

Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado

CÉSAR CAMARGO HERNANDEZ
Abogado-Fiscal de la Audiencia de Madrid

SUMARIO: I. ESTUDIO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 532.—*Consideraciones generales.*—II. SUSTRACIÓN ILEGÍTIMA DE COSA MUEBLE PROPIA.—A) Antecedentes históricos: 1) Derecho romano. 2) Época intermedia. 3) Derecho histórico español: a) Fuero Real; b) Las Partidas; c) Codificación.—B) Elementos de este delito: 1) Elementos objetivos: a) Objeto material; b) Objeto jurídico; c) La acción; d) El perjuicio. 2) Elementos subjetivos: a) Elemento subjetivo personal: a') Sujeto activo; b') Codelincuencia; c') Sujeto pasivo. b) La culpabilidad.—C) Su consumación.—D) Su diferenciación de otros delitos afines.—E) La punibilidad.—F) Jurisprudencia.—III. OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO.—A) Cuestiones previas: 1) Antecedentes históricos. 2) Concepto y clases de simulación: a) Concepto; b) Clases. 3) Simulación y falsedad.—B) Elementos de este delito: 1) Elementos objetivos: a) Objeto material; b) Objeto jurídico; c) La acción; d) El perjuicio. 2) Elementos subjetivos: a) Elemento subjetivo personal; b) La culpabilidad.—C) Consumación.—D) Punibilidad.—E) Concurrencia con otras infracciones.—F) Jurisprudencia: 1) Concepto de simulación. 2) Elementos de este delito. 3) Coartura. 4) Concepto de tercero.

I. ESTUDIO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 532

Consideraciones generales.—El artículo 532 está comprendido en la Sección Segunda (“De las estafas y otros engaños”) del Capítulo IV (“De las defraudaciones”) del Título XIII (“De los delitos contra la propiedad”) del Libro segundo de nuestro vigente Código penal y, en los dos números de que consta, tipifica dos delitos totalmente diferentes y que únicamente tienen de común la exigencia de la producción de un perjuicio; ello determina que tengamos que comenzar haciendo unas consideraciones de orden sistemático, tanto en lo que se refiere al emplazamiento de estos delitos entre las estafas, como al hecho de tipificar en un mismo artículo la sustracción ilegítima de cosa propia y el otorgamiento de contrato simulado.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, es

indudable que en la sustracción de una cosa mueble, a quien la tiene legítimamente en su poder realizada por el dueño de la misma, con perjuicio del poseedor o de un tercero, no aparece el *engaño* por ninguna parte, y, sin embargo, éste es elemento esencial para la existencia de la estafa, que consiste en un perjuicio patrimonial causado mediante engaño y con ánimo de lucro. De lo indicado se deduce que este delito no debe estar comprendido entre las estafas.

Con relación al segundo de los problemas de orden sistemático que hemos planteado, hacemos nuestras las palabras de GROIZARD (*El Código de 1870 Concordado y Comentado*, tomo VI, segunda edición, Madrid 1914, pág. 661) cuando dice: "otro defecto perteneciente a la parte que podríamos llamar artística del Código, encontramos en el artículo actual. Nada hay que aconseje tratar en él dos incriminaciones entre las cuales tan pocas analogías existen. *El sujeto* del delito en el primer párrafo previsto, sólo puede ser el dueño de la cosa. El del delito descrito en el segundo párrafo, puede serlo cualquiera. *El fin* de aquella acción es el apoderamiento de una cosa mueble; el de esta otra el fingimiento de un contrato. *El medio* de delinquir en el primer caso es la sustracción; en el segundo, el engaño. No hay, pues, punto alguno de contacto entre una y otra figura de delincuencia". En parecido sentido, se muestra QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1946, página 459 del vol. II).

II. SUSTRACCION ILEGITIMA DE COSA MUEBLE PROPIA

Dispone el artículo 532, en su número primero, que, incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente, "*el dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero*".

Para la debida interpretación de este precepto legal consideramos indispensable hacer un pequeño examen de la evolución histórica de este tipo delictivo, la que nos será de inapreciable utilidad.

