

La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley *The narrow line between forum shopping and evasion of the law*

Alexis Aguilar Domínguez*

RDP

RESUMEN

En el derecho internacional privado existen dos figuras; éstas son el fraude a la ley y el *forum shopping*. Se puede llegar a la confusión *prima facie* de que el *forum shopping* configura un fraude a la ley, razón que motiva la elaboración del presente artículo para clarificar y conocer las diferencias y similitudes entre ambos conceptos. En consecuencia, se sostiene que el *forum shopping* no configura un fraude a la ley, ya que si bien existen ciertos puntos de conexión que pueden ser débiles o poco razonables para designar elegir el foro de competencia, cabe aclarar que éstos siempre son establecidos con anterioridad, a *contrario sensu* del fraude a la ley, en donde se crean puntos de conexión de manera posterior; compartiendo ambas figuras la utilidad perseguida, que es la de lograr un beneficio para sus intereses.

PALABRAS CLAVE: Fraude a la ley, *forum shopping*, competencia, métodos, puntos de conexión.

ABSTRACT

In private international law there are two figures, these are evasion of law and forum shopping. It has been argued that the forum shopping

* Abogado postulante en materia civil. Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas. Especialista en derecho internacional privado y maestro en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorante en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Correspondencia: 510019417@derecho.unam.mx.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

configures a evasión of law, so this work was proposed to solve the problem, understand their differences and similarities. Consequently, it was held that the forum shopping not properly set up a evasión of law, although there are certain points of connection that may be weak or unreasonable to designate the jurisdiction forum, it should be clarified that these are always established beforehand; contrary sense of fraud to the law, where connection points are created later, sharing both figures the utility pursued, which is to achieve a benefit for their own interests.

KEY WORDS: Evasion of law, forum shopping, jurisdiction, methods, connection factors.

Sumario

1. Introducción
2. Concepto de fraude a la ley en el DIPr
3. Método del DIPr que permite el fraude a la ley
4. Elementos del fraude a la ley
5. Concepto de *forum shopping* en el DIPr
6. El concepto de *forum shopping* y algunas diferencias y similitudes con el fraude a la ley
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido.

(Digesto 1, 3, 29)

El derecho internacional privado (en lo sucesivo DIPr) es un concepto relativamente nuevo, porque podemos aseverar que éste ha existido desde que las personas con distinta nacionalidad establecían una relación jurídica.¹ Es ampliamente conocido que desde la antigüedad se

¹ Compartimos la idea del profesor Carrillo Salcedo cuando sostiene que “El derecho internacional privado sólo puede ser entendido en función de la realidad sobre la que

han presentado este tipo de relaciones, que trataban de regularse (de manera incipiente en comparación con los avances evidentes de hoy en día) en Roma con el nombre de *ius gentium* o derecho de gentes.²

Esta materia se creó inicialmente con el propósito de dar solución a las relaciones jurídicas privadas internacionales; es decir, a las relaciones de índole privada que cuenten con un elemento o punto de conexión extranjero. Este elemento puede ser dado por los bienes, las personas y los actos.³ La relevancia de este elemento extranjero suscita conflictos de competencia o jurisdicción, así como también el discernimiento respecto a la ley sustantiva o material aplicable.

Es importante mencionar que en México, el DIPr incluye, dentro de su contenido de estudio, lo relativo a la nacionalidad y a la condición jurídica de los extranjeros, así como también la cooperación procesal internacional. Sin embargo, el tema central de esta disciplina lo sigue abarcando, sin lugar a dudas, el conflicto de leyes. Muchos autores han

opera, el tráfico jurídico externo, y en este orden de cosas podría decirse que nuestra disciplina se configura como búsqueda de la reglamentación jurídica de aquéllas relaciones y situaciones humanas cuyos elementos no se realizan en un único ordenamiento jurídico, en una sola esfera jurídica, sino por el contrario están conectados a dos o más ordenamientos". Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 37 y 38.

² En Roma se conoció el nombre de derecho de gentes a las normas que se encargaban de regular las relaciones jurídicas en las cuales los extranjeros podían ser parte, por oposición al *ius civile* (derecho civil), que era el derecho para, solamente, los ciudadanos romanos. En la actualidad, la locución *ius gentium* o derecho de gentes se emplea, mas no del todo correctamente, como sinónimo de derecho internacional público. Véase Rodríguez, Agustín W. y Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Diccionario latín jurídico. Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, Buenos Aires, García Alonso, 2008, p. 129.

³ Para ejemplificar lo anterior, el elemento extranjero viene dado por la persona en un caso en que se invoque la nulidad de un contrato celebrado por éste, toda vez que se menciona que se encontraba incapacitado mentalmente al momento de suscribirlo. Así las cosas, para poder resolver lo relativo al estado y capacidad de las personas se usan las leyes respectivas de acuerdo con la nacionalidad de la persona que lo suscribió (es el caso de Chile), pero en nuestro sistema conflictual mexicano, el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley del domicilio en donde se encuentre la persona. Respecto a los bienes, por ejemplo, en cierto país se elabora un contrato de compraventa sobre unos bienes inmuebles ubicados en un país distinto donde se celebró el acto de compraventa. Respecto al acto, por ejemplo, se discute en los tribunales la validez de un acto jurídico, como el matrimonio de los nacionales del país del foro que conoce del asunto, pero que el matrimonio fue hecho en el extranjero.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

atacado la denominación “conflicto de leyes”, entre ellos se encuentra incluido el iusprivatista Francisco Contreras Vaca, quien prefiere denominarlo “convergencia de normas jurídicas”, dado que realmente es inexistente un choque de ordenamientos jurídicos, sino más bien una convergencia de normas jurídicas.⁴

Si bien es cierto que en gran medida los Estados permiten la aplicación de derecho extranjero en su espacio territorial para resolver conflictos de naturaleza privada, esto no es óbice para que dejen de existir excepciones; es decir, establecer límites y restricciones para la aplicación del derecho extranjero. Lo anterior se materializa cuando se hace uso de las figuras del orden público y fraude a la ley.

El presente artículo nace de la necesidad de aclarar el panorama, en vista de la existencia de ciertas confusiones. Por ejemplo, se ha sostenido que el fraude procesal no constituye en sí un fraude a la ley, por lo cual es necesario abordar tal afirmación. Así como también, si el *forum shopping* o elección del foro puede considerarse estrictamente un fraude a la ley.

Primeramente, se considera que, para el objeto del presente estudio, es imperiosa la necesidad de dejar en claro qué es el fraude a la ley y cómo se logra; es decir, el método que tienen los sujetos a su disposición para realizarlo.

El fraude a la ley se presenta en distintas materias del derecho, pero es dentro del derecho internacional privado (en lo sucesivo DIPR) donde tiene mayor cobijo, en virtud de ser la disciplina donde se generan las condiciones más propicias para su proliferación, puesto que existen un gran número de sistemas jurídicos en el mundo que proveen un gran arsenal de normas jurídicas a los individuos.

El objetivo principal de la presente investigación es tratar de esclarecer si el *forum shopping* es equivalente al fraude a la ley. Para ello es imprescindible abordar y recordar algunos conceptos básicos en el tema, como lo son lo referente a las normas de conflicto, puntos de conexión, foro exorbitante, foro razonable, y desde ya, explicar los conceptos referentes de fraude a la ley y *forum shopping*.

⁴ Contreras Vaca, Francisco, *Derecho internacional privado. Parte general*, 5a. ed., México, Oxford, 2009, p. 169.

