE A LA LEY

INTRODUCCIÓN:

La Corte Nacional de Justicia ecuatoriana tiene como una de sus obligaciones legales el desarrollo de precedentes jurisprudenciales, que son aquellas resoluciones emitidas por los tribunales de justicia, sobre asuntos trascendentales y que servirán como interpretación, para que una sentencia sea considerada como jurisprudencia debe existir la triple reiteración de los Tribunales, es decir que en tres ocasiones los Tribunales han manifestado similares opiniones sobre un mismo hecho, y el objetivo de que se haga jurisprudencia es que se vuelve una fuente del Derecho, de tal forma que se procure evitar que la misma situación de derecho se interprete de forma distinta, esto es el principio de Unificación de las Sentencias.

La jurisprudencia es una fuente del Derecho ecuatoriano, que adquiere mayor importancia a la hora de solventar vacíos legales, al igual que puede ser una inspiración para los Jueces y Abogados en casos similares.

Han existido varias sentencias que han creado jurisprudencia para llenar esos vacíos legales que tenemos a la hora de reprochar un fraude al ordenamiento jurídico, es por eso que analizaremos tres fallos del Tribunal Superior, sobre este tema.

5.1 JURISPRUDENCIA – DENEGACIÓN DE SOLICITUD DE NACIONALIDAD

(CÓRDOBA, 1985, pág. 85)

- Antecedentes:

Amelia de nacionalidad de origen dominicana, solicita la nacionalidad española al amparo del Art. 22 del Código Civil, este dispone que para obtener la nacionalidad debe residir en España por lo menos 10 años, pero este tiempo de residencia disminuirá a un año en el caso de que sean cónyuges de españoles, además de justificar una buena conducta cívica y suficiente grado de integración con la sociedad española.

La Dirección General de Registros y del Notariado, el 8 de noviembre de 1995 niega la solicitud que concede la nacionalidad española al amparo de dicho artículo, ya que no cumplía con el requisito de “buena conducta cívica”.

Amelia interpone un Recurso Contencioso Administrativo promovido por su Procurador Ignacio Aguilar Fernández en contra de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La sentencia dictada por la Sala de instancia dice en su parte dispositiva:

“Fallamos. - 1º Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de doña Amelia, contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de noviembre de 1995, sobre nacionalidad, por ser el acto recurrido ajustado a derecho. 2º. No procede hacer expresa declaración en materia de costas”.

- Casación:

La parte recurrente plantea dos motivos para la Casación:

Infracción del Art 22 del Código Civil, pues la solicitante ha contraído matrimonio con un español y porque posee una buena conducta cívica ya que los antecedentes penales de la solicitante ya han sido cancelados y por ello son considerados como inexistentes, pues son de fecha lejana el 8 de noviembre de 1991, además de que se atente contra el principio de inocencia.

Se obtiene una certificación expedida por la Dirección General de Policía, en la que constan antecedentes de carácter policial sobre ejercer la prostitución, se expulsa del territorio español por tres años en el año 78, quien regresa al mes siguiente de su expulsión, detenida en el 82 en Santander por hechos relativos a la prostitución y trata de blancas, junto con su esposo que cumplió condena en la cárcel, siendo absuelta en el año 83, la sentencia figuraba como solteros pues lo eran en esa época, y

misteriosamente contrajeron matrimonio antes de la sentencia, creando una situación jurídica nueva, dando lugar a un posible fraude, concebido para evitar se produzcan situaciones en la recurrente derivadas de su propia conducta y antecedentes, por cuanto se estaría ante una situación inicial legal.

- **Sentencia:**

Como se ha visto la recurrente admite que en el pasado ha realizado conductas constitutivas de un delito, pero que ya han sido cancelados, además que el único condenado fue su esposo, mientras que ella fue absuelta por no llegarse a comprobar su participación en ello.

Recordemos que la Sala 1ª del Tribunal Supremo ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir, tiene dicho que mantener un criterio amplio o permisivo en esta materia sería contrario a la «ratio legis» del precepto regulador, de esta forma de adquisición de la nacionalidad. Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto «buena conducta cívica» que utiliza el artículo 22.4 del Código civil.

La citada sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo, niega el Recurso de Casación Interpuesto por la dominicana Amelia y bien rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse porque «podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley». Así, textualmente, se expresa la Sala de lo civil de este Tribunal Supremo.

- **Comentarios:**

Recordemos que los puntos de conexión son aquellas circunstancias en las que se vincula un problema de derecho con un Derecho determinado, así lo establecía el Dr. Hernán Coello. (Hernán Coello García, 1993)

La nacionalidad es conocida como el vínculo jurídico político que relaciona al individuo con un Estado, nuestra Constitución sostiene que la nacionalidad es un atributo de la persona, ya que es un derecho fundamental de los hombres que se le atribuye desde el momento de su nacimiento; y puede ser de origen y por adquisición, existen cuatro vínculos que son:

- Ius Solis, es el derecho del suelo, es decir aquella que lo adquieren por el hecho de nacer dentro del territorio.
- Ius Sanguni, es el derecho de sangre, se adquiere por el vínculo consanguíneo, es decir aquel que los padres heredan a sus hijos.
- Ius Domicili, es el derecho en razón al domicilio de la persona, pero para que el individuo pueda nacionalizarse debe cumplir con ciertos requisitos, uno de ellos y el más importante es residir un cierto tiempo dentro del Estado.
- Ius Optandi, el derecho que tiene cada individuo de optar por una nacionalidad distinta de la que posee.

La nacionalidad es el vínculo más fuerte que tiene el individuo, cada Estado trata dentro de su ordenamiento jurídico el tema de los nacionales y la distinción que se hace con los extranjeros.

Anteriormente existía una gran diferencia en cuanto al trato entre los nacionales y los extranjeros, por ejemplo, en la época romana se los consideraba como enemigos, y por lo tanto no tenían ningún beneficio como los ciudadanos romanos; el trato ha ido evolucionando y en la actualidad en la mayoría de Estados a los extranjeros se le reconoce los mismos derechos, por ejemplo, en el Ecuador, la Constitución de la Republica y el Código Civil:

Art. 9 Constitución. - Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución. (Asamblea Constituyente, 2008)

Art. 43 Código Civil. - La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. (Congreso Nacional, 2005)

Cada Estado establece dentro de su ordenamiento jurídico, cuales son los requisitos para que el extranjero adquiera la nacionalidad del País, en la mayoría de Estados el principal requisito es haber residido por un largo tiempo dentro del Estado en donde pretende adquirir la nacionalidad. La renuncia expresa de la nacionalidad anterior,

cabe recalcar que en el estado ecuatoriano este ya no es un requisito, pues nuestra Constitución acepta la doble nacionalidad.

