

## *Fraude contra Derecho*

**José Lois Estévez**

Madrid, Civitas, 2001

O autor divide esta obra en tres partes ben diferenciadas: na primeira trata o problema do fraude á lei, aprofundando no estudo da acepción da palabra fraude, pasando polo dereito romano, o dereito moderno e tamén pola xurisprudencia. Así mesmo, aborda o tema das premisas lóxico-xurídicas para unha definición de fraude á lei. Refírese tamén á esencia da manobra fraudulenta realizada polos particulares e ós medios utilizados para defraudar e, ademais, nesta primeira parte, o autor trata o fraude á lei no proceso de creación xurídica e tamén con ocasión de aplica-la lei. En derradeiro lugar, Xosé Lois Estévez, dá unha definición de fraude á lei.

Na segunda parte o autor trata da etioloxía e prevención do fraude á lei analizando as leis contrarias e conformes ó sentir xeral; as respectuosas ou perturbadoras do equilibrio xurídico e as que están en pugna ou en pro dos intereses particulares.

A terceira, e última parte deste libro, dedica o autor ó diagnóstico e proba do fraude á lei, e explica a sospeita inicial de fraude e os seus indicios.

Vista a estrutura xeral da obra, podemos analizar cada unha das tres partes que xa sinalamos. Deste xeito, e como é normal, comezaremos pola primeira delas.

O autor comeza esta obra falando do problema do fraude á lei e para iso acode á acepción vulgar e etimolóxica da palabra *fraude*. É por isto que pon de manifesto que se nun sentido vulgar fraude significa engano malicioso e inxusto,

etimoloxicamente a dita voz non sufriu cambios importantes no seu valor semántico.

O dereito romano tivo o indicio de que máis alá da infracción pura e simple dos textos legais, había outra forma de reacción que evitaba as prohibicións con previda desculpa; pero ó tratar de identificala, fixoa consistir nunha supeditación do espírito á letra da lei; en executa-lo que se supón reprobado *intencionalmente* polo lexislador so pretexto de que non aparece expresamente prohibido.

O tratamento xurídico asignado ós actos fraudulentos viña ligado ó que parece o carácter da lei. Só as *leges perfectae* sancionaban coa nulidade o acto na súa contra ou en fraude. Von Mayr sostén que os compiladores xustinianos desenvolveron o concepto de *fraus legis* como consecuencia de abolirse a distinción entre *leges perfectae, minus quam perfectae e imperfectae*.

As cautelas interpretativas dos xurisconsultos romanos permítennos entreve-lo seu *modus operandi* en tan delicado problema: convertían o *in fraudem legis* nun *contra legem agere*. Deste xeito, fixábanse máis no contido ca nas formas, negábanse a ter por válido un resultado que de xeneralizarse reduciría a norma vencellante a unha recomendación benevolente, a mercé das partes.

É dicir, en Roma, ó revés que no dereito moderno, a noción de fraude á lei encoméndaselles á aprehensión intuitiva, ó instinto dos prudentes, ós seus presuntos esforzos para preserva-lo dereito e a xustiza na aplicación práctica dos textos. Non hai propiamente no dereito romano unha definición conceptual, lóxica, do fraude á lei. Abondan, en cambio, xuízosos exemplos desta teoría no seu espírito.

No dereito moderno, os grandes códigos do noso mundo parecían gardar un estraño silencio sobre o fraude á lei. Nin o definían, nin sequer o mencionaban. A propia xurisprudencia amosábase reservada e obstinada. Na maioría dos casos fuxía desta temida e incomprendida construción.

España non constituía unha excepción a esta regra. O Código civil español non mencionara explicitamente o fraude á lei. Tampouco a xurisprudencia. A doutrina mesma parecía ignora-la existencia desta figura. Con todo, a partir do primeiro cuarto do século pasado, iníciase timidamente un cambio de actitude. Resulta interesante a historia porque amosa cómo a doutrina (que moitos autores descartan como fonte do dereito), unha vez formada, repercute primeiro na xurisprudencia e acaba por converterse en lei.