Como objetivo secundario que permitirá poder completar el objetivo principal, elaboraremos las diferencias que existen entre el *forum shopping* y el fraude a la ley. Otro objetivo secundario es el relacionado con las cláusulas de derecho aplicable y prórroga de competencia, las cuales guardan similitud con el *forum shopping*, aunque diferenciados en sus orígenes, por lo que se considera pertinente abordar este tema.

2. Concepto de fraude a la ley en el DIPr

En primer término, resulta oportuno preguntarse si es posible cometer literalmente un fraude a la ley. Al respecto se comparte la opinión de Contreras Vaca,⁵ ya que cada vez que a quien se intenta burlar y sorprender en su buena fe es al titular del órgano jurisdiccional, y no en sí a una ley o norma jurídica, el autor manifiesta que es mejor hablar de un abuso de la ley, pero no de un fraude a la ley *per se*.

Es importante mencionar que en el fraude a la ley se utilizan preceptos legales que no corresponden al origen del acto, con la finalidad de eludir los preceptos legales de origen competentes; este cambio de normas se logra a través del sistema conflictual tradicional.⁶

Es conveniente mencionar un concepto de fraude a la ley, y éste es:

En droit internationale privé, la théorie de la fraude à la loi tend à déjouer une manipulation artificielle de la règle de conflit du for. Il ne faut pas la confondre avec le forum shopping où la manœuvre porte sur les critères de compétence juridictionnelle: les parties, utilisant la diversité des systèmes de droit international privé qui existent de par le monde, choisissent de s'adresser au juge du pays dont la règle de conflit désigne la loi qu'elles désirent se voir appliquer.⁷

⁵ Contreras Vaca, José Francisco, *op. cit.*, p. 189.

⁶ Método para solucionar conflictos internacionales de carácter privado, es un método que resuelve de manera indirecta la problemática en cuestión, con ayuda de la aplicación de las llamadas “reglas de conflicto”, que nos llevan a la norma jurídica sustantiva o adjetiva que brinda la solución directa.

⁷ Meyzeaud Garaud, Marie Christine, *Droit international privé*, 2a. ed., Francia, Bréal, 2008, p. 90.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Se ha sostenido que el fraude a la ley es un método utilizado por el órgano aplicador del derecho para impedir la aplicación —en el foro— de una norma extranjera, siempre y cuando los sujetos privados de dicha relación privada internacional hayan obtenido algún elemento o punto de conexión —con relación a la ubicación de los bienes, a la ejecución del acto o al domicilio de las personas— con un ordenamiento jurídico que inicialmente carece de conexión, creando dicho punto de contacto con miras a obtener un beneficio.

Jean-Paulin Niboyet proporciona una definición del fraude a la ley dentro del DIPr: “La noción de fraude a la ley, en derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley”.⁸

El fraude a la ley puede ser concebido en dos vertientes. Primeramente, el fraude a la ley se puede representar como el método utilizado para la inaplicación de una norma extranjera por parte del juzgador —similar a la noción de orden público—. En segundo lugar, se puede considerar al fraude a la ley como aquel mecanismo o técnica por medio del cual un sujeto desea liberarse de una norma de derecho que no le beneficia, sustituyéndola por otra norma extranjera que le brinde mejores beneficios.

Finalmente, es al juzgador a quien le compete dictaminar si se perfecciona o no el fraude a la ley, y es su ánimo lo que le permite *prima facie* poder tener la sensación de percibir como correcta la ley aplicable, pero al estudiar con detenimiento el asunto, podría estimarse como un elemento extraño en su foro la norma que se pretende aplicar, toda vez que se trata de aplicar una norma extraña mediante subterfugios legales, misma que atenta contra el fin de la norma que debería aplicarse de origen. Por lo que esta norma de origen se ve violentada y transgredida, en virtud de que por medio del cambio de los puntos de conexión el nuevo precepto legal que se intenta aplicar fraudulentamente se convierte en un instrumento para alcanzar un resultado jamás previsto, y mucho menos deseado por el órgano creador de las normas jurídicas.

⁸ Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, México, Nacional, 1951, p. 438.

3. Método del DIPr que permite el fraude a la ley

Gran parte de los autores que hablan sobre el fraude a la ley lo hacen sin entrar en detalle acerca de la herramienta para utilizarlo. El DIPr tiene a su disposición distintos métodos, que le permiten dar solución a los problemas que se le presenten con relación a su objeto de estudio, y es a través de uno de sus métodos como se puede cometer un fraude a la ley.

El objeto de estudio del DIPr es dar solución a los problemas de tráfico jurídico externo que se presenten; es decir, a las relaciones jurídicas privadas dotadas con ese toque de internacionalidad, que tienen lugar entre sujetos sometidos a distintos ordenamientos jurídicos. Es aquí donde se está en presencia del elemento extranjero o punto de conexión que caracteriza a la relación jurídica privada como internacional.

El elemento extranjero es consecuencia directa de ciertos fenómenos sociales, como la globalización y la integración de los mercados, que se han visto incrementados debido al desplazamiento de las personas de un Estado a otro, así como a la relativa facilidad que existe para realizar actos de comercio en dos o más territorios diferentes; lo anterior gracias al avance tecnológico de hoy en día.

El método utilizado para realizar el fraude a la ley es el que se conoce como el método conflictual tradicional, que nos permite saber la ley aplicable a una relación jurídica privada internacional, o en palabras de Leonel Pérez Nieto: "...el método conflictual tradicional es un procedimiento mediante el cual de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional, con la aplicación del derecho que dará respuesta directa".⁹

Como se mencionó en el párrafo anterior, el medio para lograr hacer el cambio de una ley más benéfica es a través de las normas conflictuales, pero para poder hacer uso de la ley que brinde más beneficios, primariamente se debe establecer un punto de conexión que permita utilizar esa norma sustantiva extranjera. Es aquí entonces, donde se comete fraude a la ley de manera intencional, lo que lleva consigo una manipulación indebida de la norma, por lo que cambiando los puntos de

⁹ Perezniето Castro, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford, 2006, p. 134.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

conexión se busca evadir normas que deben ser respetadas con base en el principio de orden público o la competencia de un foro en específico.

Dentro de la clasificación de los métodos, éste encuadra entre los métodos indirectos, toda vez que no resuelve de manera directa el fondo del asunto, sino que se designa a través de la norma conflictual un derecho nacional ajeno al de la norma de conflicto para la solución del caso.

Se ha detectado que algunos autores, como Contreras Vaca, se abstienen de pronunciarse respecto al fraude cometido a una ley procesal o adjetiva, limitándose únicamente a proporcionar una definición de fraude a la ley respecto a una norma sustantiva o material que resolverá de fondo el asunto de la cuestión planteada, lo cual deja anquilosada la figura del fraude a la ley. Este autor nos brinda la siguiente definición:

El llamado *fraude a la ley* es un mecanismo que posee el órgano jurisdiccional para impedir la aplicación en el foro del derecho extraño (de otra entidad federativa o de un país extranjero) designado por la norma conflictual, cuando descubre que alguna de las partes en el proceso, para evadir una norma, provoca la intencionalmente —mediante el cambio voluntario de puntos de contacto en una relación jurídica— la artificiosa aplicación de una norma sustantiva diferente, por lo general más benéfica para sus intereses, de la que se hubiera elegido normalmente en el procedimiento de solución de conflictos.¹⁰

La evasión de la ley puede verse en tres ramas principales del conflicto de leyes:

- 1) Elección del derecho sustantivo material aplicable.
- 2) Elección de la jurisdicción.¹¹
- 3) El reconocimiento de sentencias extrajeras.