A) *Antecedentes históricos.*—1) *Derecho romano.*—Como acertadamente afirma RODOLFO SOHN (*Instituciones de Derecho romano*. Traducción española, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1928, pág. 417), existen en derecho una serie de delitos contra los cuales el orden jurídico reacciona valiéndose de los medios que procura la Ley privada, y a esto deben su nombre de delitos privados. Entre estos delitos privados figuraba el *furtum possessionis*, precedente romano, según veremos, del delito objeto de nuestro estudio, que no ha sido reconocido como figura propia hasta tiempos relativamente recientes.

En el primitivo Derecho romano, la sustracción cometida por el propietario de la cosa, a quien la tiene legítimamente en su poder, quedaba comprendida en el amplio marco del "*furtum*", presentándose

cómo una variedad de este delito, derivada de las diversas formas en que la *contractatio* podía presentarse.

Partiendo de la conocida definición de PAULO en el *Comentario al Edicto (Digesto. Libro XLVII, De Furtis, I, 3)*, "*Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*", se deducen tres formas de "contractatio" o sustracción: la "Contractatio rei", la "Contractatio usus" y la "Contractatio possessionis".

La noción de la "Contractatio rei", viene a coincidir con la del actual delito de hurto, ya que mediante la *amotio* la cosa pasaba de manos del que la tenía a las del autor del hecho.

Con relación a la "Contractatio usus" se discute entre los autores (FERRINI: *Sposicione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en *Enciclopedia de Pessina*, Milano 1905, vol. I, pág. 186. FERRER SAMA: *El delito de apropiación indebida*, Murcia 1945, pág. 8. SOHM: *Obra cit.*, pág. 419. SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*, traducción española, Espasa, Barcelona, tomo II, pág. 214, etc.) si equivalía a la noción actual del hurto de uso o a la del delito de apropiación indebida, cuestión que nos limitamos a apuntar sin entrar en su estudio, por ser ajena al tema que tratamos.

La "Contractatio possessionis" consistía en la sustracción de la cosa, realizada por el propietario, a su legítimo poseedor (en este mismo sentido SOHM, *Obra y lugar citados*. Se muestra en contra FERRINI: *Obra cit.*, pág. 185, para quien el "furtum possessionis", es el realizado por el poseedor sin el consentimiento del propietario), encontrándose, pues, en el *furtum possessionis* el precedente del delito tipificado en el número 1.º del artículo 532 de nuestro vigente Código penal.

2) *Epoca intermedia*.—Los juristas de la Edad Media, teniendo en cuenta las atroces penalidades establecidas para el delito de hurto, distinguieron entre el *hurto propio* y el *impropio*. Denominaban *hurto propio* a aquel en que la "contractatio" afectaba a la vez al dominio y a la posesión; pero cuando el derecho de propiedad no era el afectado, sino solamente el de posesión, teniendo en cuenta que faltaba el requisito esencial del *apoderamiento de cosa ajena* dieron a este hecho la denominación de *hurto impropio*.

3) *Derecho histórico español*.—a) *Fuero Real*.—Dispone este Fuero en la Ley XIII del Título XIII del libro IV que "todo home que su cosa empenare a otro e despues gela furtare, pechela asi como de furto".

b) *Las Partidas*.—Se dispone en la Ley XI del Título X de la Partida VII: "alorando, ó emprestando, ó encomendando un ome a otro, alguna cosa señalada, como quier quel que la tuviese en alguna de estas maneras se puede servir e aprouechar della... e por ende dezimos, que magüer el que la auis assi dada, tomare aquella cosa por si mismo, o otro alguno por él, sin mandamiento del Juzgador...".

Ley IX, Título XIV de la Partida VII: "Si algun ome ouiese empenado a otro la su cosa mueble, é teniendola el otro en peños aquel

cuya fuesse gela furtasse; bien gela podria el otro demandar como de furto”.

c) *Codificación*.—Disponía el Código penal de 1822 en su art. 409, que “cualquiera que quitare a la fuerza la propiedad ajena sin ánimo de apropiarsela, o la propia poseida o detentada legítimamente por otro; sufrirá multa de 10 a 100 duros y un arresto de 8 días a 2 meses...”.

En los Códigos de 1848 (art. 456), 1850 (art. 456), 1870 (art. 551), 1928 (art. 724, número 15), 1932 (art. 526) y 1944 (art. 532), se encuentra este delito exactamente igual definido que en el Código vigente.