En el caso del Ecuador para solicitar la nacionalidad por motivos de haber contraído matrimonio o unión de hecho con un ecuatoriano, se podrá solicitar la naturalización cuando se haya transcurrido dos años desde que se inscribió el matrimonio o unión en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

A diferencia de España en casos de matrimonio o unión de hecho, la naturalización se puede solicitar al año de residencia en este país, pero hay un requisito que es considerado esencial el cual es que la persona debe demostrar una buena conducta cívica.

Claramente la buena conducta no se presume, sino que debe ser demostrada, y no basta solamente con presentar el documento de antecedente penales, porque en realidad la buena conducta no se demuestra tan solo con esto, lastimosamente el legislador español no dio un concepto claro de la buena conducta, más bien es un término abierto y solo los Jueces pueden determinar a su parecer si las conductas se encuentran dentro de su límite de aceptación.

En este caso, Amelia que es la persona que interpone en primer lugar un Recurso Contencioso Administrativo en contra de la Resolución que dictó la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues al haberle negado la nacionalidad española se estaba violentando a su derecho que por ley posee, el cual es adquirir la nacionalidad española, ya que ella consideraba que cumplía con los requisitos que la ley prevé para

la adquisición de la nacionalidad, inclusive su cónyuge tenía la nacionalidad de origen española.

Uno de los principios de la nacionalidad es que el Estado no puede negar a los extranjeros que residan dentro de su territorio la posibilidad de que al momento de cumplir con todos los requisitos puedan optar por la nacionalidad del país en que se han radicado.

Evidente Amelia sentía que se violentaba su derecho de cambiar de nacionalidad porque según ella se encontraba en total cumplimiento de todas las exigencias que el estado español solicitaba para pedir la naturalización.

Se negó la solicitud de nacionalidad, porque incumplía uno de los requisitos el cual es poseer una buena conducta cívica, y Amelia en el pasado se le había acusado por varios delitos que había cometido, aunque finalmente quedó en libertad pues no se llegó a comprobar su colaboración en ellos.

El problema es que Amelia realizó un cambio brusco de nacionalidad, y el Tribunal Supremo en casación rechaza la adquisición de nacionalidad porque puede dar paso a un Fraude a la Ley, ya que contrajo nupcias después de que se le acusó a su cónyuge por el delito de trata de blancas.

Recordemos que, en la figura del Fraude a la Ley, la persona realiza una maniobra que consiste en el cambio de un factor de conexión, de esta manera se puede beneficiar de una ley extranjera que le beneficia más que la ley que se defraudó.

Amelia además de solicitar la adquisición de su nacionalidad sostiene que se le están perjudicando, pues en los delitos de los cuales habla el Tribunal no se llegó a comprobar su actuación, además de que ya han pasado varios años de ese suceso.

Esta sentencia se volvió importante por el hecho de que el Tribunal niega la nacionalidad, porque PODRIA, dar paso a un Fraude a la Ley, es decir que pretende proteger su ordenamiento jurídico primero, aun así, se piense que se está violentando los derechos que tiene el extranjero, el Fraude es utilizado como una herramienta que le permite evitar las posibles vulneraciones a la normativa jurídica, sirve como un instrumento de control, para prevenir futuras violaciones al espíritu de la norma.

No existe una norma que prevea la sanción cuando el individuo pretenda defraudar a la ley, sino ya cuando ha sido defraudada, y este fallo sirve como un instrumento, al cual se puedan referir los Jueces cuando exista una sospecha de que una persona pretende con la adquisición de la nacionalidad o cualquier otro elemento de conexión, defraudar a la norma, evitando de esta forma el gran problema que trae esta figura.

5. 2 JURISPRUDENCIA- IMPROCEDENCIA DE LA EJECUCION DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO

(CÓRDOBA, 1985)

- Antecedentes:

Francisco F. R. y D. Elena C.C cónyuges solicitaron a la Sala Primero de lo Civil de España, la ejecución de la sentencia de divorcio que fue dictada el 27 de diciembre de 1979 por el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil del Distrito Bravos de Chihuahua en México.

Las actuaciones se pasaron al Ministerio Fiscal, quienes dictaminaron que no procedía la ejecución de la sentencia solicitada, y se solicitó a la Procuradora de las partes para que presentaran documentos que certifiquen la residencia de los cónyuges en el Estado de Chihuahua durante el tiempo en el que se produjo el divorcio.

- Certificaciones que NO fueron aportadas.

-Sentencia:

El Tribunal Supremo con auto de 27 de mayo de 1985, no da lugar a la ejecución de la Sentencia de Divorcio dictada en el año 1979 por el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil del Distrito Bravos de Chihuahua- México.

Pues resulta que los cónyuges, en fecha 27 de diciembre de 1979 eran españoles, al igual que en la actualidad, además de que su residencia estaba en ESPAÑA, datos facticos que impiden el reconocimiento de la sentencia de divorcio, ya que el ART. 107 inciso primero del Código Civil Español, establece que la separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda.

Es decir que la ley llamada a regir en este caso es la ley española pues los cónyuges aparte de ser de nacionalidad española tienen su residencia en España, pues es de competencia de los Órganos Jurisdiccionales Españoles.

El Tribunal Sostiene que de accederse a la petición formulada se infringe el artículo sexto apartado cuarto, del Código Civil, en cuanto la conducta de los peticionarios implicaría un claro Fraude de ley que no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

-Comentarios:

A simple vista parece que los cónyuges intentan que una sentencia que fue dictada en el extranjero en este caso en México, se ejecute en España, pues su residencia actual es España.

Si el caso fuera así, los cónyuges están actuando conforme a la norma, solo pretenden realizar una homologación de la sentencia, es decir que sea reconocida en el territorio español y por lo tanto que se pueda ejecutar.

El inconveniente es que, al momento de solicitar la ejecución de la sentencia extranjera, se solicitó a los cónyuges que presenten la documentación que demuestren que en ese año ellos se encontraban domiciliados en el Estado de Chihuahua, y si es así el Art. 69 de la Ley General de Población en México establece que:

“Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompaña la certificación que expide la Secretaría de Gobernación que acredite su legal residencia en el país, y que sus condiciones y calidad migratoria les permiten realizar tal acto”.

Pero al no entregar en España la certificación que demuestre que en ese año los cónyuges residían en México, el Tribunal consigue datos reales en los cuales se demuestra que Francisco y Elena cónyuges, de nacionalidad española, en el año 1985 constaba que su residencia era en España y no en México.

Las razones del porque se considera un Fraude a la Ley, es porque cumple con los requisitos para llamar fraude, como, por ejemplo: El acto encuentra apoyo en una norma que le brinda mayores beneficios, los actores tienen la intención de eludir la norma española para dar lugar a un resultado ilícito.

Como hemos analizado anteriormente todo acto que persiga un resultado contrario, o prohibido por el ordenamiento jurídico, se considera que es ejecutado en Fraude a la Ley, y la sanción es la aplicación de la norma que se trató de eludir en este caso la norma española.