Es imposible tratar de obviar algunas consideraciones que han acaecido al momento de la realización del presente artículo. Lo anterior, en

¹⁰ Contreras Vaca, José Francisco, *op. cit.*, p. 189.

¹¹ Algunos autores prefieren diferenciar entre conflicto de leyes y conflictos de competencia judicial, pero este último se encuentra integrado dentro del género conflicto de leyes. Los conflictos de competencia judicial o elección de jurisdicción suceden cuando existe una convergencia de normas para fijar la competencia de los tribunales, que en la materia se conoce como conflictos de competencia judicial o convergencia de normas procesales.

atención a que autores como la iusprivatista María Elena Mancilla y Mejía introducen al fraude a la ley como parte del sistema conflictual tradicional, por lo que es necesario hacer algunas observaciones ante tal afirmación, pues el autor en comentario lo define como “el fraude a la ley es una figura jurídica que pertenece al derecho internacional privado, es parte del sistema conflictual tradicional...”.¹²

Nosotros sostenemos una postura contraria a la que mantiene María Elena Mansilla y Mejía, pues el fraude a la ley no puede ser parte del sistema conflictual tradicional en relación a que cada Estado guarda o mantiene su propio sistema conflictual.¹³ Cuando se está frente a una norma conflictual, ésta guarda un sinnúmero de disposiciones normativas disponibles para su aplicación (recordemos que es un método de aplicación indirecta), siendo el factor de conexión o puntos de conexión quienes determinarán finalmente la norma sustantiva o material, adjetiva o procesal que se aplicará.

De lo anteriormente enunciado podemos colegir que el sujeto o los sujetos defraudadores de una norma sustantiva o procesal en ningún momento cambian o introducen una nueva norma conflictual, sino que únicamente alteran (maliciosamente) el punto de conexión o de contacto (nacionalidad, domicilio, residencia habitual) para que les aplique una norma sustantiva o una norma procesal más benéfica y menos restrictiva.

En consecuencia, de las anteriores exposiciones se concluye que es incorrecto que se considere el fraude a la ley como parte del sistema conflictual tradicional, ya que el sistema conflictual está integrado por las normas conflictuales que tiene cada Estado, y a través de este se remite a un derecho sustantivo que dará solución al fondo del asunto.

¹² Mansilla y Mejía, María Elena, “Fraude a la ley: *fraus legis fracta*”, *Revista Cultura Jurídica*, México, núm. 1, diciembre de 2010-febrero de 2011, p. 105.

¹³ Se debe dejar en claro que el método conflictual tradicional es aquel que da solución a los problemas del tráfico jurídico externo que se presenten. Dicho método se vale de las llamadas normas conflictuales, y aún hay otras denominaciones adicionales que nos menciona Carlos Arellano García, tales como normas de aplicación, normas de elección, reglas de competencia de conexión, normas de colisión. Miaya de la Muela dice que el papel de las reglas de conflicto consiste en señalar cuál es la ley material aplicable. El conflicto de leyes se presenta cuando existen puntos de conexión que ligan una situación jurídica concreta con las normas jurídicas de dos o más Estados, y contamos en el ordenamiento con este tipo de leyes denominadas “conflictuales” para dar solución sobre la ley que se va a aplicar.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Por las razones antes enunciadas, disentimos que el fraude a la ley sea parte del sistema conflictual tradicional. Así las cosas, únicamente podría llegar a considerarse como una consecuencia del juego prohibido de las normas conflictuales y los puntos de conexión.

*A. Fraude a la ley respecto a una norma sustantiva
por medio de la norma conflictual*

Es necesario ejemplificar en este punto mediante un caso ficticio de fraude a la ley, por medio de la norma conflictual:

Una pareja de origen chileno contrajo matrimonio dentro su país; pero es su deseo divorciarse, con la problemática de que está prohibida la disolución del vínculo matrimonial en Chile, puesto que se considera de orden público el matrimonio, ya que es la base de la sociedad; por lo que es inexistente la normatividad que le proporcione a la pareja el derecho subjetivo para ejercitar la acción de divorcio ante los tribunales competentes.

Ante la situación anterior, acuden a un abogado, quien les recomienda que se trasladen a la Ciudad de México, y establezcan temporalmente su domicilio para así poder posteriormente promover el juicio de divorcio ante el juez competente de dicha ciudad.

Para lograr lo anterior, se hará uso del sistema conflictual que se encuentra en el Código Civil de la Ciudad de México, toda vez que la norma conflictual del artículo 13 de esta normativa indica que el estado y la capacidad de las personas se rigen por las leyes aplicables en el Distrito Federal. Advirtiendo de antemano, que por sí solo este artículo es poco claro, pero se debe entender administrado con el artículo 12 del mismo ordenamiento, que menciona que las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeras.¹⁴

Así las cosas, después de obtener la sentencia declarativa de divorcio, la parte actora pretende homologar dicha sentencia ante los

¹⁴ Lo relativo al estado y capacidad de las personas abarca nombre, matrimonio, edad para contraer matrimonio, divorcio, concubinato, tutela, alimentos. En el Distrito Federal se sigue el legefórmismo, y en otras entidades federativas se atiende a la ley del domicilio. Se le ha criticado a dicha norma conflictual por ser una expresión del territorialismo más agudo, la aplicación absoluta y general de la ley del Estado, es criticable desde el punto de vista del DIPr, implica un retroceso porque se vuelve al carácter territorialista de la ley.

tribunales competentes en la ciudad de Santiago de Chile, a través del procedimiento de homologación,¹⁵ pero el juez chileno que conozca sobre el procedimiento podría percibirlo como fraude a la ley, lo que conllevaría a que dicha sentencia pronunciada por el juez extranjero no produjera efectos jurídicos en el territorio de Chile.

Lo anterior sería consecuencia, en razón de que se llevó a cabo un procedimiento fraudulento para evadir su ordenamiento jurídico interno; es decir, sorteando intencionalmente una norma imperativa que prohíbe tajantemente la disolución del vínculo matrimonial. Esto es enunciado de manera elocuente y resumida por James Graham, quien menciona que existirá fraude cuando se obtiene algo en el extranjero que no era viable que fuera obtenido directamente en el propio país, como obtener la disolución del vínculo conyugal, que en las condiciones primigenias no hubiera sido posible obtener.¹⁶

B. Fraude a la ley respecto a una norma adjetiva por medio de la norma conflictual

El fraude a la ley también se configura cuando existe un cambio respecto a una ley de carácter adjetivo o procesal; por ejemplo, cuando se trata de acudir a otro foro para evitar que los órganos jurisdiccionales de origen conozcan y resuelvan el asunto de fondo, por lo que existe aquí un fraude a la jurisdicción de un Estado competente para hacerlo.

De manera ejemplificativa, se plantea el siguiente caso: dos personas desean divorciarse, toda vez que su ley sustantiva les concede la disolución del vínculo matrimonial entre cónyuges, pero éste requiere de una tramitación más tardada en lo referente al procedimiento para lograr la disolución; por lo que deciden domiciliarse en otro país porque la norma conflictual procesal manifiesta que en casos de divorcio será competente el tribunal donde tengan establecido el domicilio conyugal, y dicho procedimiento en ese país será más rápido.

¹⁵ Por ser meramente declarativas, en este tipo de sentencias, no es necesario realizar la ejecución de la misma, toda vez que las sentencias declarativas no necesitan ejecución.