De lo indicado se desprende la profunda raigambre histórica en nuestra Patria del precepto de que nos ocupamos, siendo únicamente de destacar el requisito exigido por el Código de 1822 de que *la cosa sea quitada a la fuerza*, con lo cual, en este Código, no se sancionaba el “furtum possessionis”, sino la que podríamos denominar “rapina possessionis”.

B) *Elementos de este delito*.—Dividiremos los elementos del delito de sustracción ilegítima de cosa propia, en objetivos y subjetivos; pero haciendo la advertencia de que estos elementos nunca se presentan puros, ya que, en definitiva, todos ellos por ser elementos del tipo, son normativos.

1) *Elementos objetivos*.—a) *Objeto material*.—El elemento material de este delito está constituido por la *cosa mueble*, de cuyo concepto en nuestro ordenamiento jurídico pasamos a ocuparnos.

Al igual que ocurre con el hurto, el concepto de cosa mueble que nos suministra el Derecho civil no es aplicable al área penal, por lo que, al exclusivo fin de determinar el objeto material del delito, materia de nuestro estudio examinaremos, separadamente, los conceptos *cosa* y *mueble*.

El concepto penal de *cosa* no difiere de concepto general aplicable en todas las ramas del Derecho, en contraposición a lo que, principalmente, han venido sosteniendo los autores alemanes al afirmar que el concepto penal de cosa es diferente del formulado por el Derecho privado. Como acertadamente afirma MANZINI (Trattato, § 2.538), esta errónea doctrina arranca del hecho de confundir las nociones de “bien” y de “cosa”, sin tener en cuenta que así como todas las cosas susceptibles de propiedad son bienes, no todos los bienes son cosas.

Después de lo indicado, se puede definir la cosa en sentido jurídico-penal como *todo objeto material, susceptible de apropiación y con valor económico* (nociones semejantes a la por nosotros dada, pueden encontrarse en las obras de RODRÍGUEZ DEVESA, “El hurto propio”, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1946, pág. 116, y FERRER SAMA, “El delito de apropiación indebida”, obra cit., págs. 42 a 56. En contra MANZINI, obra cit., § 238 c.).

La cosa ha de reunir la condición de *ser mueble* y, a efectos penales, por cosa mueble, siguiendo al profesor RODRÍGUEZ DEVESA (“El hurto propio”, obra cit., pág. 130) hemos de entender “aquella que pueda

ser movilizada, es decir, separada prácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente".

Claramente se desprende de la noción anteriormente expuesta que penalmente no es aplicable el concepto privatístico de cosa mueble, ya que muchas de las cosas consideradas por el Código civil como inmuebles son susceptibles de apropiación, mientras que otras, como tal consideradas en dicho Cuerpo legal no lo son, como, por ejemplo, ocurre con las concesiones administrativas de Obras Públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre cosas inmuebles.

Suelen clasificar los civilistas los bienes enumerados en el artículo 334 de nuestro Código civil, en *bienes inmuebles por naturaleza* (las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo —número 1.º del artículo citado—) y *por incorporación* o destino, como son todos los enumerados del número 2.º al 10.º, pudiendo servir de ejemplo de bienes inmuebles por incorporación los descritos en el número 4.º: "Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo". Como caso de *bienes inmuebles por destino*, puede ser citado el del número 7.º del artículo 334, referente a "los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse".

A efectos penales, sólo pueden ser considerados como bienes inmuebles los que lo son por naturaleza, todos los demás son muebles. El Derecho penal siempre está, o debe de estar, de acuerdo con la suprema realidad.

Finalmente, es de hacer constar que los bienes civilmente denominados semovientes, han de ser considerados como muebles a efectos penales.

b) *Objeto jurídico*.—En general, el objeto jurídico del delito, siguiendo la terminología de Rocco, está constituido por el bien jurídico lesionado o puesto en peligro; esto es, por el bien jurídico protegido por la norma.

Creemos que en el delito de sustracción ilegítima de cosa mueble propia, el bien jurídico protegido es *la posesión*.

