

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

**Trabajo de Titulación de Examen Complexivo para la obtención del Grado de Magister en
Derecho Notarial y Registral**

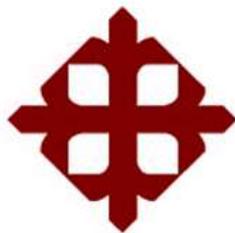
**TEMA: La simulación en las escrituras en el sistema penal
ecuatoriano**

Autor:

Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano.

GUAYAQUIL - ECUADOR

2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

(Nombre del Revisor Metodológico)

(Nombre del Revisor de Contenido)

DIRECTOR DEL PROGRAMA

(Nombre)

Guayaquil, 25 de octubre del año 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano

DECLARO QUE:

El examen complejo **La simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial Y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 25 de octubre del año 2018

EL AUTOR

Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **La simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 25 de octubre del año 2018

EL AUTOR:

Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano

Agradecimientos:

A los que dieron aliento y generaron inquietudes en busca de cuya respuesta emprendí esta maestría.

Dedicatoria:

A aquellos que con su ejemplo dieron sentido a mis palabras.

ÍNDICE

Contenido

ÍNDICE	VII
ÍNDICE DE TABLAS	8
CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN	2
1. El problema	2
2. Objetivos	2
2.1. Objetivo General	2
3. Breve descripción conceptual	3
CAPÍTULO II DESARROLLO	5
1. Planteamiento del problema	5
1.1. Antecedentes	5
1.2. Descripción del objeto de investigación	6
1.3. Pregunta Principal de Investigación.....	8
Variable única	8
Indicadores	8
1.4. Preguntas complementarias de investigación.....	8
2. Fundamentación teórica	9
2.1. Antecedentes de estudio	9
2.1.1. La simulación	9
2.1.2. La simulación en materia penal.....	12
2.1.3. El bien jurídico protegido en la falsificación y el principio de legalidad	13
2.1.4.- De la falsedad y sus clases.....	15
2.2. Bases teóricas	16

2.2.1.	La falsedad material y la falsedad ideológica	16
2.2.2.	Concepto de documento	16
2.2.3.	Documentos públicos y documentos privados	19
2.2.4.	La escritura pública como documento público	19
2.2.5.	El notario y el protocolo.....	20
2.2.6.	La falsedad ideológica y la simulación	21
3.	Metodología	22
3.1.	Modalidad	22
3.2.	Población y Muestra.....	23
3.3.	Métodos de Investigación	27
3.4.	Procedimiento	28
CAPITULO III CONCLUSIONES.....		29
1.	Análisis de los Resultados.....	29
CONCLUSIONES		34
RECOMENDACIONES		36
BIBLIOGRAFÍA		37
FUENTES ELECTRÓNICAS		39
CÓDIGOS Y LEYES.....		39
ANEXO.....		40

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Unidades de observación	23
--	----

RESUMEN

La Ley Notarial ecuatoriana prohíbe a los notarios otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas, sancionando la inobservancia de aquello no solo con la nulidad de la escritura y la destitución del notario sino además con la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Buscamos determinar cuál es esa responsabilidad penal para lo cual estudiamos el sentido jurídico en materia penal de la simulación en las escrituras, su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal para asegurar la garantía constitucional de *Nullum crimen nulla poena sine lege*, así como conocer cuáles acciones u omisiones en el actuar del notario podrían estar sujetas a responsabilidad penal. Con este propósito se aborda la doctrina más relevante en miras a establecer el concepto jurídico de simulación en el sistema penal ecuatoriano, así como para determinar si dicho concepto jurídico está comprendido en la falsedad material, en la falsedad ideológica o en ninguna de ellas. Identificamos el tipo penal regulado en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador al que se ajusta la simulación en las escrituras. Se analizan las normas relativas al tema en la legislación sustantiva civil encontrando que nuestro Código Civil no define a la simulación, por lo que se hace necesario para la comprensión de dicha institución acudir a la doctrina. Finalmente sugerimos a la Asamblea Nacional, la regulación que sobre la simulación contiene el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que trata a dicha institución como un vicio de los actos jurídicos junto a la lesión y al fraude.

Palabras claves: Escrituras simuladas, nulidad de escritura, destitución notario, falsedad ideológica, falsedad material, prohibiciones notariales.

ABSTRACT

The ecuadorian Notarial Law prohibits notaries from knowingly granting simulated deeds, sanctioning the non-observance of that not only with the nullity of the deed and the dismissal of the notary but also with the criminal responsibility that may arise. We seek to determine what is this criminal liability for which we study the legal sense in criminal matters of the simulation in the deeds, its classification in the Organic Comprehensive Criminal Code to ensure the constitutional guarantee of *Nullum crimen nulla poena sine lege*, as well as knowing what actions or omissions in the act of the notary could be subject to criminal liability. With this purpose, the most relevant doctrine is addressed in order to establish the legal concept of simulation in the ecuadorian penal system, as well as to determine if said legal concept is included in the material falsehood, in the ideological falsity or in any of them. We identify the criminal type regulated in the Organic Comprehensive Criminal Code of Ecuador to which the simulation in the scriptures is adjusted. The rules related to the subject are analyzed in the civil substantive legislation finding that our Civil Code does not define the simulation, so it is necessary for the understanding of said institution to resort to the doctrine. Finally, we suggest to the National Assembly, the regulation on the simulation contained in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation that treats this institution as a vice of legal acts together with injury and fraud.