¹⁶ Graham, James A., *Guía práctica para la ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos de América*, Monterrey, Lazcano Garza, 2007, p. 35.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Mantenemos una postura contraria a la que asume Graham James, en virtud de que éste expresa que es inexistente un fraude a la ley cuando se opta para tramitar un divorcio en un lugar distinto de donde debería llevarse originalmente, sin importarle que con lo anterior se obtenga una ganancia esencial respecto al tiempo en que se resolverá de fondo el asunto, y así lo afirma el citado autor:

...no hay fraude de ir a divorciar en la República Dominicana porque el trámite es más rápido que en México. En realidad, el fraude solo existe si se obtiene un divorcio en un país extranjero en una hipótesis en donde no hubiera sido posible de obtener el divorcio en México. En otras palabras, como lo escribe el profesor Mayer, el fraude consiste a obtener directamente algo en el extranjero que no fue posible obtener directamente en su país.¹⁷

Consideramos que lo anterior es incorrecto e incompleto, en razón de que el creador de las normas jurídicas puede establecer en su ley adjetiva que el divorcio debe regirse y tramitarse conforme a las leyes en donde fue celebrado el acto, dándole la característica de ser imperativa y no dispositiva para los particulares.

4. Elementos del fraude a la ley

Son tres los elementos que integran el fraude a la ley en sus dos vertientes tanto sustantivo como procesal, y estos son:

A. Una deliberada manipulación de la norma conflictual a través de la modificación de uno de los puntos de conexión

Las normas conflictuales cumplen su función al designar la norma sustantiva aplicable a través de los puntos de contacto o de conexión que existen en cierta relación jurídica. Algunos puntos de conexión

¹⁷ Graham, James, *Guía práctica para la ejecución de sentencias y los laudos comerciales extranjeros*, 2a. ed., Zamanga Editores, p. 29. Disponible en: <https://goo.gl/v7yS5T>. Consultado 4 de enero de 2016.

son susceptibles de ser modificados por parte de los particulares, tales como la nacionalidad y el domicilio.

La figura del fraude a la ley utiliza canales válidos para modificar los puntos de conexión, ya que es inexistente prohibición alguna para que las personas realicen alguno de los cambios mencionados anteriormente, por lo que el acto debe ir acompañado de la intención fraudulenta de obtener un beneficio al aplicar una norma jurídica extranjera que no debería aplicarse, en razón de que atenta contra la norma de origen que se debería aplicar.

B. Tiene que existir una intención subjetiva de eludir indebidamente la ley

Carlos Arellano García expresa que para que el fraude a la ley se configure es necesario observar la ausencia de sinceridad en las circunstancias, en virtud de las cuales se invoca el beneficio de la ley extranjera.¹⁸ No puede existir el fraude a la ley sin una intención dolosa por parte del individuo que lo comete; éste es el elemento subjetivo que conforma al fraude a la ley, del cual más adelante entraremos en detalle.

Ya se ha mencionado que debe existir dolo para que se configure el fraude a la ley, pero no debemos pasar por desapercibido que existe otro elemento anímico subjetivo por parte del o de los particulares. Dicho elemento es el relativo a la insinceridad, pues el fraude a la ley está integrado tanto por el dolo como por la insinceridad.

La iusprivatista María Elena Mansilla y Mejía concuerda con Carlos Arellano García respecto a la insinceridad del sujeto que lleva aparejada una intención dolosa, y así lo sugiere:

Hay, en el fraude a la ley un elemento anímico, un animus de mentir, de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley.¹⁹

¹⁸ Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 946.

¹⁹ Mansilla y Mejía, María Elena, *op. cit.*, p. 117.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Por lo tanto, el fraude a la ley también consiste en la insinceridad existente para aceptar los cambios esenciales que surgen al cambiar un elemento del punto de conexión o de contacto. Por ejemplo, en el domicilio como punto de conexión, se puede apreciar la falta de sinceridad si al cambiar el domicilio a otro país se inicia inmediatamente el procedimiento de divorcio, toda vez que en el país de origen no está permitido, y después de haber obtenido la declaración que disolvió el vínculo matrimonial se busca el reconocimiento ante los tribunales del país donde se tenía establecido el domicilio con anterioridad (donde no se permite el divorcio), para después de haberlo logrado homologar la sentencia declarativa puedan regresar a su lugar de origen con el reconocimiento de su divorcio en otro país. Lo anterior demuestra que carecían de la intención de cambiar de domicilio real y efectivamente, sino única y exclusivamente para beneficiarse de una ley para sus intereses personales.²⁰

En la legislación sustantiva aplicable en el Distrito Federal, la regulación respecto al fraude a la ley se encuentra en el artículo 15 del Código Civil:

No se aplicará el derecho extranjero cuando:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Aunque probar la intencionalidad dolosa es difícil, en ciertos casos es factible si se observan las circunstancias de hecho que la hacen obje-

²⁰ Como ya mencionamos anteriormente, pero volvemos a mencionarlo, una vez concluido el procedimiento mediante el cual se pide el reconocimiento de la sentencia extranjera, el juez del tribunal donde se pide que se reconozca ésta rechazará el reconocimiento de la sentencia extranjera por medio de la figura conocida como fraude a la ley, puesto que se realizó el cambio del domicilio de manera dolosa; es decir, con la intención de franquear una ley imperativa que es de orden público, debido a que en dicho país el divorcio no está permitido, ya que considera que el divorcio atenta contra el núcleo familiar, base de una sociedad sana.

tiva; sin embargo, habrá otras ocasiones en que la intencionalidad sea más difícil de probar, aunado a que la intencionalidad es meramente subjetiva. No obstante lo anterior, no hay que alarmarse, ya que los juristas contamos con un medio probatorio para este tipo de situaciones; este recurso nos brinda la posibilidad de que a falta de información fáctica podamos actuar como si se conocieran los hechos desconocidos; esto se logra a través de las presunciones.²¹

Por lo que respecta al papel del juzgador en el fraude a la ley, éste debe inferir la presunción bajo un juicio lógico, es decir, bajo los indicios²² con los que el juez cuenta; por ejemplo, el cambio de nacionalidad e inmediatamente tramitar el divorcio bajo el amparo de la nueva nacionalidad. A través de estos indicios, el juzgador obtiene la inferencia lógica; es decir, las conclusiones del razonamiento que le permiten presumir que el hecho indicado (cambio de nacionalidad) fue realizado con falta de sinceridad, intencional y dolosamente para aplicar una ley más benéfica.

En nuestro país, la presunción está regulada en los códigos civiles de cada entidad federativa. En lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal, ésta se encuentra en el artículo 379, menciona: “Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido...”.

C. Debe existir una ley de carácter imperativo que debe ser evadida

La evasión que se realice a una norma nacional que debe ser observada de manera imperiosa conlleva la permisión —ilícita— de poder aplicar una ley extranjera menos restrictiva —puede ser el caso de una ley sustantiva o material— para los intereses o el interés de los evasores.

²¹ Institución de origen posclásico, que tenía gran relevancia dentro de la instrucción probatoria del derecho privado (vedi-cognitio extra ordinem), eran en particular aquellas consecuencias lógicas que derivan necesariamente de hechos ya probados que ayudaban a considerar como probados hechos ulteriores (del hecho conocido se llega al hecho desconocido). Véase *Dizionario giuridico romano*, Nápoles, Edizione Giuridiche Simone, 2000.