Sobre este punto consideramos importantísimo advertir que, si bien, la desposesión desempeña un destacado papel en el delito de hurto, ya que si no se desposee no puede producirse, no es la posesión el bien jurídico protegido en este delito, sino la propiedad; ya que, como acertadamente hace constar RODRÍGUEZ DEVEÑA, "la desposesión es la forma de ataque específica del hurto como delito contra la propiedad. Pero no se agota ahí la función de la posesión, basta constatar la lesión de la posesión para presumir, *iuris tantum*, la lesión de la propiedad, que de otro modo se convertiría en muchos casos en una verdadera *probatio diabolica*, y, añade el citado autor, "sólo la demostración de que se es propietario puede excluir el título de hurto cuando ha mediado desposesión".

De aquí deducimos nuestra afirmación de que el bien jurídico lesionado en este delito es la posesión (forma legítima de tener una persona una cosa en su poder), ya que el *furtum possessionis*, sin la existencia del precepto contenido en el número 1.º del artículo 532 sería un hecho atípico y en consecuencia, no punible.

C) *La acción*.—El núcleo de la acción está constituido por el verbo *sustraer*.

Gramaticalmente “sustraer” o “substraer” (del latín *sub*, debajo y *extraere*, sacar), significa, según el Diccionario de la Real Academia, *apartar, separar, extraer, hurtar o robar*, noción que coincide plenamente con la que podemos obtener acudiendo a una interpretación lógica, a través del examen de los artículos 500 (“los que se apoderan de las cosas muebles”) y 514 (“los que toman las cosas muebles”), de modo que a efectos penales, habrá que entender por *sustracción*, tanto la realizada con fuerza en las cosas, como la ejecutada sin su empleo. A esta interpretación autoriza, aparte de lo indicado, los precedentes históricos, ya señalados de este delito.

Cuando la sustracción tenga lugar mediante el empleo de violencia o intimidación en las personas, a nuestro entender, habrá un concurso de delitos, ya que los actos de violencia (homicidio, lesiones, etc.) o intimidación (amenaza, coacción) constituyen el medio para la ejecución del delito de sustracción ilegítima de cosa mueble propia, tipificado en el número primero del artículo 532 de nuestro vigente Código penal. En estos casos se determinará la pena que corresponda imponer, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.

d) *El perjuicio*.—Se exige en el número 1.º del artículo 532, como elemento esencial para la existencia del delito, el perjuicio causado a la persona que tenga legítimamente en su poder la cosa o a un tercero.

Este perjuicio ha de ser real y efectivo. No basta la intención de causarlo, ni la posibilidad de su producción. Dicho perjuicio ha de ser de naturaleza patrimonial, económica y valorable, ya que el importe del perjuicio irrogado ha de servir de base para la determinación de la pena, multa, del tanto al triple de dicho perjuicio, que se impone al autor del delito conjuntamente con la de arresto mayor.

2) *Elementos subjetivos*: a) *Elemento subjetivo personal*.—a') *Sujeto activo*.—Sujeto activo de este delito únicamente puede ser el dueño de la cosa, siempre que no se trate de alguna de las personas enumeradas en el articulado 564 del Código penal; pues, entonces, estaría exento de responsabilidad penal y únicamente sujeto a la civil, ya que el artículo 532 está comprendido en el capítulo de las defraudaciones.

b') *Codelincuencia*.—En los casos de codelincuencia, consideramos necesario distinguir dos supuestos diferentes. En ambos todos son responsables; pero en el primero, todos responden, según su diverso grado de participación, del mismo delito, mientras que, en el segundo, responderán por distinto título de delito.

El primer supuesto se producirá en los casos de copropiedad, cuando los copropietarios actúen como coautores o unos como autores y otros como cómplices o encubridores.

Los que sin ser propietarios cooperen con el dueño en la sustracción de la cosa, responderán como autores, cómplices o encubridores de un delito de robo o hurto, según se haya o no realizado o ejecutado el hecho con el empleo de fuerza en las cosas. La condición de propietario es una *causa personal* y, por tanto, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 60 del Código penal.

c') *Sujeto pasivo*.—Sujeto pasivo de este delito es el *poseedor* de la cosa mueble, que es, quien sin ser su propietario, la puede tener legítimamente en su poder. Por tanto, debe tener la cosa en su poder como consecuencia de una resolución judicial o de un acto por el que se trasmita la posesión de las cosas muebles, pero no su dominio. Estos contratos o actos jurídicos son el arrendamiento, el mandato, el comodato, la prenda y el depósito (ya sea judicial o voluntario).