Por lo tanto, trataron de beneficiarse de otra norma, cometiendo completamente un Fraude a la Ley, pues en primer lugar el divorcio es nulo, porque no residían en México, y en segundo lugar quisieron defraudar a la norma española, se trata de una conducta de carácter intencional.

5. 3. JURISPRUDENCIA - DENEGACIÓN DE VISADO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

(“Consejo General del Poder Judicial,” 2014)

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sede en Madrid – España, 09/04/2015
STS 1676/2014

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo

Sede: Madrid - España

Procedimiento: Recurso de Casación

Fecha: 09/04/2014

- **Antecedentes:**

D. Evangelina de nacionalidad y residencia en Marruecos formula la solicitud de visado de reagrupación familiar pues su cónyuge de nombre Isidro es nacional de marruecos pero residente es España, pero el Cónsul General de España en Nador(Marruecos), niega la solicitud del visado, mediante resoluciones de fechas 16 de mayo y 13 de octubre del 2011. La razón es porque se ha acreditado que D. Isidro se divorció de la primera esposa D. Pilar, que le agrupó antes de la consumación del matrimonio, se reagrupó el 21 de junio del 2016 y se divorció el 27 de septiembre del 2006, por lo cual resultaría que nunca hubo convivencia con la primera pareja, que fue evidentemente un Fraude porque su único objetivo era migrar a España, además de esto se llegó a comprobar que las dos esposas y el señor Isidro tienen el mismo

apellido, es decir que son familia, estas son las evidencias por las cuales el Cónsul de España supone que el matrimonio con la Señora Evangelina no es auténtico.

Por lo cual el cónyuge D. Isidro interpuso Recurso Contencioso Administrativo; y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 13 de Julio del 2012, desestimatoria del recurso promovido contra las resoluciones del Cónsul General de España en Nador.

- **Casación:**

La demandante presentó escrito preparando recurso de casación, por infracción al artículo 24 de la Constitución, solicita se dicte nueva sentencia apreciando correctamente las pruebas, y se apruebe la concesión de visado solicitado, se presenta como pruebas fotografías de la celebración del matrimonio, boletos aéreos que demuestran que el señor Isidro ha visitado a su esposa en Marruecos antes del matrimonio como después de la celebración.

Se basa en el Art. 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, los extranjeros residentes pueden reagruparse con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre y cuando no se ha celebrado en Fraude de Ley.

Pero existe una normativa en el Ordenamiento Jurídico español que señala que la Administración puede negar el visado si existe duda sobre la veracidad de los hechos, y que el simple acto en el cual existe un matrimonio anterior simulado da paso a una duda sustentable de que los matrimonios han sido ficticios.

El Tribunal estima que ni las fotografías ni los pasajes aéreos de España a Marruecos y viceversa sean suficientes, porque en primer lugar en las fotografías no se pueden evidenciar que se trata de los mismos sujetos, y con respecto a los pasajes el Señor

Isidro no ha adjuntado copia fiel de su pasaporte en el que se demuestre los sellos de entrada y salida de Marruecos, por lo tanto, la decisión del Cónsul de España estaba efectivamente analizado, además de una evidencia sustantiva que permite la denegación del visado por reagrupación familiar.

- **Decisión:**

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español y nos confiere la Constitución, FALLAMOS que: NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por D. Isidro contra la sentencia de 13 de julio de 2.012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo.

- **Comentarios:**

La migración es una triste realidad que va creciendo cada vez más, y por motivos que son diversos, aunque mayormente es la falta de empleo y la economía de los países, de esta manera algunos individuos se ven en la necesidad de encontrar una fuente de dinero para la sostenibilidad de su familia, por eso viajan a países desarrollados como es el caso de España, para poder ayudar económicamente a sus familiares que se quedan en el país de origen.

Para que una persona pueda solicitar la ciudadanía española debe residir por lo menos 10 años en el Estado Español, 5 años para aquellos que se encuentran en estado de refugiados, dos años para países iberoamericanos y un año en el caso de que uno de los cónyuges tenga la nacionalidad española.

Para aquellos que se han nacionalizado en España, existe la opción del visado por reagrupación familiar, que consiste en brindar a su titular la residencia en España por un lapso mayor a los 90 días, más del tiempo que permite el visado turístico, de esta manera los beneficiados podrán entrar al territorio español de manera legal además de poder obtener la tarjeta comunitaria que les permite trabajar en España.

Cabe recalcar que el visado por reagrupación familiar no se lo da a cualquiera, sino que debe poseer un cierto nivel de parentesco, como es el cónyuge o los hijos, y se debe presentar pruebas que acrediten la relación familiar de los individuos.

Por lo tanto, los hechos nos muestran que el señor Isidro intenta reagrupar a su segunda esposa con la cual contrajo nupcias, su actuación es conforme a la ley, aparentemente.

Al analizar las evidencias, encontramos que antes de contraer nupcias con la Señora Evangelina, el Sr. Isidro contrajo matrimonio con otra persona, de la cual se divorció a los pocos meses; esto significa que el matrimonio fue completamente falso, porque su verdadero objetivo era contraer matrimonio con una persona que ya había sido nacionalizada en España, para que de esta forma poder el Sr. Isidro obtener la naturalización conforme a lo que la ley establece, es decir que, “se podrá solicitar la naturalización española cuando uno de los cónyuges sea español.

Lo que hizo en un inicio es manipular voluntariamente el punto de conexión que en este caso es la nacionalidad, para poder situarse debajo del amparo de la norma española, de tal forma que cuando a este le hayan otorgado el visado por reagrupación familiar, y posterior a esto obtenga la nacionalidad española, se divorcie, y pueda quedarse en España de manera legal.

Ricardo Balestra, define al Fraude a la Ley como: “La realización de actos que aisladamente serían considerados como válidos, pero que se hallan presididos en su comisión por una intención, dolosa del agente con la finalidad de alcanzar un resultado prohibido por el derecho y más específicamente por la norma de Derecho Internacional Privado. (Balestra R, 1993)

De esta definición observamos los puntos más importantes para poder determinar un Fraude a la Ley, primero sostiene una realización de actos que si los aislamos serían considerados como lícitos, como hemos visto es un derecho de las personas en España solicitar una visa por el motivo de reagrupación familiar, por supuesto uno de los requisitos es demostrar el parentesco familiar ya sean cónyuges o hijos, a simple vista lo que hace el Sr. Isidro y la Sra. Evangelina de solicitar una visa por este motivo es algo que se encuentra completamente de acuerdo a la normativa española.

El segundo elemento es una intención dolosa, se llega a comprobar en la Embajada española situada en Marruecos, que los Señores: Pilar (primera esposa) de quien Sr. Isidro se divorció a los pocos meses de casarse, la Sra. Evangelina (segunda esposa) quien solicita visado por reagrupación familiar y el Sr. Isidro poseen el mismo apellido es decir que se presume que los tres sujetos son familia.