Houbo moitos autores que trataron o tema pero foi, sen dúbida, Federico De Castro quen consagrou o fraude á lei no seu *Derecho Civil de España*. Tras unha sucinta exposición da xénese histórica do concepto, distinguía o fraude das figuras afíns e definíao como *un acto cun resultado prohibido por unha lei pero que se amparaba noutra dictada con distinta finalidade*. Ademais, De Castro, trataba de establece-lo seu ámbito de aplicación e fixaba os seus requisitos e efectos.

A visión que predominou na doutrina española foi a que se difundía na mag-

nífica obra de De Castro. A maior parte dos nosos civilistas limitáronse a secundala. Así, por exemplo, autores como Castán, Puig Peña, Bonet, Lacruz, Díez-Picazo, Cossío, Albaladejo, Batlle, Gitrama, De los Mozos, etc.

Deste xeito, ó reformarse o título preliminar do noso Código civil tívose presente, sobre todo, o punto de vista predominante na doutrina nacional, aínda que se lle aplicou unha certa modificación; pois o parágrafo 4º do artigo 6 di que *os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, se consideraran executados en fraude á lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se trata de eludir.*

Esta definición peca de insuficiente, pero en calquera caso, a recepción da doutrina sobre o fraude, pola xurisprudencia primeiro e logo pola lexislación, acredita de qué xeito se vai conformando a opinión dese público constituído polos xuristas e cómo polo seu influxo se oficializa.

Desde a súa orixe, a loita contra o fraude é inevitablemente un cometido xurisprudencial. Así segue a ser agora e continuará no futuro. A razón está clara: a doutrina do fraude á lei construíuse como unha reacción dos intérpretes *oficiais* contra as tentativas *privadas* de *paraliza-los* preceptos condenándoo ás súas hipóteses estrictas, mentres gracias á autonomía da vontade, trataban de crearse *formalmente* situacións de excepción, inmunes ás prohibicións lexislativas.

Só a xurisprudencia ten a oportunidade de reprimilo; pero só en moi contadas ocasións pode facelo sen mostrarse arbitraria. Pois un tribunal de dereito, lonxe de decidir segundo o seu propio sentimento xurídico e aínda segundo a súa propia conciencia, debe submisión a normas moi constrictas de índole procesual e material, relativas ás alegacións, á proba, á valoración da proba, á congruencia co pedido e, sobre todo, a unha imparcialidade sen sospeita.

A actitude inhibicionista dos ordenamentos contemporáneos ante o problema do fraude á lei, aínda que profundamente significativa, resulta en franca inconsecuencia cos principios imperantes.

O dereito positivo da nosa época está dominado polo signo dun normativismo absolutista e pretencioso, que tende a prevelo e regulalo todo. Non só se multiplican as normas ata constituír un labirinto que ningún fio de Ariadna logra desenredar, senón que, ademais, cada unha, co afán de ter en conta as circunstancias máis nimias, se perde nunha serie de sutilezas que converten nunha verdadeira tortura para os xuristas a súa comprensión e conciliación. A lei intenta reorganizalo todo, e o lexislador, co propósito de asegurarse a xa difícil submisión do xuíz, quere aprisionalo nunha estreita trama normativa e procura subministrarlle por adiantado todo xuízo.

Sintomaticamente e por excepción, ante o problema da *fraus legi*, o lexislador adoita observar un comportamento diferente. En lugar de precisar con rigor cómo se debe concibir e trata-lo fraude, na maioría dos países fíxolles unha verdadeira deixazón ós tribunais do seu descubrimento e terapia.

Isto responde, seguramente, a unha das notas máis rechamantes do fraude á lei: este confúndese co dereito. Tódalas formas xurídicas son boas para el e vive suxeito a unha transformación incesante.