Siendo el contrato de compraventa el destinado por esencia a la transmisión del dominio, suelen prescindir de él los autores al estudiar este delito; pero es de tener en cuenta que, entre las compraventas especiales, existe el contrato de *compraventa con pacto de reserva de dominio* en virtud del cual el vendedor de la cosa sigue siendo dueño de la misma hasta el total pago del precio. Dada la importancia que actualmente han adquirido las ventas a plazos, caso en el que generalmente se adiciona este pacto, es este el supuesto que más frecuentemente se presenta en la práctica y al que consideramos perfectamente aplicable el precepto que estudiamos, cuando la cosa sea sustraída por el vendedor al comprador.

Otro caso digno de ser estudiado es el referente a la cosa litigiosa, cuando sea sustraída por alguno de los litigantes a su legítimo poseedor. En este caso habrá que distinguir si el autor de el hecho es el demandante o el demandado.

Si el que sustrae la cosa es el demandante, creemos que sería autor de un delito de robo o de hurto, ya que no puede ser considerado como propietario hasta que en virtud de sentencia firme sea declarado como tal. Mas si el autor de la sustracción fuese el demandado, entendemos, es perfectamente aplicable este artículo ya que, hasta que se dicte sentencia, la presunción de propiedad está a su favor (en el mismo sentido: GROIZARD, *El Código penal etc., obra cit.*, tomo VI, pág. 657).

b) *La culpabilidad*.—En cuanto al elemento subjetivo por excelencia que es la culpabilidad, es de señalar que este delito solamente puede producirse en su forma dolosa. La exigencia, como elemento esencial, para la producción del delito, del perjuicio causado al poseedor de la cosa o a un tercero, determina que la necesaria concurrencia de este *dolo específico* o *voluntad duplicada*, según terminología de Quintano Ripollés, excluya, sin género alguno de dudas, la forma culposa.

b) Para la existencia del delito, se requiere no solamente la voluntad de sustraer la cosa, sino además la conciencia en el autor del hecho de que quién la tiene en su poder la posee lícitamente y de que causa un perjuicio a éste o a un tercero.

c) *Su consumación.*—Para la consumación de este delito, no solamente es indispensable que se efectúe la desposesión, por parte del propietario de quien la tiene legítimamente en su poder, sino que además, se requiere que se cause un perjuicio real y efectivo a éste o a un tercero.

b) Con relación al problema de si es o no posible la frustración en este delito, sin detenernos en el examen de las teorías de la “contrectatio”, “apprehensio”, “ablatio” o de la “illatio” (una completa exposición y crítica de las mismas puede encontrarse en RODRÍGUEZ DEVESA: *El Hurto propio*, ob. cit., pág. 207), nos limitaremos, de acuerdo con el profesor CUELLO CALÓN, a decir que no se concibe la frustración, pues es muy difícil que el que hace cuanto es necesario para que, en este delito, se produzca la sustracción, no lo consiga.

D) *Su diferenciación de otros delitos afines.*—Los delitos más próximos son el robo y el hurto, de los que, esencialmente, se diferencia en que para su existencia se requiere que la cosa mueble sustraída sea *ajena*, mientras que en el delito del número 1.º del artículo 532 la cosa ha de ser *propia*.

No obstante estar comprendido este delito entre las estafas, no puede ser considerado como tal, ya que para la existencia de las mismas es imprescindible el *engaño*, requisito que no concurre en el delito de sustracción de cosa propia.

E) *La punibilidad.*—El artículo 532 se remite, a efectos de punibilidad, al artículo precedente que señala la pena de arresto mayor y multa del tanto al triple del perjuicio causado.

F) *Jurisprudencia.*—Tiene declarado nuestro más alto Tribunal de Justicia que para la existencia de este delito es elemento esencial la existencia de un perjuicio (Sentencias de 12 de junio de 1876, 31 de diciembre de 1918, etc.), pero no se requiere ni la concurrencia de engaño, ni la de ánimo de lucro (sentencias de 11 de noviembre de 1897 y 7 de julio de 1913).

III. OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO

A) *Cuestiones previas: 1) Antecedentes históricos.*—Se puede afirmar que los antecedentes de este delito se encuentran en la época de la codificación, ya que con anterioridad o no se sancionaba penalmente, o se confundía con las falsedades ideológicas.

Aparece este delito con carácter propio e independiente en los Códigos de 1848-50 (artículo 456, 2.º), cuyo precepto es literalmente reproducido en los sucesivos (1870 —art. 551, núm. 2.º—, 1928—art. 724, número 14—, 1932 —art. 526, núm. 2.º—, 1944 —art. 532, número 2.º—).

2) *Concepto y clases de simulación.*—a) *Concepto.*—Etimológicamente la palabra *simular* deriva de la raíz sanscrita “*sa*”, de donde proviene la palabra latina *simulare* y gramaticalmente significa “*representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es*”.

El concepto de simulación, al pasar al campo jurídico, no varía del anteriormente expuesto. Ya en las fuentes romanas encontramos la *simulatio* como opuesta a *veritas*.

b) *Clases.*—La simulación puede ser absoluta o relativa.

La simulación es absoluta cuando el negocio jurídico es fingido. Realmente inexistente.

Es relativa, cuando detrás del negocio fingido se oculta otro verdadero. Es lo que podríamos denominar *disimulo* y puede servir de ejemplo la donación disfrazada de compraventa.

3) *Simulación y falsedad: Su diferenciación.*—Si tenemos en cuenta que la falsedad consiste en faltar a la verdad o alterarla, o como dicen Las Partidas: “en el mudamiento de la verdad”, fácilmente se apreciará la semejanza de este concepto con el anteriormente dado de simulación y la necesidad, llena de dificultades, de diferenciar ambos conceptos.

Como primer paso para llegar a una clara diferenciación, habrá que comenzar distinguiendo entre las falsedades materiales y las ideológicas.

Como su nombre indica, las primeras, afectan a la materialidad del documento, mientras que, las segundas, encuentran su campo de acción en el de la declaración de voluntad.

Consecuencia de lo indicado, es que la distinción entre falsedad material y simulación, no ofrezca dificultad alguna. La esencia de la primera se encuentra en la materialidad del documento (por ejemplo, raspando o borrando unas palabras para sustituirlas por otras), mientras que la de la segunda está en el elemento intelectual. En este aspecto, estamos de acuerdo con el Maestro CARRARA y con NICOLINI, cuando afirman que la falsedad está en la materialidad de lo escrito.

En cuanto a la distinción entre las falsedades ideológicas y la simulación, no obstante las innumerables dificultades que la cuestión presenta, podemos señalar los criterios de distinción siguientes:

1. En el delito de falsedad es indispensable la existencia de un documento, moneda, sello, marca, etc., mientras que en el de simulación de contrato no es necesario el documento, ya que dicho contrato puede ser verbal.

2. En el delito de simulación de contrato es indispensable, por lo menos, la concurrencia de dos coautores (los contratantes), mientras que el de la falsedad puede ser cometido por una sola persona.

3. La simulación, cuando no cause perjuicio, es penalmente lícita, mientras que la falsedad puede ser ilícita aunque no cause perjuicio, ni se tenga intención de causarle (falsedad cometida por funcionario público en documento público —artículo 302 del vigente Código penal).

4. La falsedad puede afectar al elemento material del negocio ju-

rídico, mientras que la simulación afecta siempre al espiritual. La falsedad puede ser una alteración física de lo escrito, la simulación es una alteración espiritual de lo querido.

B) *Elementos de este delito*.—Dispone el vigente Código penal en el número segundo de su artículo 532, que incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente: ... “el que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado”.

De la anteriormente transcrita definición legal del delito, se desprenden los siguientes elementos que, como ya anteriormente hicimos, dividiremos en objetivos y subjetivos.

1) *Elementos objetivos*.—a) *Objeto material*.—El objeto material de este delito está constituido por el contrato.

El Código civil español no contiene una definición del contrato. El artículo 1.254, parece proponerse, más que señalar la naturaleza del contrato, determinar el momento de su nacimiento o consumación, al decir que: “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”.

Del concepto legal transcrito se desprende que nuestro Código civil, entre las diversas teorías formuladas, acepta la de *la construcción estricta u obligacional del contrato*, circunscribiéndolo a las relaciones patrimoniales.

