

## **DEBER ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS DE CONOCER EL DERECHO**

Las normas jurídicas tienen como destinatarios tanto a los súbditos como a las autoridades, pero sobre los funcionarios pesa el deber de cumplirlas y velar por su cumplimiento, deber cuya infracción da lugar a responsabilidad. La Magistratura, además, tiene el deber especial de conocer el Derecho como expresa la máxima *iura novit curia*. Consecuencia de este deber es que los Tribunales deben de aplicar de oficio el Derecho, sin que se requiera su alegación por las partes, *narra mihi factum, narro tibi ius*. Este deber comprende todas las normas estatales, leyes, decretos, acuerdos gubernativos, acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, ordenanzas de gobierno, Sentencias de la Corte de Constitucionalidad y de las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia y los principios generales del Derecho.

Respecto a la costumbre, se discute si debe considerarse como de hecho o derecho y, por tanto, si debe ser conocida por el juez o es menester su alegación por las partes. Ambas opiniones son equivocadas porque no tienen en cuenta la verdadera naturaleza de la costumbre; ésta se basa sobre un hecho, pero no se puede equiparar a un hecho jurídico cualquiera, porque origina una norma de Derecho; pero esta circunstancia no puede hacerla equivalente a la ley, porque ésta se atestigua con un acto notorio, como es la publicación, mientras que la costumbre se forma lentamente, desprovista de solemnidad en su formación. Por consiguiente, no se puede exigir al juez el mismo conocimiento de la costumbre que de la ley, por lo que puede exigir la prueba de aquella. Sin embargo, siendo una fuente de derecho la costumbre, según algunos, debe ser aplicada por el propio juez de oficio si éste la conoce.

Nuestra jurisprudencia exige que la costumbre sea justificada por la parte que la alega, para que el juez la aplique y este criterio jurisprudencial aparece reconocido en la actualidad. Al regular la costumbre se exige para su aplicación que resulte probada. Criterio distinto han seguido con eruditos en la materia. Dice al respecto el art. 2 sobre las fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Y se complementa con el contenido del Art. 3. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

**NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LA LEY.** Violación directa de ley. Siendo el efecto primordial de las normas jurídicas su obligatoriedad, la infracción de las mismas lleva aparejada una sanción, como elemento inherente a toda norma jurídica. Esta sanción puede ser de diversa índole: pena, responsabilidad civil, nulidad del acto, etcétera, dando lugar la clase de sanción a una clasificación de las normas jurídicas: *leges plus quam perfectae* (nulidad y pena) *perfectae* (nulidad) *minus quam perfectae* (pena), *imperfectae* (ni nulidad ni pena, sino otras sanciones que remedien las consecuencias del acto).

La sanción típica de tales infracciones es la nulidad de los actos realizados en contra de lo dispuesto por las normas. La sanción anuladora es, pues, el efecto de la transgresión a las leyes y normas imperativas.

Este efecto de nulidad está proclamado netamente en la ley del organismo judicial. Dice el Art. 4 que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

**FRAUDE DE LEY:** No siempre se produce tal transgresión de la ley por violación directa de la misma, pues a veces se trata de eludir el cumplimiento de una ley a través de un medio indirecto; así mediante la aplicación de otra ley se pretende burlar una prohibición legal. La doctrina habla entonces del fraude a la ley o del negocio in fraudem legis.

En nuestra legislación se encuentra el fraude de ley en la Ley del Organismo Judicial, a diferencia de otros países, en los que lo incluyen en el código civil, quizás sean más modernos al nuestro. Así el Código italiano, a propósito de la causa ilícita en los contratos y bajo la rúbrica de contrato en fraude a la ley dispone que se considera también ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

Se define el acto en fraude a la ley, como una violación indirecta del espíritu de la ley, mediante actos aparentemente lícitos, pero que en si o en su combinación, persiguen el resultado prohibido, como por ejemplo, cuando para violar la prohibición de las donaciones entre cónyuges, se hace aparentemente una venta o bien se lleva a cabo la donación por persona interpuesta. La distinción fue ya netamente establecida por la jurisprudencia romana. En Guatemala hay un ejemplo claro al respecto del fraude de ley, que la sociedad bien puede recordar, ya que lo vivieron en ésta década. Se trata de la intención de inscribir como candidata a la presidencia de la República a Sandra Torres, a quien reconocían como la esposa del presidente de la República, en funciones. El señalamiento que se le hacía a Sandra Torres era que, hay prohibición expresa en la norma constitucional para los parientes del Presidente en funciones a postularse al cargo de Presidente de la República. La norma dice al respecto que tienen prohibido optar al cargo de Presidente de la República, entre otros los parientes por afinidad y consanguinidad establecidos en la ley, del Presidente en funciones. Pues resulta que, para eludir la prohibición, la señora Sandra Torres logra obtener su divorcio, por lo que ya está soltera, siendo así intenta nuevamente la inscripción como candidata para optar al cargo de Presidente de la República. El Tribunal Supremo Electoral resolvió que se había dado un fraude a la ley, el cual le explica las razones por las cuales no es inscrita como candidata la señora Sandra Torres.