Fronte a esta gama de posibles modificacións a impotencia do lexislador é moi visible, se condena unha forma, o fraude adoptará outra; e os subterfuxios non rematarán nunca. Pretender prevelos todos levaría a repetir ante cada norma todo un mundo de trabas, precaucións e contramedidas que farían o texto inmanexable. Defini-lo fraude e encomendarlle-la súa detección ós tribunais parece o único accesible para o lexislador con algún resultado: pero o traballo non resulta fructífero porque a reprobación do *fraus legi* é consubstancial á mera constatación de que toda disposición de intención pública, válida e vixente, debe ser efectiva.

A loita contra o fraude á lei ofrécese, así, como unha misión xurisprudencial, ou con maior xeneralidade aínda, como unha misión de tódolos órganos oficiais que aplican o ordenamento positivo.

O autor dedícalle unha alínea nesta primeira parte da súa obra ás premisas lóxico-xurídicas para unha definición do fraude á lei. Así, na xénese da noción no dereito moderno, a maioría das disputas, tanto de carácter doutrinal coma práctico, que xorden unha e outra vez a propósito do fraude á lei, non terían ocorrido co realismo san e co método científico rigoroso que demanda a concepción empírico crítica do dereito, se se comezara por dilucidar-la significación lóxico-xurídica da noción clasificadora, e despois, a sabendas xa das súas implicacións se inventariara con exhaustividade a casuística do fraude á lei, con supostos non triviais senón autenticamente significativos.

Polo que atinxe á causación do fraude desde o dereito, o autor sinala que para establece-las fronteiras do acto fraudulento debemos, en primeiro termo, separalo doutras figuras afíns coas que se soe mesturar. Sobre todo, cómpre distinguilo do que é unha mera *infracción legal*. O noso primeiro coidado ten que consistir en dilucidar ata qué punto é ilícito o fraude e en inquirir despois se esta ilicitude hipotética e diferente posúe suficiente singularidade para xustificar que se reivindicque no seu favor unha nova rúbrica terminolóxica.

Segundo unha teoría de grande avoengo entre os xuristas, a norma xurídica actúa sobre os súbditos de catro maneiras: mandando, prohibindo, permitindo e castigando. O mandato ou a prohibición legal, o mesmo que a sanción ó acto tipificado, determinan a esfera das conductas ilícitas, é dicir, o que debe ser condenado a inviable no mundo xurídico. Se descartámo-las formulacións de mero carácter declarativo e as de índole constitutiva, o dereito resolveríase nun cúmulo de prescricións imperativas. E dado que non se admite, a título de excusa, ningunha alegación de ignorancia, o resultado sería que o dereito, bloqueando efectivamente a liberdade cos seus *nons* ou *sís*, deixaríaalles expedito unicamente o camiño ós actos conformes á regra. Por iso se invoca tan a miúdo o axioma: todo canto non estea prohibido está xuridicamente permitido. Proposto así o problema, sería imposible facerlle sitio ó fraude entre os actos ilí-

ditos, nin o dereito podería coñecer un terceiro xénero entre o cumprimento e a infracción: a norma ou se acata ou se viola; pero nada máis. A razón é franca. Rexendo o principio de legalidade e o seu corolario (a liberdade residual), prohibicións ou mandatos que non consten, non poderían lícitamente ser impostos *a posteriori*; e máxime cando a ignorancia non exime. Pero así o fraude non podería nunca incorrer en sanción, agás que sexamos infieis ós principios.

No artigo 6, número 4, do título preliminar reformado, os lexisladores españois, quizais coa pretensión de sortear algúns dos palpables inconvenientes que queixarían a fórmulas similares, substituíron a contraposición doutrinal entre *norma infrinxida* e *norma de cobertura* (que disolvería o fraude nos actos contra a lei) por unha máis larvada oposición entre *norma invocada* e ordenamento xurídico. Así, os actos fraudulentos non serían xa *contra lei*, senón *contra dereito* (con só facer equiparable *dereito* e *ordenamento xurídico*). O noso lexislador viría deste xeito, a sabendas ou non, a refuxiarse nunha concepción paralela á da tese doutoral do autor, que dicía: *Este é o paradoxo do fraude: enfronta-lo dereito co dereito; pretender substraerse ó dereito utilizando como instrumento o propio dereito: apoiarse na estrutura ou modo de ser do sistema xurídico para facer pasar por normal un feito prohibido.*