²² Los indicios son la base que sirve de sustento para la presunción.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

La aplicación del fraude a la ley por parte del juzgador del foro tiene su fundamento en que éste se vuelve un protector de la norma sorteada, la cual exige que sea aplicada imperativamente sin excepción alguna. En razón de lo anterior, el juzgador debe evitar que una norma imperativa, designada así por el órgano creador de normas, se vuelva facultativa. Mancilla Molina enuncia claramente lo anterior:

Toda norma imperativa es creada por el legislador por considerarla necesaria para mantener vigentes principios, valores o costumbres propias de cada comunidad en atención a su idiosincrasia, por lo que resulta inaceptable que el cumplimiento de una disposición imperativa quede sujeta al incumplimiento o modificación de los obligados a obedecerla.²³

En síntesis, si la disposición violentada es de carácter facultativo; es decir, si dicha normatividad es dispositiva para las partes, jamás se logrará configurar un fraude a la ley en el DIPr.

5. Concepto de *forum shopping* en el DIPr

Al realizar la traducción literal de *forum shopping* al español, ésta nos proporciona la idea de salir a comprar una competencia del foro, lo cual es incorrecto; pero en la doctrina anglosajona se le conoce a esta práctica habitual de ese modo ilustrativo, y se entiende literalmente como salir de compras de un tribunal o de una ley.

En el DIPr, el *forum shopping* es una figura que permite fijar la jurisdicción de un conflicto en donde podrían eventualmente aplicarse varias jurisdicciones de diferentes países. Cabe hacer la precisión de que existe el *forum shopping* local; es decir, elegir diferentes foros dentro de un mismo país; pero lo que nos concierne en este trabajo es el *forum shopping* a nivel internacional propio —valga la redundancia— del DIPr.

El *forum shopping* puede ser concebido de modo general como la elección de un tribunal en particular por la parte actora, porque éste le brinda las mayores posibilidades de éxito para su litigio. En la doctrina del common law éste es concebido de manera homogénea de la si-

²³ Mansilla y Mejía, María Elena, *op. cit.*, p. 117.

guiente manera: “Typically refers to the act of seeking the most advantageous venue in which to try a case”.²⁴

Puede darse el caso de que un conflicto no esté basado en un contrato y, en consecuencia, no esté basada la competencia expresamente en una cláusula. Ante tal circunstancia, el demandante intentará interponer su demanda en el foro donde más convenga a sus intereses, pero siempre teniendo como vinculación a este foro algún punto de conexión, como podría ser, entre otros, el domicilio de residencia del demandado o la localización de los activos del demandado. En pocas palabras, el uso de los puntos de conexión determinará la jurisdicción aplicable.

De lo manifestado en el párrafo anterior, la parte actora puede escoger el foro más conveniente para la presentación de la demanda, teniendo en cuenta los factores o puntos de contacto que le permiten escoger una la ley sustantiva o procesal, o ambas a la vez, indistintamente. A esto se le conoce como *forum shopping*.

Como menciona Sonia Rodríguez, el origen de esta figura se debe al hecho de que la normativa que da respuesta al DIPr en cada Estado es diferente, llevando consigo diferentes resultados, dependiendo del foro que se elija. Así las cosas, en una relación de tráfico jurídico externo en que estén implicados diferentes ordenamientos jurídicos por los puntos de conexión, la parte actora escogerá el Estado en donde las leyes sean más favorables para el resultado que le sea más conveniente; es decir, quien escoge el foro elige la solución, ya sea respecto a las normas material o procesales.²⁵

En palabras de Sonia Rodríguez, para que se lleve a cabo el *forum shopping* se debe contar con dos supuestos imprescindibles uno del otro. En primer lugar, menciona que todos los tribunales implicados sean igualmente competentes, y, en segundo lugar, que los derechos materiales y/o procesales aplicables en los diferentes tribunales sean diferentes, abriendo la posibilidad de alcanzar resultados completa o relativamente dispares.²⁶

²⁴ Citado por Algero, Mary Garvery, “In Defense of Forum Shopping: A Realistic Look at Selecting a Venue”. Disponible en: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=nlr>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

²⁵ Rodríguez, Sonia, *Competencia judicial civil internacional*, México, UNAM, 2009, p. 192.

²⁶ *Idem*.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Andrew Bell se refiere al primer requisito como “jurisdicciones concurrentes”; lo menciona de la siguiente manera: “The existence of concurrent jurisdiction is the *sine qua non* for the type of jurisdictional clashes with which this book is concerned”.²⁷ Obviamente, se está refiriendo al *forum shopping*, ya que en el párrafo anterior expresa lo siguiente: “The next section of this chapter introduces the fundamental prerequisite for forum shopping...”.²⁸ Respecto al segundo requisito, Bell se pronuncia de la siguiente manera: “The *raison d’être* for forum shopping lies in lack of uniformity throughout the world’s legal system...”.²⁹

Por lo tanto, al hilo de las anteriores aseveraciones, podemos afirmar que el *forum shopping* es una técnica del DIPr (y nos atrevemos a mencionar que éste es un concepto exclusivo del DIPr), en virtud de que éste nace de los factores que ya hemos mencionado anteriormente, sin obviar el elemento volitivo de alguna de las partes.

El *forum shopping* no tendría razón de ser si todas las legislaciones fueran homogéneas; de lo anterior se carecería de la motivación que suscitara la elección de un foro en específico debido a que todos ofrecerían lo mismo. Así las cosas, ningún foro cobraría relevancia en lo particular como ventajoso o desventajoso para su elección o rechazo.

Así las cosas, debe estar fuera de toda crítica la tendencia del demandante o actor para buscar el juez más favorable a su pretensión; pero es loable condenar dicha elección cuando se ven violentados los derechos del demandado, toda vez que una jurisdicción exorbitante puede devenir en una posible denegación de justicia, dado que se le hace oneroso y gravoso a la parte contraria, tratar de litigar el asunto en un foro poco accesible para ella.

Para Weinberg de Roca,³⁰ el *forum shopping* es legal y legítimo mientras no esté prevista la jurisdicción exclusiva de los tribunales de un Estado determinado; pero falta agregar una razón de mayor peso, que nos remite a la noción savigniana de la “sede” de las relaciones jurídicas,

²⁷ Bell, Andrew, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, 2003, p. 5.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 25.

³⁰ Weinberg de Roca, Inés, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 408.

y ésta es cuando la búsqueda del foro de conveniencia sea designada tomando en cuenta criterios de proximidad con el asunto a tratar.

6. El concepto de *forum shopping* y algunas diferencias y similitudes con el fraude a la ley

Primeramente, es oportuno comentar que debemos ser meticulosos con las palabras y conceptos que utilicemos, toda vez que el concepto las palabras que se adopten con relación al *forum shopping* son realmente importantes y trascendentales para este artículo. También es importante mencionar que es incorrecto considerarlo como un fraude a la ley en sus dos vertientes: fraude a una ley sustantiva y fraude a una ley adjetiva, o también conocido como “fraude a la jurisdicción”.