Keywords: Simulated writings, nullity of writing, notary dismissal, ideological falsehood, material falsity, notarial prohibitions.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. El problema

La Ley Notarial vigente en el Ecuador en su artículo 20 prohíbe a los notarios otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas, sancionando la inobservancia de aquello no solo con la nulidad de la escritura y la destitución del notario sino además con la responsabilidad penal a que hubiere lugar, conforme lo determina el Art. 44 de la Ley en referencia. Para este caso determinar el sentido jurídico correcto de lo que debe entenderse en materia penal por simulación en las escrituras resulta de suma importancia pues a la simulación suele confundírsela con falsedad y si de ésta se tratara corresponde dilucidar si acaso se encasilla en una falsedad material o acaso en una falsedad ideológica.

Conocer el tratamiento jurídico que en materia penal da nuestra legislación a las escrituras simuladas. Establecer la relevancia penal de la simulación, su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal para asegurar la garantía constitucional traducida en el aforismo *Nullum crimen nulla poena sine lege* contenido en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República. Determinar cuáles acciones u omisiones en el actuar del notario, vinculados a éste tema, podrían estar sujetos a esa responsabilidad penal a la que se refiere el mencionado artículo 44 de la Ley Notarial, amerita a nuestro criterio la razón de ser del presente trabajo que proponemos.

2. Objetivos

Para el desarrollo de este trabajo nos hemos planteado los siguientes objetivos, general y específicos:

2.1. Objetivo General

Estudiar cómo es tratada jurídicamente la simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano.

Objetivos Específicos

1. Establecer el concepto jurídico de simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano.
2. Determinar si la simulación en las escrituras en su concepto jurídico está comprendida en la falsedad material, en la falsedad ideológica o en ninguna de ellas.
3. Identificar el tipo penal en el que esté comprendida la simulación en las escrituras en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.
4. Verificar que respecto a las conductas de simulación en las escrituras se respete el principio constitucional de legalidad.

3. Breve descripción conceptual

Cabanellas, G. (1976) manifiesta que la palabra simulación indica alteración de la verdad, pues tiene por objeto engañar acerca de la verdadera realidad de un acto. Se trata de encubrir la verdad de un negocio jurídico dándole la apariencia de otro no realizado. Puede manifestarse haciendo constar fechas que no son reales, o se refiere a constitución o transmisión de derechos a personas que no son las verdaderas destinatarias de los mismos (T. IV, p. 83) y que actúan, diríamos nosotros, en una especie de testafierros de aquella persona oculta que no aparece en el acto formal escrito y que es a quien en verdad se pretende beneficiar.

Por otra parte, la falsificación se la ha conceptualizado también como la falta de la verdad dirigida a las acciones, hechos humanos, que se han concretado o incidido sobre una cosa del mundo real. Zavala, Jorge. (1994) considera existe una diferencia entre falsificación y falsedad, pero indica que para fines didácticos es preferible abarcarlos en una denominación a la que llama “falsedad en general”, y a la que, para su estudio, la clasifica en falsedad propiamente dicha o falsedad material, en falsedad ideológica y en falsedad ideal. A ésta última la subclasifica en falsificación y en forjadura (pp. 99,100 y 101).

La falsedad ideológica ha sido entendida, por este mismo autor ecuatoriano, como aquella en la que el sujeto activo de la acción al momento de la formación del documento, en su contenido, hace constar un hecho o una declaración de voluntad o de conocimiento, como verdaderos, cuando dicho sujeto activo sabe, conoce, está consciente, de que no lo son (p. 181). Evidentemente las falsificaciones en general pueden recaer sobre distintos tipos de documentos. A éstos para un mejor estudio se los ha clasificado en instrumentos públicos y en instrumentos privados, siendo los primeros aquellos que han sido autorizados por un funcionario público a quien el ordenamiento jurídico le ha dotado de tal competencia. Los segundos son los hechos por las personas particulares sin que para su formación haya intervenido, ni sea necesario que lo haga, un funcionario público. Con los primeros está vinculada la actuación del notario.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

1. Planteamiento del problema

1.1. Antecedentes

La simulación en los actos jurídicos remonta su tratamiento al derecho romano en cuyos principios se ha ido desarrollando la doctrina de aquella. Conociendo que el Código de Napoleón recogió aquel bagaje cultural romano nos remitimos en un primer momento a los estudiosos franceses en busca de su contenido, es así como Planiol, M. y Ripert, G. (2003), la definen indicando que hay simulación cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto (p. 106). Lo que entonces se pretende es ocultar la existencia del acuerdo que en verdad celebran las partes mediante la formación de un acto aparente que no contiene su voluntad real y que encubre el verdadero contrato, como bien lo apunta Mazeud, H. y Mazeud, J. (1978, p. 98). Como se nota el enfoque es netamente civilista.