Queda, sen embargo, desmentida esta primeira impresión polo propio aserto do Código civil: *Os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se tratara de eludir.*

A frase subliñada, coa súa manifesta referencia á norma transgredida, bota por terra a anterior hipótese e induce a crer que a mención do *ordenamento xurídico* non responde a ningunha intención de maior alcance, senón a simples motivacións estilísticas. A teor da súa verdadeira intencionalidade, a formulación do artigo sería equivalente a esta outra: *Os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido noutra, ou contrario a ela, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da que se tratara de eludir.*

Se cadra polos antecedentes do precepto sexa posible deducir que os principais inspiradores da reforma abrigaban o propósito de configura-lo fraude á lei tomando o ordenamento xurídico como un todo; pero á hora de dar corpo ó que sería o criterio legal, non se pode negar que prevalecendo sobre o designio reflexivo, a idea subconsciente que os dominaba comunicóuselles ás súas expresións. Reapareceu, así, fronte á norma de cobertura e de amparo, outra norma en conflito, a que trataba de eludirse, co que a referencia ó ordenamento xurídico como un todo viña a quedar en mera retórica.

En canto á esencia da manobra fraudulenta realizada polos particulares, recorda o autor que Thöl reducía a dous os posibles casos de fraude: unha falsa interpretación do principio xurídico ou unha desfiguración da situación de feito.

Lois Estévez refírese tamén ós medios utilizados para defraudar sinalando que para sistematizar con certa eficiencia os procedementos dos que se serve o fraude para eludi-la lei, convén preguntarse primeiro sobre quen ou sobre que recae a prohibición. A prohibición legal pode afectar unicamente a un conxunto determinado de persoas; a negocios ou actos xurídicos en xeral ou a calquera dos seus elementos en particular; ou a cousas ou instrumentos específicos.

Cando a prohibición afecta a unhas persoas e non a outras, pode eludirse poñendo ó afectado de acordo con alguén que non o estea para que, finxidamente substituíndoo como suxeito da relación xurídica, lle transmita despois a cousa, os seus froitos ou os efectos desexados. É o suposto da interposición de persoa.

Cando a prohibición se refire a un negocio xurídico ou a un acto, procúrase evitala desfigurándoo; é dicir, privando a súa aparencia dalgún ingrediente decisivo para a súa cualificación xurídica ou engadíndolle calquera nota ou circunstancia modificativa que cambie o seu xénero. Chamaremos a esta manobra desfiguración. Tamén cabe descompoñe-lo acto noutros máis simples, coa condición de que cada un sexa ou pareza inocente ou estea permitido. Falamos entón de desdoblamento.

Cando se funde a prohibición sobre elementos ou circunstancias, ben do acto ben do negocio, cabe intentar esquivala ocultándoos ou facendo que os suplanten outros elementos ou circunstancias lícitas.

En todos estes supostos a manobra fraudulenta realízase para facer inerte unha prohibición legal. Os actos mediante os que se procura a inmunidade fronte á norma prohibitiva son entón, sen lugar a dúbidas, *actos contra lei disfradados*, procedementos para converter en inaparente o antixurídico.

Polo que respecta ó fraude á lei no proceso de creación xurídica, o autor manifesta que é o fraude á lei máis perigoso e menos estudado e é cometido polos poderes do Estado cando se deixan arrastrar polo seu afán de supremacía.

En canto ó fraude á lei con ocasión de aplicala, sinala que aínda que a función de vulgar non poida reducirse, como pretendía Montesquieu, a unha repetición servil dos textos legais, haberá que garantir dalgún xeito que, co pretexto de interpreta-las normas, non sexa posible, aberta ou solapadamente, contradicilas. Pois unha cousa é recoñecer que os xuíces están chamados a crear dereito nos casos concretos e outra moi distinta facultalos para sobrepoñérense ás leis e recibílas a beneficio de inventario, segundo particulares conveniencias ou segundo, incluso, o propio sentimento xurídico.