Para un sector importante de la doctrina, el *forum shopping* configura un fraude. A manera ejemplificativa citamos a G. Boutin,³¹ porque para él, el *forum shopping* se resume en:

...una manipulación de la competencia judicial internacional que ejerce el demandante, en este caso norteamericano, frente al demandado (que puede ser su propio compatriota) para interponer una demanda ante un Estado donde pueda obtener una mayor ventaja de carácter judicial o patrimonial. Principio de actuación unilateral de la parte actora, tolerable en el derecho procesal civil norteamericano y no en el continental, por lo que se califica como “foro de competencia judicial internacional imperialista.”³²

Como podemos apreciar, para el autor en comento existe un fraude, porque hay una manipulación de la norma, manipulación a la que se le atribuiría un cierto carácter fraudulento, en la medida en que la misma implicaría a su vez la manipulación de las normas competencia judicial,

³¹ Gilberto Boutin I. es doctor en derecho internacional privado; abogado en ejercicio. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; catedrático de derecho internacional privado; ha laborado como director de investigación y posgrado, y vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

³² Boutin I., Gilberto, *Derecho internacional privado*, Panamá, Mizrachi & Pujol, 2002, p. 764.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

postura de la cual disentimos. “Manipular” significa hacer cambios o alteraciones en una cosa a propósito para conseguir un fin determinado; en el *forum shopping* jamás existe la búsqueda a voluntad de modificar la competencia judicial, toda vez que ya existen las jurisdicciones concurrentes, y éstas jamás son manipuladas en el sentido de que se modifique algún punto de conexión para acceder a ellas; lo único que hay es una elección entre varias posibilidades ya determinadas de inicio, por lo que el uso de la palabra “manipular” puede otorgar la apariencia de que ocurre lo mismo que en el fraude a la ley.

Podemos hablar de un fraude en el *forum shopping* no en el sentido *per se* del concepto que hemos abordado del fraude a la ley, sino en el sentido de que existe un fraude porque en ciertas ocasiones podría perjudicarse al demandado con la elección de una de las posibles jurisdicciones a elegir. Sabemos que el fraude es un concepto propio del derecho penal, en el cual una persona obtiene un beneficio económico a través de actos u omisiones, realizados de mala fe y en forma totalmente planeada, al grado de conducir a la víctima al engaño. Como podemos observar, el fraude siempre se comete en contra de una persona, ya sea ésta física o moral.

De la anterior explicación del concepto de fraude podemos hacer aplicación de éste *mutatis mutandis* al *forum shopping*; así las cosas, el actor puede optar por uno de los múltiples foros a elección, pero escoge deliberadamente el menos razonable, por lo que la elección de dicho foro resulta ser fraudulenta, en el sentido de que puede ocasionar denegación de justicia al demandado, toda vez que le puede resultar demasiado oneroso litigar en dicho foro, por lo que hay altas probabilidades de que se encuentre imposibilitado material y económicamente de defenderse adecuadamente, lo que conlleva a perder el juicio, y, en consecuencia, existe una denegación de justicia; en este sentido, existe un perjuicio en contra del demandado.

Para poder establecer cuándo existe una amplia posibilidad de causar un fraude en el sentido anteriormente explicado, es útil hacer uso de la figura del foro exorbitante. Los foros exorbitantes³³ otorgan competencia

³³ El verbo “exorbitar” no aparece en el Diccionario Real de la Academia Española, pero evidentemente esta palabra tiene una etimología conjunta: órbita (es la trayectoria que describe un objeto físico alrededor de otro mientras está bajo la influencia de una

judicial internacional a los tribunales de algún Estado en particular, pero lo hacen de manera excesiva o poco razonable, atribuyendo competencia sin tomar en cuenta criterios de proximidad. Cuando hablamos de que son poco razonables y que carecen de criterios de proximidad, hacemos alusión cuando se otorga competencia a los tribunales por medio de puntos de conexión o vinculación débiles con la relación jurídica. El objetivo de atribuir la competencia de la manera anterior es beneficiar a los nacionales de dicho Estado y/o la posición del mismo Estado.³⁴

Como menciona Paschalis Paschalidis, el actor siempre buscará la manera de escoger el foro que otorgue las mayores posibilidades de triunfo para él, y de pérdida para el demandado; pero esto no debería ser utilizado de la manera de privar el derecho del demandado de ser escuchado y vencido en el foro natural.³⁵ El foro natural o *natural forum*, como lo llaman en el derecho anglosajón, no es más que el juzgado que tenga mayor proximidad o conexión con el derecho controvertido y con las partes, así como con el que se logre la persecución de la justicia. A manera de ejemplo, en el caso *Spiliada*,³⁶ el Lord Goff fijó su postura mencionando lo siguiente: "...the court must look to connecting factors including the location and availability of the witnesses, the place where the parties respectively reside or carry on business, and the law governing the relevant transaction".³⁷

Para que un foro pueda ser considerado como razonable debe superar un test de razonabilidad. La razonabilidad yace en enorme medida en la proximidad entre el juez declarado competente y el supuesto regulado. En consecuencia, cabría decir que un foro ha sido adoptado razonablemente cuando el caso regulado muestra una vinculación fuerte con el foro. A esto le llamamos *principio de proximidad*; es decir, son

fuerza central), y "ex" (que significa fuera, más allá de), por lo que se ha utilizado esta palabra conjunta de manera metafórica para referirse a aquel tribunal que se atribuye competencia fuera o más allá de lo razonablemente permisible.

³⁴ Los defensores de estos foros indican que operan sólo con carácter subsidiario; es decir, en los casos en los que sea imposible acudir a los tribunales extranjeros, y con lo anterior evitar una posible denegación de justicia.

³⁵ Paschalis Paschalidis, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, U.K., 2012, p. 74.

³⁶ *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd.*, 1986.

³⁷ Bell, Andrew, *Forum Shopping and...*, cit., p. 93.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

foros que responden a criterios de proximidad más o menos objetivos. Mencionaremos algunos ejemplos respecto a puntos de conexión que sirvan de base para asumir competencia, y que sirven de apoyo para que sean considerados foros razonables:

- El foro del domicilio del demandado.
- El foro del lugar donde se ejecutan obligaciones contractuales.
- El foro del lugar de situación de un bien sobre el que se discute acerca de un derecho real.

El segundo *Restatement of the Law of Conflicts of Laws*³⁸ incorpora en su texto la regla para la elección del foro de acuerdo con criterios de proximidad más o menos objetivos, donde se establece que los puntos de contacto o conexión que se deben tomar en cuenta para establecer la relación deben ser los que compartan la mayor proximidad a la relación; en otras palabras, deben ser los puntos de conexión más significativos.

Existe un caso bastante conocido en los Estados Unidos de Norteamérica, y es el de *Auten vs. Auten*.³⁹ Este caso versa sobre la ejecución de un contrato de separación entre los cónyuges que se había celebrado en Nueva York, por lo cual al ser celebrado el acto en ese lugar, era aplicable la ley de dicho foro; además, una de las partes tenía ahí su domicilio al momento de celebrar el contrato; pero se decidió aplicar las leyes inglesas, al considerar que el juez no debía considerar solamente la ley de celebración o cumplimiento del contrato, sino la ley del lugar que tuviera los puntos de contacto más significativos con la relación contractual. Como podemos observar, se utilizó el criterio de los puntos de contacto más significativo.⁴⁰

A continuación, ejemplificaremos algunos foros exorbitantes que son elegidos con fundamento en puntos de conexión no significativos o que no mantienen un vínculo estrecho, siendo estos los siguientes:

³⁸ En la jurisprudencia estadounidense, los *Restatements of the Law* son un conjunto de tratados sobre temas legales que tratan de informar a los magistrados y abogados acerca de los principios generales del *common law*.

³⁹ Disponible en: <http://www.uniset.ca/other/css/124NE99.html>. Consultado el 2 de enero de 2016.

⁴⁰ Juenger, Friederich K., *Derecho internacional privado y justicia material*, México, Porrúa, 2009, p. 63.