Tercero se pretende alcanzar un resultado prohibido por el ordenamiento: El Art. 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sostiene que “los extranjeros residentes pueden reagrupar con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley”.

El resultado prohibido por la norma es que el Sr. Isidro pretende reagrupar a su esposa Evangelina de la cual se asume que su matrimonio se celebró en Fraude a la Ley.

En España la Figura del Fraude a la Ley la encontramos en el artículo 6.4 del Código Civil el cual establece que el Fraude supone un acto humano por el que, utilizando medios suficientes, se trata de conseguir un concreto fin amparándose en la tutela de una norma jurídica que está dada para una finalidad distinta y contrapuesta a la perseguida.

La norma jurídica que se da para una finalidad distinta es la de unir a la familia, porque los residentes en España tienen ese derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en Fraude.

Con todas las circunstancias que se han analizado cabe la gran posibilidad de que este matrimonio como el anterior han sido celebrados para defraudar a la norma española con el único objetivo de migrar, por esto cabe completamente la duda razonable de la Administración de denegar el visado.

De igual forma la misma Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los Extranjeros en España, establece: "Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.

Por lo tanto, el Tribunal Español con motivos suficientes y amparados en la norma, niegan el visado y desestiman el Recurso de Casación, por encontrar motivos suficientes para presenciar un Fraude a la norma española.

La Jurisprudencia en el Ecuador es una Fuente del Derecho, es decir que puede ser aplicada cuando se encuentren vacíos legales sobre temas que no han sido tratados dentro de la norma interna.

Uno de estos casos es la Jurisprudencia respecto del Fraude a la Ley, como la Jurisprudencia son resoluciones de los Tribunales de Justicia sobre asuntos que han generado importancia, estas pueden servir como interpretación y pueden suplir a la ley en casos similares, así se puede evitar que el mismo acto sea interpretado de forma distinta, por eso la importancia de analizar fallos que han servido como inspiración para otros Jueces.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INTRODUCCION:

En este último capítulo se presentan las conclusiones y las recomendaciones respecto a la figura del Fraude a la Ley, a través de toda la investigación realizada en anteriores capítulos, vemos la necesidad de crear conciencia, de que esta Figura es más importante, aunque exista un poco análisis y estudio de la misma.

El Fraude existió en el pasado y seguirá existiendo en un futuro, y los países deben legislar para proteger la norma, de todos los actos fraudulentos que pueden atentar contra el ordenamiento interno.

6.1 CONCLUSIONES:

1. El Derecho es el conjunto de normas que rigen una sociedad, se clasifica en Derecho Público, Privado y Social, aunque este último nace del Derecho Público. El Derecho Público, regula las relaciones entre las personas y los órganos que ostentan el poder, a su vez se sub clasifica en otras ramas del Derecho como son: Constitucional, Administrativo, Internacional, Penal, Tributario, etc.
2. El Derecho Privado, regula las relaciones entre los particulares, sus ramas son: Derecho Civil, Mercantil y subclasificaciones. El Derecho Social, tiene como objetivo velar por las desigualdades sociales, para poder proteger al más débil, y se divide en Derecho: Laboral, Migratorio, Seguridad Social y Agrario.

3. El Derecho Internacional es una rama que se considera joven, ya que su nacimiento fue en el año de 1648 gracias al Congreso de Westfalia, este Derecho se clasifica en Derecho Internacional Público y Privado; el primero regula las relaciones entre los Estados y demás Organismos Internacionales, y el segundo regula las relaciones entre los particulares en un contexto Internacional, se divide en Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado; el Público regula las relaciones entre los Estados y de estos con los demás sujetos de la sociedad internacional es decir las Organizaciones Internacionales.

El Derecho Internacional Privado es el que regula la ley competente para la solución de conflictos de carácter internacional.

Estas dos ramas del Derecho Internacional se diferencian por ciertos parámetros como lo son: 1. Sujetos: Para el Público el sujeto principal es el Estado, a diferencia del Privado que el sujeto principal es la persona privada. 2. El ámbito que abarcan: En el Derecho Público abarca temas relacionados a todas las personas que pertenecen a un Estado, mientras que el Privado abarca problemas personales de índole familiar o patrimonial; entre otras diferencias.

4. Gracias a las relaciones internacionales que se han generado y se generan han dado lugar a varios conflictos, ya sea por la competencia, por el Fraude, conflicto de leyes o por cuestiones de Orden Público; y es el Derecho Internacional Privado quien se encargara de regular las relaciones internacionales entre los particulares.
5. El Fraude a la Ley, es uno de los problemas que se genera en varias ramas del Derecho, pero en especial en el Derecho Internacional Privado, y es considerado como el remedio para evitar que la ley sea defraudada, el mecanismo para defraudar la norma es el cambio del factor de conexión que le permite quedar bajo el amparo de un ordenamiento jurídico diferente al que le correspondía y beneficiándose de dicha alteración.

6. El Fraude surgió desde que el hombre piso la tierra, es decir ha existido desde siempre, los primeros en promulgar leyes al respecto fueron los Romanos, en el año 367 A.C. con leyes sobre el campo y el ganado, establecían que nadie podía poseer más de quinientos iugeri de agro público, y un ciudadano trato de evadir la ley, emancipando a su hijo para que el también posea 500 iugeri.
7. El Fraude a la Ley consiste en el cambio de un punto de conexión para que de esta manera se pueda sustraer de forma voluntaria a otra norma que le brinda mayores beneficios de la que trató de eludir; estos puntos de conexión, también son conocidos como Factores de Conexión; que son aquellos que vinculan un problema de derecho con un derecho determinado; y estos pueden ser: La nacionalidad, domicilio, lugar en donde se encuentran los bienes, lugar de delito, residencia, sede de la persona jurídica, entre otros.
8. La Naturaleza Jurídica del Fraude es, ser una institución jurídica independiente que se la considera como un REMEDIO para contrarrestar los actos en contra de la ley y sancionarlos. Es como una figura preventiva para que la norma no pierda su carácter de obligatoriedad.
9. En el Fraude el primer elemento que existe es la Intención Fraudulenta, pero tiene un gran conveniente, ya que comprobar la intención que se encuentra en el fuero del individuo es algo casi imposible, es por eso que se debe probar aplicando el nexo causal es decir la relación que existe entre la voluntad del agente y el resultado. El Fraude es como una infracción encubierta, porque el individuo utiliza uno o más actos conforme a la ley, que es algo aparentemente licito, ya que si se les considera por si solos son actos legales, pero que en su conjunto dan un resultado contrario a la ley.
10. Al Fraude se lo confunde con varias figuras, y la razón por la cual la mayoría de Ordenamientos Jurídicos, no la prevé en sus legislaciones, al considerar que las otras figuras son más importantes que esta, que incluso llegan a pensar que el Fraude se encuentra inmerso en estas figuras, y no es independiente ni

autónoma, con estas figuras nos referimos a: La Acción Pauliana, Orden Publico, Abuso del Derecho, Actos Contrarios a la Ley, etc.