Que os xuíces poidan incorrer en fraude á lei vén recoñecéndose desde Roma. Pero, certamente, o fraude xudicial á lei resulta ignorado *de facto* no dereito moderno. Para desgracia de todos, a súa frecuencia é moito maior do desexable.

Por último, para rematar xa esta primeira parte do libro, o autor dá unha definición de fraude á lei e, así, di que a característica que comparten tódolos casos que explica na súa obra como exemplos de fraude á lei, consiste en *enmas-*

*cara-la que sería, se transcendera, antixuridicidade flagrante do suposto facticio tipificado, cambiando habilidosamente os seus rastros empíricos, para que pareza indiferente ou permitido polo dereito.*

Non parece, pois, que poida existir *fraus legi* sen previa maquinación que disfrace os feitos e, metamorfoseándoos, os faga inmunes á prescrición que se procura evitar. Tentar aproveitarse de calquera aporía ou lagoa descuberta no ordenamento, non constitúe fraude, senón facer vale-lo axioma de liberdade ou formular un mero problema interpretativo. Pois tanto as antinomias como as lagoas implican un baleiro legal ou a inexistencia dalgunha limitación esixible. E, por principio, se non hai regra que concretamente a reduza, ten que afirmarse como subsistente a liberdade.

O fraude á lei non consiste en ampararse nunha norma para eludir outra; senón en altera-los feitos de tal xeito que a disposición que se teme pareza inatínente ó evento mentido. De aí que poida definirse como deformación artificial dos signos sensibles que materializan empiricamente un suposto facticio, para que, trascanteada a súa *evidencia social*, lle escape á asignación xurídica que lle correspondería por *esencia*.

A segunda parte do libro refírese á *etioloxía e prevención do fraude á lei*. Nela, o autor sinala que toda lei suscita no medio social dúas clases de reaccións: unhas veces tradúcense en tendencias espontáneas ó acatamento masivo, instintivas; e outras, deliberadas, xorden despois de dar a coñece-lo contido do precepto e son, tal vez, de repulsa. As primeiras, debidas ó hábito de obediencia que semella formar parte da nosa herdade social, fan posible a efectividade do ordenamento positivo. As segundas, desembocan nun dos seguintes resultados:

- a) a lei é contraria ou conforme ó sentir xeral
- b) respectuosa ou perturbadora do equilibrio xurídico
- c) en pugna ou en prol dos intereses particulares de cada suxeito ó que afecta.

Cando as leis se inspiran en sentimentos que a maioría do pobo comparte, a propensión a gardalás ten que se-lo suposto normal. Pola contra, cando incomodan ou desagradan a moitos, o estímulo para reaccionar contra elas aumenta en proporción ó número de afectados. A probabilidade de ineficacia neste caso faise moi grande. Á pasividade da maioría, que non adoita informarse das innovacións legislativas nin está capacitada para entendelas, unírase entón o esforzo imaxinativo dos expertos para enervalas.

Deste xeito, témo-las seguintes reaccións ante a lei:

1ª. Inhibición colectiva. A norma amósase tan descoñecedora das realidades e necesidades sociais que a inmensa maioría dos seus destinatarios se comportan coma se non existira e incluso as autoridades, non considerándose lexitimadas para esixi-lo seu cumprimento, finxirán ignora-la infracción. A consecuencia disto é o desuso.

Outra causa de incumprimento xeneralizado é a hipertrofia lexislativa. Cando se lexisla en exceso, non hai quen de coñece-la inmensa maioría dos textos legais. Cómo poderemos, pois, garanti-la súa observancia. Aínda admitindo o principio establecido no artigo 6.1 do Código civil, segundo o cal a ignorancia das leis non é alegable como escusa do seu incumprimento, resulta incuestionable que non cabe aplicar semellante precepto senón *a posteriori* e a situacións litixiosas concretas; porque as normas descoñecidas pola maioría dos seus destinatarios son de acatamento imposible. E, na práctica, a ignorancia masiva equivale a universal repudio, como se se debese a un acordo multitudinario para boicotear unha disposición odiosa.