Por considerar que esta posición es la más aceptable, a efectos penales, es por lo que definiremos el contrato como *una convención o acuerdo de voluntades para la creación de una obligación de dar o hacer*.

La simulación puede producirse cualquiera que sean los requisitos formales que requiera el contrato. Por tanto, es indiferente que sean consensuales, reales o solemnes.

b) *Objeto jurídico*.—Creemos que el bien jurídico protegido por esta norma es *la fe en la contratación en general*, ya que la mayor o menor solemnidad que requiera el contrato, es indiferente a los efectos de la posibilidad de producción del delito que estudiamos.

Apoyan la posición que sostenemos las opiniones de SAVIGNY y DERNBURG, cuando afirman que el verdadero motivo de que no se tomen en cuenta las reservas (de voluntad) sólo puede encontrarse en que de otro modo se acabaría la buena fe y el contrato dejaría de ser un medio al servicio del comercio jurídico. “Si nadie pudiera estar seguro nunca de que una declaración externa era válida, a causa de la posible existencia de una reserva secreta, toda declaración contractual sería efímera”. Los mismos “Motivos” del Código alemán, invocan razones de utilidad, cuando en su Motivo I, se afirma que: “La eficacia de la reserva interior no es compatible ni con la conciencia jurídica en general, ni con un comercio ordenado”.

c) *La acción*.—El núcleo de la acción, en este delito, está constituido por el verbo *simular*.

Anteriormente nos ocupamos del concepto de *simulación*, señalando

do las notas más características que le separan del de *falsedad*. Ahora nos corresponde aplicar aquel concepto que dimos, al objeto material de este delito, que es el contrato y, tendremos que *contrato simulado* es el que tiene apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto (simulación absoluta) o porque es distinto de como aparece (simulación relativa).

FERRARA (*La simulación en los negocios jurídicos*. Traducción española, 3.^a edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, pág. 49) deduce del concepto anteriormente dado de contrato simulado, los tres requisitos esenciales siguientes:

1. Declaración deliberadamente disconforme con la intención.
2. Acuerdo entre las partes, y
3. Fin de engañar.

d) *El Perjuicio*.—Exactamente igual que ocurre en el delito anteriormente estudiado, por imperativo legal, es indispensable para la existencia del delito de otorgamiento de contrato simulado, que dicho contrato se otorgue “en perjuicio de otro”.

También aquí, como ocurría en el delito de sustracción de cosa propia, el perjuicio ha de ser valorable en dinero, ya que ha de servir de base para establecer la pena de multa, del tanto al triplo del perjuicio causado, que se impone al autor del hecho.

2) *Elementos subjetivos*.—a) *Elemento subjetivo personal*.—Especialidad del delito que estudiamos, es el requerir, como, mínimo, dos coautores; pudiendo ser su número igual que el de contratantes.

Consistiendo el delito en el otorgamiento de un contrato, que ha de reunir todos los requisitos requeridos para su validez por la Ley civil, los sujetos de este delito habrán de tener la capacidad necesaria para contratar y estando comprendido, dicho delito, en el capítulo de las defraudaciones, sus autores quedarán exentos de responsabilidad penal y únicamente sujetos a la civil, cuando en ellos concurren los requisitos establecidos en el artículo 564 del Código penal.

b) *La culpabilidad*.—Como acertadamente afirma el Profesor CUELLO CALÓN (*Derecho penal*, obra cit., tomo II, pág. 825) el elemento interno de este delito consiste en la voluntad de otorgar un contrato con conciencia de que es fingido y de que con él se causa un perjuicio.

A los elementos internos señalados, hemos de añadir, la intención de engaños a terceros, alma de este delito, al igual que en el de falsedad.

La exigencia del engaño y de la intención de causar un perjuicio, determinan que este delito no pueda producirse culposamente.

C) *Consumación*.—Siendo uno de los elementos del delito tipificado en el número segundo del artículo 532 el “perjuicio de otro”, no basta para su consumación, el hecho de que se otorgue un contrato simulado, sino que, además, es preciso que dicho perjuicio se cause a un tercero, real y efectivamente.

D) *Punibilidad*.—Se sanciona este delito con las mismas penas que el anteriormente estudiado de sustracción de cosa propia; esto es, con

la de arresto mayor y multa del tanto al triplo del perjuicio causado.