11. El Orden Publico es la institución que ha sido asimilada al Fraude, incluso manifiestan que para que deba existir el Fraude, debe existir la figura del Orden Publico, ya que con ella se puede evitar la aplicación de la ley extranjera.

Pues la similitud que existe entre estas dos figuras, es que ambas tienen como objetivo evitar que se aplique la ley extranjera, la una porque en algunas ocasiones los actos que realizan los individuos pueden ser contrarios al Orden Publico, es decir a la moral o a las buenas costumbres de toda la sociedad; y la otra figura porque evita que se aplique la ley extranjera cuando el individuo pretende evadir una norma interna para aplicar una extranjera porque le da mayores ventajas.

12. El Fraude a la Ley, es una figura indispensable para el Derecho Internacional Privado, porque evita y sanciona cuando existen violaciones a la norma; algunos países han introducido esta institución dentro de sus Ordenamientos, pero en otros el desarrollo de esta figura lamentablemente es escaso, y se debe a que el Fraude es difícil de comprobar, pero resultaría obvio en ciertas circunstancias como cuando en un corto espacio de tiempo un individuo se traslada de un lugar a otro, y en este cambio realiza un acto jurídico que le ha beneficiado; hoy en día lograr comprobar esto es una lucha que los Jueces deben demostrar y poder interpretar de la mejor manera, para que la ley no pierda su espíritu por el cual fue creada.

13. España es el país en el que podemos encontrar un gran desarrollo de la institución del Fraude a la Ley, y debería ser referente para el resto de los países en los que existen lagunas respecto a este tema; aunque no exista en ningún código un capítulo especial sobre el Fraude, la legislación española lo ha incorporado en el Título Preliminar de su Código Civil, y la razón es porque el Título Preliminar sirve como base para los demás ordenamientos jurídicos.

14. En los países pertenecientes al Common Law, la figura del Fraude a la Ley, no existe, aunque algunos autores sostienen que se podría encontrar dentro de otra figura que es la llamada “CLEAN HANDS”, Manos Limpias, es aquella institución que permite al Tribunal negar la demanda cuando una persona pretenda proteger un derecho que lo ha adquirido mediante una conducta arbitraria, esta institución es la que más puede asimilarse al Fraude dentro de estos países.
15. Los países latinoamericanos a pesar que tienen una gran influencia de la familia romana, lastimosamente tienen un poco desarrollo de esta figura, solo la encontramos en artículos vagos, y en Tratados Internacionales como en el caso del Ecuador.
16. La Jurisprudencia es una fuente importante para el Derecho Internacional Privado, por eso algunos países cuando no encuentran justificación en su ordenamiento jurídico, recurren a los fallos de triple reiteración para poder interpretar y resolver de mejor manera los casos en Fraude a la Ley.

6.1.2 CONCLUSIÓN GENERAL

El estudio del Derecho Internacional Privado posee una importancia trascendental, por el hecho de ser una rama del Derecho que tiene como objetivo determinar cuál es la ley aplicable en una relación jurídica, siempre y cuando exista en esta un elemento extranjero, y este elemento puede recaer en la persona, en la cosa o en la forma externa de los actos.

El Derecho Internacional Privado ha creado varios inconvenientes al aceptar que se traspasen los límites de los Estados para dar lugar a la celebración de las relaciones internacionales, que, así como son indispensables para el desarrollo de la sociedad, también han generado varios conflictos a la hora de resolver sobre la legislación a la que las partes se deben acoger para la solución de problemas de índole internacional.

Esta rama del Derecho tiene como objetivo determinar los límites del espacio que se da por el tráfico jurídico externo, es preciso aclarar que esta materia no da soluciones directas a los conflictos, pues trata de determinar entre varias legislaciones cual es la llamada a resolver el problema.

Uno de estos conflictos que se han generado por encontrarse varias normas en el mismo tiempo, pero en diferente espacio dio lugar a la figura del Fraude a la Ley. El Fraude a la Ley ha sido una figura muchas veces olvidada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pese a esta situación se ha llegado a comprobar que el Fraude es una institución que no apareció repentinamente, más bien fue reconocida por los grandes jurisconsultos de la época romana, aun así, su nacimiento es remotamente más antiguo que esta época, pues según la historia el Fraude existe desde que Dios creó la tierra, claro basándose en un pensamiento del cristianismo; desde el momento en que existió el hombre en su pensamiento estuvo la idea de evadir las leyes de su creador, ya sea por motivos como satisfacción pero se cree que fue más por su propia sobrevivencia.

En cada época se crearon leyes para mantener a las agrupaciones en un respeto entre todos, aunque al principio se trataba de proteger su territorio, posteriormente los individuos se dieron cuenta de la necesidad de crear lazos entre otros individuos de diferente territorio así nació el trueque, gracias al gran avance de cada época los extranjeros dejaron de considerarse enemigos y se les empezó a dar el mismo trato que a los ciudadanos.

Todas estas situaciones de sobrevivencia al cambio impulsaron a los individuos a pensar en artimañas para evadir las leyes por su bien común, así fue como nació el Fraude a la Ley, y el primer caso registrado de esta situación fue en Roma cuando se interpuso una norma que limitaba a los ciudadanos poseer más de 500 iuieri y un romano vio la manera de evadirla emancipando a su hijo y dándole 500 iuieri para mantener todo en familia y no dar por obligación al Estado Romano.

Hoy en día esas maniobras fraudulentas se han ajustado a los nuevos tiempos, y en algunos países han sido incorporada normativa para la protección a la norma, y evitar su vulneración, así como sancionar todo caso que intente evadir por medios

lícitos la norma interna para encontrar beneficio en una norma de cobertura, su sanción es la nulidad de todo acto hecho en fraude.

Pero surge grandes inconvenientes al analizar que existen varios Estados que tienen poco conocimiento en su doctrina y en su legislación sobre una figura que como se ha observado ha sido importante a lo largo de la historia y por consiguiente seguirá siendo, porque el hombre siempre verá la manera de sobrevivir quizá para algunos su supervivencia se encamine a formas fraudulentas.

Son todos los problemas que existen hoy en día que lleva a algunos individuos a violar la norma para poder obtener mejores beneficios, problemas como la pobreza, migración, la falta de empleo, etc.

Las conductas de los seres humanos no se las puede establecer taxativamente pues son infinitas y entre estas conductas existen aquellas que son nefastas como el caso de evadir las normas, esta circunstancia nos hace notar la falta de normativa que permita que el ser humano pueda vivir en una comunidad y garantizar el bien social de todos los ciudadanos.