2ª. Franca oposición á norma. A norma contradí ata tal punto os sentimentos colectivos que o seu quebrantamento se produce masivamente e sen recato e aínda que os poderes públicos pretendan esixi-la súa observancia están condenados de antemán a fracasar. Tropezan cunha resistencia social tan cuantiosa que resulta invencible. Cabe concretala nunha especie de lei natural, extrínseca ó dereito, susceptible de formularse así: *A probabilidade de impoñer coercitivamente o cumprimento dun precepto xurídico é inversamente proporcional ó número de transgresións que se cometan contra el en unidade de tempo.*

3ª. Quebrantamento larvado. É un suposto moi común: calquera persoa que vexa importantes intereses seus ameazados por unha norma e teña medo de que, se a infrinxe abertamente, se lle apliquen as sancións previstas nela, haberá de procurarse, ó solaparse a violación, algún xeito inaparente de eludi-los disuasivos ameazantes. Esta reacción pode darse en contadas ou en múltiples ocasións. No primeiro caso, enfrontariámonos a tentativas de evasión illadas, que hai que combater caso a caso, a medida que se diagnóstiquen. Se ocorre en múltiples ocasións, o propio efecto cuantitativo impón un cambio de calidade e na súa virtude chégase moitas veces a constituír, ó consolida-lo procedemento como costume, novas figuras ou institutos xurídicos.

Na terceira parte do libro, o autor trata do diagnóstico e proba do fraude á lei, e sinala que o fraude á lei, como creación de falsas aparencias para esconder e facer pasar por outra a verdadeira realidade, ten que estar formalmente salvagardado por documentos, con preferencia públicos. Tratando de impedir que se aplique unha lei a un suposto facticio nela previsto, necesita predispoñe-la proba de tal xeito que funcionarios e xuíces non poidan identificar, se respectan as normas probatorias, o caso real desfigurado, senón só ver nel unha excepción ou algún outro caso diferente. A proba é aquí, polo tanto, enganosa.

O dereito ten sempre que dar por suposto que os sucesos que contan con maior índice de frecuencia, ou sexa, os máis probables, son os que deberán terse por acontecidos; e, en cambio, resulta lóxico esixir unha proba especial cando se afirma que se produciron feitos que acontecen máis rara vez.

Acredita-la existencia do fraude obrigará entón, ante todo, a desvirtua-los medios persuasivos cos cales unha parte, polo xeral o demandado, ofrece a



demostración de que a súa situación difire e é inconciliable coas previsións da norma invocada pola súa contraria. Como, ademais, a carga da proba pesa substancialmente sobre o actor, a demanda do cal debe desestimarse se non consegue achegar suficientes instrumentos de convicción en aval da súa tese; cerciorarse de que se intentou defraudar-la lei constitúe unha auténtica *probatio diabólica*.

Porque, por unha banda, o defraudador reconstituíu, de ordinario, proba de que realizou un negocio xurídico lícito, ó non estar prohibido en ningunha lei e resultar por ende aplicable ó mesmo o axioma de liberdade e o principio de autonomía volitiva; *per contra*, o adversario debe demostrar que, por non explicarse os feitos senón como un medio para eludir-la aplicación dunha norma imperativa ou, mellor, de orde pública (*ius cogens*), a autonomía volitiva non se consínte.

Toda a énfase debe poñerse neste aspecto da demostración, porque se o negocio xurídico é normal, estatisticamente frecuente e non foi expresamente prohibido, é obvio que non poderá tildarse de fraudulento sen incorrer en pronunciamento arbitrario. Pois non podendo pasar inadvertido ó lexislador, ó ser un dato patente da experiencia xurídica, faise inevitable cualificalo de permitido. Xa que sería moi inxusto tratar como fraudulento o que, por coñecido e non prohibido, hai que ter á forza por permitido.