Con su agudeza característica, advierte el Catedrático de la Universidad de Madrid, señor QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*, obra cit., vol. II, pág. 459) que las penas señaladas, tanto para el delito de sustracción de cosa propia, como al de otorgamiento de contrato simulado son "exiguas en demasía".

Estamos completamente de acuerdo con la afirmación del citado autor, pero principalmente en lo que afecta al delito de otorgamiento de contrato simulado. Basta simplemente con pensar la pena que correspondería a estos hechos de no existir el número 2.º del artículo 532. En la mayoría de los casos habría de calificarlos como constitutivos de un delito de falsedad en concurso con otro de estafa y, aplicando lo dispuesto en el artículo 71, ya que la simulación sería el medio necesario para cometer la estafa, imponer la pena correspondiente al más grave de los delitos en concurso, en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las penas que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos.

E) *Concurrencia con otras infracciones*.—Después de lo anteriormente indicado y dada la naturaleza mixta de esta infracción: falsedad y estafa; es lógico afirmar la imposibilidad de la concurrencia de esta "defraudación" con el delito de estafa o con el de falsedad. Lo impide el principio "non bis in idem".

Recuerda este tipo legal el desaparecido delito previsto y penado en el artículo 323 del Código penal de 1932, también mixto de falsedad y estafa, en el que se disponía que: "cuando sea estimable el lucro que hubiesen reportado o se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este Título, se les impondrá una multa del tanto al triplo del lucro...".

F) *Jurisprudencia*.—1) *Concepto de simulación*.—Ha declarado el Tribunal Supremo que la palabra *simular* significa *fingir o imitar lo que no es* y que para incurrir en la sanción penal del artículo 551 (actualmente 532) es de absoluta necesidad o condición indispensable *la ficción o imitación de un contrato* que no haya existido realmente (Sentencias de 22 de diciembre de 1881, 9 de junio de 1891 y 24 de noviembre de 1917).

Hubiera sido de desear que nuestro más Alto Tribunal de justicia, en lugar de limitarse a dar un concepto meramente gramatical de este delito, profundizara en su concepto jurídico y sobre todo en el grave problema de su diferenciación de las falsedades ideológicas.

2) *Elementos de este delito*.—De forma magistral y resumiendo la anterior doctrina jurisprudencial sobre la materia, declara la sentencia de 16 de junio de 1952 que "para que exista el delito de estafa en la modalidad prevista en el número 2.º del artículo 532 del Código penal es necesario que concurren estos elementos:

1.º Que se finja la existencia de un contrato que no exista en la realidad.

2.º Que ello pueda ocasionar un perjuicio a tercera persona.

3.º Que no se trate de un perjuicio abstracto, sino que sea conocido de modo cierto y positivo, aunque su cuantía no se halle determinada y tenga que hacerse por el Tribunal bajo su prudente arbitrio.

Considera el Tribunal Supremo tan indispensable la concurrencia de estos elementos que, en la expresada sentencia, termina diciendo que “es tan esencial que no falten estos elementos que en otro caso, el hecho tan solo de la simulación, sólo daría lugar a una acción civil como es la de nulidad”.

3) *Coautoría*.—La necesidad de la concurrencia de más de un autor para la producción del delito de otorgamiento de contrato simulado se desprende de la sentencia de 17 de noviembre de 1898, en la que se dice que “cuando se simula una venta a otra persona para sustraer la finca a la responsabilidad de un embargo, *ambos son responsables del delito*”.

4) *Concepto de tercero*.—“Tercero es persona distinta de los que han intervenido en el contrato” (Sentencia de 1.º de junio de 1917).

Creemos, con esta pequeña exposición, haber puesto un escalón para el estudio de estos dos delitos, sobre los que, que sepamos, no se ha publicado ningún trabajo monográfico en España.

No desconocemos la dificultad, pues siempre hemos tenido presentes la palabras de FRANCESCO ANTOLISEI, cuando en su interesante artículo titulado *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, publicado en la Rivista Italiana de Diritto penale (1951, pág. 625) afirmaba que estos delitos “constituyen la materia más compleja, delicada y ardua de la Parte especial del Derecho penal”.