El interés de esta distinción estriba en que no siempre el acto in fraudem legis va sancionado con la nulidad, como acontece con el acto contra legem. La doctrina dominante estima que para saber cuándo produce la nulidad el acto in fraudem, legis habrá que apreciar la finalidad perseguida por el conditor iuris: si se quiere prohibir un determinado resultado, cualquiera que

sea el medio empleado para alcanzarlo, o si por el contrario, se limita a prohibir el resultado alcanzado tan solo por un determinado medio, permitiéndose implícitamente otro medio que conduzca al mismo resultado. En el primer caso el acto in fraudem legis, queda comprendido en la prohibición legal, aunque aparentemente haya escapado a la previsión legislativa y por tanto la nulidad procederá como si se tratase de acto contra legem; en el segundo, en cambio, no deberá procederse a una interpretación extensiva de la prohibición legal.

De esta forma se mantiene un criterio objetivo de delimitación del acto en fraude a la ley, desechando el criterio subjetivo, y por tanto, el acto será válido, conforme al criterio expuesto aun cuando las partes se propusieran violar la ley, como tampoco les valdrá a éstas haber tenido intención de respetarla, si objetivamente el acto realizado violaba el espíritu de la ley. En contra de esta distinción objetiva limitadora de los efectos anuladores del acto fraudulento, se alega el aforismo *fraus omnia corrumpit*, el cual es rechazado, con razón por su vaga generalidad, como acontece con tantos otros viejos aforismos.

El Código Civil no regula la noción del fraude a la ley, pero sí se le encuentra en la Ley del Organismo Judicial y es en el art. 4 donde se introduce la noción. Pero además, en el Art. 203 se hace referencia de las sanciones. Dice que por la interposición de recursos frívolos o impertinentes que evidentemente tienda a entorpecer los procedimientos, y por la presentación de escritos injuriosos o con evidente malicia, será sancionado el abogado, las dos primeras veces con multa de doscientos a mil quetzales y la tercera, con separación de la dirección y procuración de los asuntos, sin perjuicio de otras sanciones que pudiere imponer el colegio de abogados y notarios, en aras de la adecuada disciplina y prestigio del gremio. Contra la resolución que decreta multas o la separación cabe el recurso de apelación, pero si se tratare de tribunales colegiados, solo cabe la reposición, garantizando en todo caso al presunto responsable el derecho de defensa y el debido proceso. Tal recurso no interrumpirá el curso del asunto en trámite. Esta cuestión será tramitada en incidente y en cuerda separada.

Contra la resolución que decreta multas o la separación, cabe el recurso de apelación, pero si se tratare de tribunales colegiados, solo cabe la reposición. Tal recurso no interrumpirá el curso del asunto en trámite. Esta cuestión será tramitada en incidente y en cuerda separada.

Es decir, que los jueces y tribunales no deben de rechazar las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan un medio para eludir la aplicación de una norma, imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la ley, sino están en la potestad de sancionar al profesional del derecho que actúe de forma maliciosa en el libre ejercicio profesional.

Y dice además el 204 de la Ley del Organismo Judicial que todas las inhabilitaciones se decretarán por el tribunal que conozca del asunto, haciéndose saber a la Corte Suprema de Justicia; ésta lo comunicará a su vez a los demás tribunales y al Colegio de Abogados, ordenando que se haga la correspondiente anotación en el Registro de Abogados y que se publique en el Diario Oficial y en la Gaceta de los Tribunales.

Por tanto, el derecho guatemalteco cuenta ya con una noción legal del fraude a la ley como medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

Por su parte, la jurisprudencia sanciona los actos realizados con fraude a la ley, negándoles validez. La doctrina jurisprudencial exige para que se de el fraude a la ley una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético del precepto legal en que se ampare.

En la doctrina se indica, al respecto de la controversia doctrinal sobre si es precisa la intención fraudulenta, predomina la tesis negativa, también compartida por la jurisprudencia. Es decir, establecer plenamente la intencionalidad de consumir el fraude.

En cuanto a los efectos no siempre lleva aparejado el fraude la nulidad del acto, pues lo fundamental es que la ley defraudada reciba cumplimiento, por lo que según los casos se producirá la nulidad u otras consecuencias jurídicas.

El fraude a la ley puede afectar según los elementos que intervengan en la relación jurídica, tanto al Derecho interno como al Derecho internacional privado.