- *Forum actoris*. Aquel que lleva el asunto a los tribunales más próximos al domicilio del actor o de la nacionalidad del actor. Este foro es exorbitante, porque la actora es la parte activa y fuerte de la relación controvertida, y vulnera las garantías del demandado y refleja poca vinculación con el asunto. Francia es un país típicamente de *forum actoris*. Podemos encontrar lo anteriormente enunciado en los artículos 14 y 15 del Código Civil francés.⁴¹
- *Foro del patrimonio*. Es aquel que determina el domicilio por el lugar de situación de los bienes del deudor. El legislador está pensando en la ejecución de la sentencia. Es el caso de Alemania, que por tener un bien allí, como una computadora personal en un aeropuerto, que es susceptible de ser embargada, y por eso se declaran competentes sus tribunales para resolver el caso planteado. Garau Sobrino menciona que “no parece un criterio razonable establecer que la mera presencia en territorio alemán de un bien perteneciente al demandado (por ejemplo, unos zapatos olvidados en un hotel) es suficiente para otorgar jurisdicción a los tribunales alemanes”.⁴²
- *Forum presentiae*. Atribuye la competencia a sus tribunales porque el demandado se encuentra en ese país, y es ahí donde se le puede notificar. Por ejemplo, eaquél en tránsito por un país y se le notifica en el mismo, y por eso se declara competente el tribunal de dicho Estado. Lo anterior vulnera la legítima expectativa del demandado, la seguridad jurídica, dado que éste no

⁴¹ Artículo 14. Aunque no resida en Francia, el extranjero podrá ser citado ante los tribunales franceses para el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en Francia con un francés; podrá ser demandado ante los tribunales de Francia por las obligaciones contraídas por él en país extranjero con respecto a franceses.

Artículo 15. Un francés podrá ser demandado ante un tribunal de Francia por las obligaciones contraídas por él en país extranjero, incluso con un extranjero.

Como podemos ver de los artículos anteriormente citados, asumen competencia civil los tribunales franceses, sin importar que una persona que tenga la nacionalidad francesa o no la tenga, sin importar si coincide en dicho foro la residencia de los demandados o que tenga o no alguna vinculación en Francia.

⁴² Garau Sobrino, F., *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, España, Universitat de les Illes Balears, 2003, pp. 22 y 23.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

esperaba ser demandado en una tierra extraña porque estaba de vacaciones. Distinto sería el caso si él hubiera podido prever con antelación una posible demanda en su contrato en ese país, toda vez que mantenía algún vínculo en dicho territorio.

Es posible ahora poder enunciar y establecer ciertas diferencias entre el fraude a la ley y el *forum shopping*, lo cual no se podría haber realizado de inicio compartiendo las siguientes:

A. Diferencias

a) La primera diferencia encontrada es que en el fraude a la ley debe haberse evadido una ley que se considere imperativa; en el *forum shopping* no existe una restricción como tal, pues la única limitación que pudiera llegar a darse respecto a la elección del foro es que éste no derive en un *forum non conveniens*, foro exorbitante o poco razonable, lo cual conlleva evidentemente una aparejada denegación de justicia.

b) El fraude a la ley sólo opera en las normas de conflicto, en las cuales el punto de conexión es apto de alterarse por las partes o por alguna de ellas; ejemplos de puntos de conexión son los siguientes: la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual;⁴³ en el *forum shopping* no existe manipulación de los puntos de conexión para recurrir a alguna norma de conflicto que sea benéfica. El *forum shopping* tan sólo busca el foro que otorgue mayores beneficios a favor entre diversos ordenamientos jurídicos disponibles.

c) Aunque el fraude a la ley de carácter adjetivo o procesal pudiera parecerse al *forum shopping*, en realidad no lo es; esto es así, porque en el primero se ve alterado un punto de conexión, lo cual permite

⁴³ El fraude a la ley jamás se puede configurar cuando las conexiones de la norma de conflicto son imposibles de ser modificadas por obra de las partes; lo anterior, en razón de su naturaleza; por ejemplo, la norma conflictual del artículo 13, fracción IV, del Código Civil del Distrito Federal, que menciona: “La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles que se encuentren en el Distrito Federal, se registrarán por las disposiciones de este Código, aunque sus titulares sean extranjeros”, sería muy difícil cambiar de ubicación una casa para que dejara de aplicar la *lex rei sitae*.

acceder al foro de otro Estado; pero en el *forum shopping* ya están establecidos esos puntos con anterioridad, gran parte de ellos por las particularidades de la relación contractual.

d) El actor o demandante, cuando realiza el *forum shopping* jamás cambia el punto de conexión o algún factor de conexión para evadir alguna la ley aplicable, como sí sucede en el fraude a la ley.⁴⁴

Lo anterior también lo ha mencionado Patrick Staelens Guillot al decir que el *forum shopping* es una práctica legal, y se diferencia del fraude a la ley, ya que en él, el demandante no cambia ningún punto de vinculación para evadir la ley aplicable; por lo tanto no existe ninguna sanción, pero si algunas dificultades en su realización, como lo demuestra la doctrina del *forum non conveniens*.

Como lo ha mencionado también Miguel Ángel Ciuro Caldani, el *forum shopping* se diferencia del fraude a la ley, porque el actor aprovecha de una elección que está a su alcance según el curso natural de las cosas, sin cambiar los hechos del tipo legal más que con esa elección.⁴⁵

e) En el *forum shopping* se debe elegir un foro de entre varios competentes (conurrencia de competencia judicial), lo que comúnmente no acontece en el fraude a la ley.

f) En el fraude a la ley existe manipulación de los puntos de conexión posterior a la relación jurídica; en el *forum shopping* es inexistente la manipulación; pero lo que sí existe es la elección de diversos foros establecidos por los puntos de contacto o conexión.

B. Similitudes

a) Al igual que el fraude a la ley, el *forum shopping* es utilizado por las ventajas que le ofrece.

⁴⁴ Staelen Guillot, P., "Derecho internacional privado", en Gómez Robledo Verduzco y Witker, Jorge, *Diccionario de derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 174.

⁴⁵ Citado por Feldstein Cardenas, Sara Lidia, "Historia de una aldea famosa en el derecho internacional privado". Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/5>. Fecha de consulta: 23 de julio de 2017.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

b) Tienen en común que en ambas figuras la o las partes accionantes intentan obtener un beneficio a sus intereses litigiosos con detrimento para el demandado.

c) El *forum shopping* es utilizado igualmente para la aplicación de un mejor derecho sustantivo que devenga en una mejor solución del fondo del asunto y no únicamente ventajas meramente procesales o adjetivas, por lo que en este punto comparten tanto el uso a voluntad de una ley sustantiva o adjetiva benéfica a sus intereses.

Como menciona Weinberg de Roca: “Técnicamente el *fórum shopping* existe sin el fraude a la ley cuando el actor elige la competencia normal de uno de los tribunales en caso de competencias concurrentes, obteniendo una sentencia más favorable”.⁴⁶

7. Conclusiones

Como se ha podido apreciar en el desarrollo del presente artículo, el fraude a la ley es un problema azaroso en lo referente a litigación internacional. Este fenómeno, al igual que el *forum shopping*, exterioriza y pone de manifiesto el alcance limitado, así como la naturaleza imperfecta de la regulación estatal, en lo pertinente a la litigación internacional, tanto en la aplicación de la ley sustantiva como en la adjetiva.