Y para evitar que la norma no sea defraudada se concluye en una necesidad urgente de que países como el Ecuador incorpore dentro de su ordenamiento normativa respecto al Fraude a la Ley, y además de eso capacitar a los Juzgadores que en casos de que se encuentren frente a un Fraude puedan resolverlo e interpretarlo de una mejor manera para que las leyes ecuatorianas sean respetadas por todos los ciudadanos ya sean nacionales o extranjeros.

Resulta conveniente que el legislador pierda el miedo a tratar y estudiar nuevas realidades, de tal forma que su actividad se convierta en una fuente fecundada de normas legales. El Fraude a la Ley constituye una realidad tangible que impone su regulación expresa y exhaustiva, incluso al extremo de que se imponga una actuación directa y expedita por parte de los Jueces para determinar y sancionar este tipo de vulneraciones al ordenamiento jurídico que lo único que consiguen es evadir el fin último de la ley, la cual es su aplicación correcta.

Es importante poseer un mecanismo de justicia que sea completamente solido que abarque todos los problemas que se van generando a lo largo de la historia, o como en el caso del Fraude un inconveniente que ha existido desde siempre pero no se ha podido regular debidamente, de esta manera nos permita dar una solución a todo conflicto o controversia que se genere, porque siempre se debe fortalecer al sistema jurídico. El Juzgador debe tener en cuenta el rol importante que está en sus manos, que no solo se trata de aplicar la norma, sino de poder interpretarla y poder llenar esos vacíos jurídicos, pues su desempeño judicial debe ser adecuado y expedito para hacer frente a los nuevos retos que seguirán enfrentándolos.

6.2.- RECOMENDACIONES

1. El Derecho Internacional Privado es una rama que ha tomado gran importancia en estas últimas décadas, y merece seguir siendo estudiada, porque hoy en día existen varios conflictos internacionales, sobre todo por el amplio espectro que ofrece el tráfico internacional, es decir que las relaciones jurídicas han proliferado pues se someten a más de un ordenamiento jurídico, dando lugar a la necesidad de que el legislador contemple la posibilidad de generar normas que traten de dar solución a estos nuevos cambios, por eso se han creado varias figuras para proteger los derechos que tienen todos los ciudadanos a nivel internacional, además del cumplimiento de sus obligaciones.

El tráfico internacional promueve a que existan fácilmente relaciones internacionales, pero del mismo modo generan grandes inseguridades, por el mismo hecho de que se vinculan entre más Estados, y esto es porque su solución puede encontrarse en varios ordenamientos, pero solo uno de ellos es el llamado a regir la situación jurídica, llegar a descubrir cuál es el que debe regular dicha situación es en donde se genera los mayores conflictos.

2. La figura del Fraude a la Ley, también existe en otras ramas del Derecho, como en lo Penal, Tributario, Propiedad Intelectual, entre otras; pero en el Derecho

Internacional Privado tiene un mayor aporte, porque el Fraude a la Ley, existirá siempre y el hombre encontrara nuevas formas de evadir las leyes, es por esto que debería ser conocida por todos, por tal razón debe ser estudiada con mayor fuerza y de manera más amplia, tal vez de una forma más técnica, haciendo posible que las normas permitan identificarla y doten de efectos jurídicos su desconocimiento, de tal forma que se encuentre una verdadera aplicabilidad y solución a los conflictos de esta naturaleza.

3. Además de que el Fraude sea estudiado a nivel de Derecho Internacional, también debería recogerse en el Código Civil, porque como hemos notado el Fraude en nuestro código es una figura que no está tipificada como tal, más bien encontramos la palabra fraudulenta, pero evoca un significado distinto del que lo tiene en el Derecho Internacional, pues se lo entiende como una astucia, engaño o una conducta desleal en contra del acreedor; lo que se propone es que, se lo recoja en su Título Preliminar como regla general que suplirá en cualquier situación de derecho en la que exista hechos que intenten burlar la norma al beneficiarse con otra la cual no es competente para regir el caso en particular, si es regla general no solo suplirá en casos que se trate de materia civil, sino también en las demás ramas del Derecho como lo son: Penal, Tributario, Laboral, etc.
4. Es necesario que debido a la falta de desarrollo sobre el tema del Fraude a la Ley, a nivel institucional y sobre todo en los ordenamientos, se piense en un futuro, tipificar una normativa sobre el Fraude en donde se pueda establecer, la forma en la que se ha de identificar, es decir todos los elementos que integran para que un acto sea considerado en Fraude a la Ley, además de como los Jueces deben interpretar y sancionar en debida manera para evitar que la norma imperativa sea evadida, porque no es suficiente el simple reconocimiento de esta figura.

A mi juicio debe reconstruirse una teoría general que trate específicamente del Fraude a la Ley, ir más allá de una simple expresión, por el hecho de que no parece ser utilizada por los magistrados no debe ser una figura olvidada, como

se ha analizado existe una variedad de doctrina al respecto del Fraude que cuenta su historia de cómo surgió desde que el hombre piso la tierra, y la razón es porque la figura siempre ha sido indispensable para proteger el carácter imperativo que tiene la norma, así como respetar su letra y su espíritu, y de esta manera evitar violaciones a la misma.

Lo importante es estructurar un andamiaje jurídico válido que permita la aplicación correcta de esta figura y de pábulo a los efectos legales pertinentes. Lastimosamente el Fraude a la Ley es una figura que preocupa mucho por ser una realidad social, pues no solo los ciudadanos son los únicos que cometen actos delictivos en contra del espíritu de la norma, también la corrupción dentro de la propia administración de justicia que se han llegado a conocer casos de malversaciones, aplicación incorrecta de normas para fines ilegítimos, y otros más, por tal razón el estudio de esta figura cada día se vuelve primordial.

5. Todos los profesionales del Derecho, ya sean Jueces, Abogados en libre ejercicio e incluso estudiantes, deben conocer sobre la existencia del Fraude a la Ley además de estudiarlo a fondo, porque, aunque no se encuentre actualmente en nuestro ordenamiento jurídico interno, esto no significa que nunca existirá en el Ecuador un caso de Fraude, esta figura no se encuentra debidamente contemplada; solo la podemos encontrar en los Tratados Internacionales que el Ecuador ha suscrito, y al menos esto abre una posibilidad de que esta figura se vuelva realidad en nuestro país, para poder sancionar la violación de una norma que en algunas ocasiones tal vulneración también afecta a terceros, y estos deben sentirse respaldados para que en juicio se pueda dar una debida sanción para aquellos que defraudaron la normativa; porque nuestro ordenamiento solo ha recogido leyes para la represión de fraudes en los negocios jurídicos, y no para aquellos que evaden la ley por un beneficio.
6. Podemos recomendar que la figura del Fraude a la Ley, sea incorporada dentro de nuestro ordenamiento como en el caso de España, que es un país que protege su legislación en su totalidad, y más en casos de Fraude, puesto que esta

institución se encuentra en el Título Preliminar del Código Civil; y este Título Preliminar es tan importante que muestra ese conjunto de normas que históricamente han sido tomadas en cuenta para ser una base de inspiración e interpretación para los Jueces, y no solo regirá para este código, también para los otros.