En canto á sospeita inicial; para chegar a convencerse de que certos actos ou negocios xurídicos, que en aparencia non quebrantan ningún precepto positivo, sen embargo, entrañan fraude á lei, o primeiro de todo é sospeitar por algúns vestixios, a súa existencia. Para isto, debemos comezar preguntándonos qué circunstancias poden movernos a reecer que un determinado comportamento fora motivado polo deliberado propósito de subtraerse a unha esixencia ou prohibición normativa.

Habermos de contar, así, cunha norma, vixente á data na que se realizou o acto ou o negocio xurídico, que non admita a autonomía da vontade, senón que obrigue ó sometemento incondicional dos afectados. Sobre este punto non existe, naturalmente, ningunha esixencia de proba, por reducirse a unha cuestión de mero dereito. O que si resulta problemático é acreditar que a hipótese ou suposto fáctico normativo fora desvirtuado para que non pareza comprende-lo caso litixioso real.

En rigor, a manobra defraudadora móntase exercitando a autonomía volitiva para producir unha proba legal ou sumamente verosímil de que as partes constituíron voluntariamente unha relación xurídica inusitada, nova ou pouco frecuente, que hai que cualificar de lícita, porque non foi aínda obxecto de prohibición legal.

Estes dous riscos son os que permiten conxectura-la existencia do fraude: o precepto con pretensións de ineludibilidade e o acto ou actos anómalos que, prevaléndose da liberdade contractual, logran obter, por medios que non delatan a súa ilexitimidade, un resultado equivalente ou idéntico ó suposto fáctico que a norma pública trata de inhibir.

Debemos recoñecer, sen embargo, que un indicio de fraude non abonda para xustifica-la súa represión nunha sentenza. O xuíz, actuando imparcialmente debe respecta-las regulamentacións sobre a proba, a distribución da súa carga e a súa definitiva valoración. Pois converter nun feito un simple indicio, aínda que sexa a máis frecuente tentación en que pecan os xuíces, significa ceder ó prexuízo e incorrer en arbitrariedade.

Polo que respecta ós indicios de fraude, o fraude, ó igual ca unha enfermidade debe ser detectado polos seus síntomas. Como evento anómalo, soe deixar tras de si algúns rastros delatores, que servirán precisamente como o seu medio de diagnóstico.

Finalmente, en relación coa proba do fraude, sinala o autor que o fraude non pode presumirse, hai que probalo, porque debe rexe-la presunción de inocencia para o imputado. A proba faise a miúdo por medio de presuncións legais, que poden chegar á ficción cando *son iuris et de iure*.

Teremos indicios de que unha cousa non comprendida nunha prohibición legal foi tomada en substitución da que se ve afectada por aquela; de que unha persoa a quen é lícito un certo acto xurídico figura en lugar doutra que o ten prohibido; ou ben un contrato non permitido se reempraza por outro lícito, urdido para producir un resultado económico equivalente; ou calquera outro negocio xurídico visto con tolerancia, ponse en lugar do reprobado.

En resumo: substitución de persoas, de cousas ou de actos xurídicos.

De aí que para detecta-la maquinación fraudulenta, haberá que preguntarse se a persoa que aparece como titular é a que realmente protagoniza o acto xurídico substitutivo ou ben algunha outra interposta, que deberá de gardar coa primeira relacións estreitas de parentesco ou amizade. Cuestionar tamén se a cousa está, ou non, empregándose en lugar doutra ou se os actos ou negocios xurídicos se xustifican e son intelixibles por si mesmos ou se só teñen sentido como partes dun todo para acadar un resultado económico prohibido no seu xeito normal de acadalo; é dicir, mediante un acto ou negocio que é o medio tradicional para a súa consecución.

Así, temos sintetizados os indicios que poden permitir diagnostica-la comisión do fraude e sobre os cales se van proxecta-las reflexións do xurista e do xuíz.

Cuestionándonos todas estas cousas e contrastando cada unha cos seus posibles indicios, a sospeita inicial pode conducirnos á certeza moral que se require para diagnostica-lo fraude á lei sen pecar de arbitrario.

**Isabel Castiñeiras Bouzas**

*Avogada*