El fraude a ley tiene como objetivo principal burlar un precepto normativo que sea imperativo; es decir, que debe ser observado forzosamente; pero este cambio en el punto de conexión siempre es buscado de manera deliberada, para así poder utilizar una norma de conflicto que le remita a otro derecho sustantivo o adjetivo que le favorezca.

El *forum shopping* es una técnica del DIPr que permite al demandante iniciar una estrategia legal que esté encaminada a obtener la sentencia más favorable a su conveniencia. Existen tendencias a criticar esta técnica; pero mientras sea usada dentro de los criterios razonables para atribuir competencia, no debe existir objeción alguna, puesto que es

⁴⁶ Granato, Leonardo, Protección del inversor extranjero en los tratados bilaterales de inversión, p. 47. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2005/lg/lg-pie.pdf>. Consultado: 5 de enero de 2016.

atribuida razonablemente cuando no es considerado un foro con competencia exorbitante. Por lo tanto, se puede aplicar a la paremiología latina que dice *abusus non tollit usum*; es decir, el abuso no quita el uso, por lo que lo anterior no es óbice para que se restrinja, siempre y cuando la elección del foro se encuentre dentro de dichos parámetros.

En efecto, debe suprimirse el pensamiento erróneo con relación a elegir a voluntad el foro más adecuado para la parte actora en un juicio se esté incurriendo en fraude a la ley, toda vez que cuando el actor utiliza la técnica del *forum shopping* podemos aseverar que jamás se podrá configurar fraude a la ley. La razón de la anterior afirmación es que jamás existe creación alguna de puntos de conexión, sino que el foro fue elegido a través de los mismos puntos de contacto que ya existían previamente.

Por lo que, dependiendo de la elección del punto de conexión por parte del actor, siendo este un punto de conexión débil, es adecuado hablar de una posible competencia exorbitante y de una posible denegación de justicia, pero en *stricto sentido* no se está dejando de observar una norma de carácter imperativa, amén de que la competencia ya se encuentra previamente establecida, y no se busca una vinculación *ex post facto*.

Si la parte actora elige un foro competente que le beneficie tanto en su norma sustantiva o adjetiva, y si de esa elección resulta que escoge un foro que tenga una conexión demasiado débil (foro exorbitante), en este caso cabría la posibilidad de que fuera considerado como un foro no conveniente por parte de un Estado donde se tratara de ejecutar la sentencia.

A manera de corolario, la postura personal que se mantiene en este artículo respecto de si el *forum shopping* configura un fraude a la ley (tanto en la especie procesal como sustantiva), es que no existe un fraude a la ley como tal, toda vez que existen ciertos puntos de conexión que lo vinculan, pudiendo ser débiles al momento de elegir el foro de competencia, pero jamás se incurrirá en fraude a la ley, valiendo destacar que en ambas figuras se busca obtener ventaja para una de las partes en detrimento de la otra. Como hemos podido presenciar a lo largo del presente artículo, del *forum shopping* se advierten ciertos signos del fraude a la ley y del fraude, pero también difiere de ellos.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

Es importante manifestar que puede llegar existir un fraude en el sentido de que se le puede causar un perjuicio al demandado al momento de escoger un foro poco razonable y que sería catalogado como exorbitante, toda vez que puede acarrear perjuicios y diversos problemas al demandado, tales como imposibilidad material para litigar en dicho foro, lo cual devendría en un detrimento de justicia; pero jamás puede considerarse un fraude en el sentido hoy abordado y desarrollado; es decir, en el concepto de fraude a la ley utilizado en el derecho internacional privado.

A mayor abundamiento respecto a los foros exorbitante, es pertinente mencionar que son una ostensible expresión del papel facultativo del Estado que en ciertas ocasiones amplían el ámbito de su competencia internacional (más allá de sus fronteras), donde podemos apreciar la extraterritorialidad de las leyes que nacen de él. Lo anterior tiene su fundamento en el interés de resguardar a sus propios nacionales, sin que lo anterior pueda resistir decentemente un test de razonabilidad, debido a que la exorbitancia es el resultado de una falta de razonabilidad, la cual lleva aparejada ausencia de una finalidad de justicia en estos foros.

Este artículo ha permitido identificar los intereses por los cuales se ejerce la elección jurisdiccional y el derecho aplicable al fondo del asunto. Así también es importante considerar ciertos factores, como la facilidad de movilización gracias a los avances tecnológicos, un marco jurídico globalizado y liberal en el cual se encuentran plasmadas las leyes, lo cual es capaz de otorgar un gran marco discrecional a la autonomía de las partes para poder plantear y dirimir las controversias en distintos lugares.

8. Bibliografía

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17a. ed., México, Porrúa, 2008.
- BELL, Andrew, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, 2003.
- BOUTIN I., Gilberto, *Derecho internacional privado*, Panamá, Mizrachi & Pujol, 2002.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1985.
- CONTRERAS VACA, José Francisco, *Derecho internacional privado. Parte general*, 5a. ed., México, Oxford, 2009.
- CONTRERAS VACA, José Francisco, *Derecho internacional privado*, 4a. ed., México, Oxford, 2009.
- Dizionario giuridico romano*, Nápoles, Edizione Giuridiche Simone, 2000.
- GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, España, Universitat de les Illes Balears, 2003.
- GRAHAM, James A., *Guía práctica para la ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos de América*, Monterrey, Lazcano Garza, 2007.
- GRAHAM, James, *Guía práctica para la ejecución de sentencias y los laudos comerciales extranjeros*, 2a. ed., Zamanga Editores. Disponible en: <https://goo.gl/v7yS5T>.
- JUENGER, Friedrich K., *Derecho internacional privado y justicia material*, México, Porrúa, 2009.
- KEYES, Mary, *Jurisdiction in International Litigation*, Australia, The Federation Press, 2005.
- MEYZEAUD GARAU, Marie Christine, *Droit international privé*, 2a. ed., Francia, Bréal, 2008.
- NIBOYET, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, México, Nacional, 1951.
- PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, 2012.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford, 2006.
- RODRÍGUEZ, Sonia, *Competencia judicial civil internacional*, México, UNAM, 2009.
- RODRÍGUEZ, Agustín W. y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz, *Diccionario latín jurídico. Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, Buenos Aires, García Alonso, 2008.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales*, España, Atelier Libros Jurídicos, 2012.

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ

STAELEN GUILLOT, P., “Derecho internacional privado”, en GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO y WITKER, Jorge, *Diccionario de derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

WEINBERG DE ROCA, Inés, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2002.

Cibergrafía

FELDSTEIN CÁRDENAS, Sara Lidia, “Historia de una aldea famosa en el derecho internacional privado”.

GRANATO, Leonardo, “Protección del inversor extranjero en los tratados bilaterales de inversión”. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2005/ig/ig-pie.pdf>.

VELARDE ESTRADA, Rogelio López, “El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 2, 1994. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/23/pr/pr23.pdf>.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, “Fraude a la ley: *fraus legis fracta*”, *Revista Cultura Jurídica*, México, núm. 1, diciembre de 2010-febrero de 2011. Disponible en: <http://goo.gl/49y9ru>.

STACEY, James y TAYLOR, Angela, “Unilateral Jurisdiction Clauses-Navigating the Minefield”, 23 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://www.slaughterandmay.com/media/1999588/unilateral-jurisdiction-clauses-navigating-the-minefield.pdf>.

“South Asia Dispute Resolution Newsletter”. Disponible en: <http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/SIBAJ3005124.pdf>. Consultado: 18 de junio de 2016.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 13, enero-junio 2018