El sistema jurídico español ha reconocido la figura del Fraude a la Ley desde hace muchos años atrás, aunque al principio no lo tomaban como una figura autónoma pues solo regían los actos en contra de la ley y la interpretación jurídica para solucionar conflictos, fue años después que adoptaron en el Código Civil en el año 1974 la figura. De esta manera hasta el día de hoy intentan proteger la debida aplicación de la norma que ha sido tratada de eludir.

7. Aunque varios autores sostengan que el elemento intencional no deba ser considerado como un elemento del Fraude, debería ser incluso un elemento principal, porque, aunque la intencionalidad es un elemento psicológico poco probable de reconocer, forma parte de la esencia de la figura del Fraude, sin intención de defraudar, sin el dolo, ni la malicia de evadir las leyes, no habría Fraude; pues la intención del agente es la pieza inicial para que exista el Fraude, que permite distinguirla de las demás figuras del Derecho, además que en las sentencias que han sido analizadas los Juzgadores al momento de sentenciar han tomado en cuenta la intención del agente para sancionar el Fraude o para muchas veces evitarlo, como en el caso de la sentencia del negado de visado, que fue rechazado porque se notaba la intención del agente que era defraudar la norma española.

Caffarena señala que se hace muy difícil pensar en casos en los que no exista la intención de defraudar, en el caso de las normas imperativas, el fraude consiste en eludir su aplicación, por lo cual resultaría necesario el auxilio de elemento subjetivo que ayudará a determinar si cierto acto o actos fueron realizados en Fraude a la ley. (Magasich Airola, 2016)

8. Se debe tener en cuenta la Jurisprudencia Internacional, porque es un valioso recurso que posee el Derecho Internacional Privado, ante la falta de normativa expresa sobre el Fraude, cuando exista una circunstancia en contra de la norma, los jueces necesitan un medio de interpretación en el cual deban basarse para la toma de su decisión, y este elemento valioso además de la Doctrina puede ser la Jurisprudencia.

Se trata de la Jurisprudencia interna que es fuente principal en el Derecho Internacional, y en el sistema ecuatoriano es una fuente mediata, son obligatorias, generales es decir rigen para todos y son permanentes, tienen fuerza de ley, lastimosamente no se trata de Jurisprudencia Internacional porque este concepto es un pensamiento utópico, en palabras de Niboyet; “No existe una verdadera jurisprudencia internacional”. Es una gran brecha que ha dejado el Derecho Internacional, puesto que es difícil que todos los Estados tengan el mismo pensamiento respecto de un tema, por eso se imposibilita crear una jurisprudencia que sea unánime a nivel internacional; pero esperemos que con los nuevos cambios que se van generando y con nuevos tratados entre los Estados se llegue a unificar una sentencia al menos sobre este tema que es tan trascendental.

9. Se debe considerar al Fraude desde dos perspectivas; primero como lo dice Niboyet como un remedio, que sirve para evitar que la ley sea defraudada, y en segundo al momento en que se llegue a comprobar que una persona defraudó la norma, se debe sancionar todo acto fraudulento, de tal manera que sea nulo todo acto realizado en fraude y como consecuencia se aplique la norma que se trató de eludir, y si no se pudiera recurrir al Fraude para la solución de estos conflictos, no hubiera otro recurso que dé solución cuando estemos frente a la vulneración de una norma por beneficios personales.
10. Por último, el Fraude es una figura que merece su reconocimiento en todos los Ordenamientos Jurídicos a nivel global, porque, aunque algunos países no la reconocen, se encuentra dentro de otras figuras como en el caso de la familia del Common Law, no especifica al Fraude, pero lo asimilan al momento de

establecer a la figura del Clean Hands. El Fraude es tan importante como el Orden Público, porque son formas de proteger la norma interna frente a transgresiones por parte de las normas internacionales.

Hoy en día existen varios motivos que han impulsado a las personas a intentar violar la norma, y se debe gracias al gran número de opciones que tienen los individuos para modificar estos puntos de conexiones, por eso deben ser controlados, y la mejor manera para evitar es reconocer y tipificar normas respecto al Fraude.

Como lo establece Niboyet la figura del Fraude es tan útil como la presencia de un policía, pues es un medio de prevención para evitar trasgresiones a la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel y Díaz Albart, S. (1985). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Revista de Derecho Privado*. España.
- Albónico Valenzuela, F. (1995). *Manual de Derecho Internacional Privado*. (E. J. de Chile, Ed.). Santiago de Chile.
- Alcalde Rodriguez, E. (2003). *Teoría del Fraude a la Ley*. (U. del Desarrollo, Ed.). Chile.
- Arboleda, S. (2014). Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. *Vis Iuris*, 12. Retrieved from <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/209/187>
- Arellano, C. (n.d.). Enciclopedia Juridica Omeba. Retrieved from https://mexico.leyderecho.org/fraude-a-la-ley/#Fraude_a_la_ley_en_la_Enciclopedia_Juridica_Omeba
- Arellano García, C. (n.d.). Las Grandes Divisiones del Derecho (p. 22). Retrieved from file:///C:/Users/Acer/Downloads/28685-25964-1-PB.pdf
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Retrieved from https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf
- Bajo Fernandez, M. (n.d.). *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. (Editorial Civitas, Ed.). Madrid.
- Balestra R, R. (1993). *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*. (Abeledo Perrot S.A, Ed.). Buenos Aires - Argentina.
- Bernal, B. (1995). *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*. (Porrua, Ed.). México.
- Booggiano, A. (1991). *Derecho Internacional Privado*. (Abeledo-Perrot, Ed.). Buenos Aires - Argentina.
- Bustillo, J. M. (n.d.). No Title. Retrieved from www.encyclopediainjuridica.com
- Cabanellas, G. (n.d.). Diccionario Jurídico Elemental. Retrieved from <https://es.slideshare.net/YuhryGndara/diccionario-juridicoelementalguillermocabanellas>
- Caicedo Catilla, J. J. (n.d.). No Title. Retrieved from <http://bdigital.unal.edu.co/17494/1/13131-36580-1-PB.pdf>

Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial de San Isidro. Hassassian, Ruben (1998).

Cámara, H. (1944). *Simulación de los Actos Jurídicos*. (Palma, Ed.). Buenos Aires - Argentina.

Código Civil Argentino. (n.d.). Argentina. Retrieved from http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc2_titulo1.htm

Código Civil Español. (n.d.-a). Retrieved from <https://confilegal.com/20170627-codigo-civil-titulo-preliminar/#titulo-preliminar>

Código Civil Español. (n.d.-b). Retrieved from <https://confilegal.com/20170627-codigo-civil-titulo-preliminar/#capitulo-iv>

Código Civil Italiano. (n.d.). Retrieved from <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-1344.php>

Código de Derecho Internacional Privado Sanchez de Bustamante. (2005). Retrieved from https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/codigo_de_derecho_internacional_privado_sanchez_de_bustamante.pdf

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador. Retrieved from https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/SharedDocuments/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Coello García, Hernan. (1995). *Derecho Interncional Privado*. (Universidad del Azuay, Ed.). Cuenca - Ecuador.

Coello García, Hernán. (1993). *Derecho Internacional Privado*. (U. del Azuay, Ed.). Cuenca - Ecuador.

Coello García Hernán. (2004). *Derecho Internacional Privado* (2da.edi., Vol. 2da. edi.). Cuenca-Ecuador.

Congreso Nacional. (2005). Codificación del Código Civil. Retrieved from <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

Consejo General del Poder Judicial. (2014). Retrieved from [http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7040817/Fraude de ley/20140512](http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7040817/Fraude%20de%20ley/20140512)

Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado. (1979). Retrieved from <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

CÓRDOBA, J. A. C. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE

- DERECHO (1985).
- Daule, J. (1957). El Fraude a los Acreedores es un caso de Fraude a la ley, 272.
- Dupuy, P.-M. (1995). Droit Internacional Public. In E. Dalloz (Ed.). Paris.
- Dura, José María; Podesta Costa, L. . (1994). *Derecho Internacional Público*. (Tipográfica Editora Argentina, Ed.). Buenos Aires - Argentina. Retrieved from <https://sosunedrhc.files.wordpress.com/2013/10/podestc3a1-costa-ruda-derecho-internacional-pc3bablico.pdf>
- E.E.U.U., S. C. de los. International News Service vs The Associated Press (1918).
- Fernández de León, G. (n.d.). *Diccionario Jurídico*. (E. C. Moderna, Ed.). Buenos Aires - Argentina.
- Ferrara, F. (1926). *Simulación de los Negocios Jurídicos*. (L. G. de V. Suárez, Ed.). Madrid.
- Floresgómez González, F., & Luis, C. (1982). *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. México.
- Fueyo Laneri, F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. (E. J. de Chile, Ed.). Chile.
- Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. (2014).
- Gobetti, M. E. (2018). No Title. Retrieved from http://files.uladech.edu.pe/docente/09166196/Derecho_Internacional_Privado/Sesion_12/Contenido.pdf
- Gonzáles Campos, Julio D. y Fernández Roza, J. C. (1995). *El Orden Público como Correctivo Funcional*. (E. Edersa, Ed.).
- Guerrero Verdejo, S. (2002). *Derecho Internacional Público, Tratados*. (U. N. A. de México, Ed.). México.
- Guerrero Verdejo, S. (2006). *Manual de Derecho Internacional Privado*. (M. Á. Porrua, Ed.). México.
- Gutiérrez González, M. (n.d.). Derecho Internacional Privado, 18. Retrieved from https://www.academia.edu/9346466/DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO
- Humanos, M. de J. y D. H. P. de la N. (n.d.). Ley N° 2.393. Retrieved from <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48953/norma.htm>
- Josserand, L. (1946). *Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado*. (Cajica, Ed.). México.

- Ligeropoulo, A. (1930). *La defensa del Derecho contra el Fraude*.
- Manzano Cortez, Carlos; Ramos Reyes, H. T. M., & Juan. (2005). *El Fraude a la Ley como un Medio Atípico de Invalidación de Actos y Contratos en Materia Civil*. Retrieved from [http://ri.ues.edu.sv/7730/1/EL FRAUDE A LA LEY COMO UN MEDIO ATIPICO DE INVALIDACIÓN DE ACTOS Y CONTRATOS EN MATERIA CIVIL.pdf](http://ri.ues.edu.sv/7730/1/EL_FRAUDE_A_LA_LEY_COMO_UN_MEDIO_ATIPICO_DE_INVALIDACIÓN_DE_ACTOS_Y_CONTRATOS_EN_MATERIA_CIVIL.pdf)
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*. (E. J. E.- América, Ed.). Chie.
- Miaja de la Muela, A. (1985). *Derecho Internacional Privado*. (Ediciones Atlas, Ed.). Madrid.
- Ministerio de Asuntos Exteriores, U. E. y C. (n.d.). No Title. Retrieved from <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Tratados/Paginas/default.aspx>
- Monsálvez, A. (n.d.). *Del cumplimiento en Chile de Resoluciones pronunciadas por Tribunales Extranjeros*. (E. A. Bello, Ed.).
- Muñoz Valdés, P. (n.d.). *Derecho Internacional Privado*. Retrieved from https://www.academia.edu/5307501/Derecho_Internacional_Privado
- Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Retrieved from [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/SharedDocuments/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf)
- Naciones Unidas (ONU). (n.d.). *Derecho Internacional*. Retrieved from <https://www.un.org/es/sections/what-we-do/uphold-international-law/>
- Niboyet, J. (n.d.). *Principios de Derecho Internacional Privado*. (Tecnos, Ed.) (3ra. ed.). Paris.
- Niboyet, J. P. (1969). *Principios de Derecho Internacional Privado*. (E. Nacional, Ed.). México.
- Ortiz Pilares, H. E. (2009). *El Fraude a la Ley (II) Evolución del Concepto en la Tradición Romanista*. Alicante - España.
- Osorio, M. (1992). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (E. Heliasta, Ed.). Buenos Aires - Argentina.
- Pérez Porto, Julián y Gardey, A. (2009). CAPITULO 11. Retrieved from <https://definicion.de/acto-juridico/>
- Romero del Prado, V. (1961). *Derecho Internacional Privado*. (E. Assandri, Ed.). Córdoba.
- Rotondi, G. (1911). *Gli atti in frode a la legge*. (T. Unione, Ed.). Milan, Italia.

- S.N. (n.d.). El punto de conexión - Derecho internacional. Retrieved from http://www.divorcio24.es/index.php?option=com_content&view=article&id=100128
- Salas, I. M. (2015). El Fraude a la ley en el Derecho Interregional. Retrieved from www.researchgate.net/publication/295248379
- Sánchez de Bustamante, A. (1939). *Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante*. (E. C. y Cía., Ed.). La Habana - Cuba.
- Santos Belandro, R. (2012). La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión. *Revista de La Facultad de Derecho de Montevideo*, 323. Retrieved from <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/37/38>
- Soláis Álvarez, G. (n.d.). La nulidad por causa de ilicitud en la finalidad del acto.
- Zabala, F. J. (n.d.). *Compendio de Derecho Internacional Privado*. México.