Don Bello, Andrés. (1954), tomó la tradición civilista francesa como fuente para la creación de su Código Civil que rige en nuestro país así como en gran parte de los países sudamericanos. Es así como las instituciones contempladas en el Código de Napoleón fueron trasladadas, asimiladas, al Código de Bello. (p. 16) Mas dicho Código Civil y el nuestro actual, en ninguna de sus partes se refiere ni trata específicamente a la simulación ni como institución autónoma ni vinculada a ninguna otra. La simulación más bien ha sido desarrollada por los estudiosos del derecho civil, en los países que siguen el modelo del Código de Bello, vinculándola a la nulidad de los contratos o incluso como forma en la que cesan los efectos de estos. A diferencia de lo dicho, en Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación (2014), en su Capítulo Sexto, se refiere y trata taxativamente esta institución como un vicio de los actos jurídicos junto a la lesión y al fraude.

A la falsificación, en tanto, la trata nuestra legislación penal desde antaño. Recordemos que nuestro anterior Código Penal, como manifiesta Cañar, Luis.

(2000), tenía como orígenes remotos al Código Penal Belga de 1810 que a su vez sirvió de inspiración para la creación del Código Penal español, el que por la conquista fue impuesto en el territorio del cual hoy forma parte nuestro país y mantenido incluso luego de la independencia. (pp. 38-46). Es así como, indica Verdugo, M. (1986) que esta figura penal se basa en el Código Penal español de 1850 (p. 464), por lo que para desentrañar su origen es necesario acudir a los estudiosos de la legislación penal española.

Entre los doctrinarios españoles encontramos a Pacheco, J. (2000, p. 761), quien al comentar el Art. 226 del Código Penal español de esa época, manifiesta que dicha norma tipifica la conducta del empleado público que cometiere falsedad, en lo que a este estudio interesa, suponiendo en un suceso la participación de sujetos que no lo han realizado; también imputando a los que sí intervinieron en él afirmaciones o expresiones desiguales de las realizadas; o, faltando a la verdad en la narración de los hechos. Nuestro último Código Penal, (1999), ahora derogado en los Arts. 337 y 338, sancionaba la conducta del funcionario público que en el ejercicio de sus funciones hubiere cometido falsedad que consista en suposición de personas; o, que al redactarlas hubiere desnaturalizado su sustancia o sus pormenores, estableciendo como verdaderos hechos que no lo eran. En este tipo penal se encasillaba el actuar del notario que adaptaba su conducta a esos supuestos fácticos.

1.2. Descripción del objeto de investigación

En el desenvolvimiento de sus labores diarias el notario está sujeto a una serie de eventualidades pues a pesar de cumplir a cabalidad su función en base a la observación rigurosa de la ley en no pocas ocasiones puede ser engañada por quienes requieren de sus servicios. En estos casos es evidente que al notario no puede atribuírsele la responsabilidad de aquellos pues de ninguna manera existe la voluntad del referido funcionario público de cometer o ser parte de un hecho ilícito y, claro está, en materia penal solo son punibles las acciones guiadas por el dolo, es decir cuando se tiene el designio de causar daño.

Pero puede ocurrir que el notario rebasando la barrera de lo debido, desdiciendo de la honrosa función que el Estado le ha encomendado, se preste a

realizar o realice actos contrarios a la ley y a los deberes que la normativa notarial le imponen cumplir. Debemos tener presente que el artículo 20 de la Ley Notarial en vigencia establece varias prohibiciones a los notarios, a saber: 1.- Ser depositarios de cosas litigiosas o de dinero, salvo el valor de los impuestos que ocasione el acto o contrato; 2.- Permitir que se saquen de sus oficinas los protocolos archivados; 3.- Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 4.- Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas; 5.- Ejercer la abogacía o un cargo público o privado remunerado a excepción de la docencia universitaria; 6.- Permitir que mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones testamentarias; 7.- Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o en que se estipule la alteración de ellas por documentos privados.

Justamente en relación a estas prohibiciones legales a las que está sujeto el notario el Capítulo IV, denominado “DE LAS NULIDADES Y SANCIONES” de la Ley en Referencia, sanciona la inobservancia de las mismas. Pero de manera particular y más grave, en su artículo 44 indica que la infracción de los ordinales 3º y 4º del Art. 20 ya mencionado, determina la nulidad de la escritura y que además el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar. Se establece entonces además una derivación sancionatoria hacia la legislación civil y hacia el ámbito punitivo penal.

No es el objetivo de este trabajo ocuparnos de la responsabilidad civil, pero sí de aquella que involucra al sistema punitivo penal, determinando como marco de estudio solo aquella que provendría de la conducta relativa a otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas. Esto nos lleva a buscar comprender, en primera instancia, qué debemos entender jurídicamente por escrituras simuladas, para luego pasar a tratar de determinar si es que la simulación en referencia se encuentra tipificada o no como infracción penal en el Código Orgánico Integral Penal que rige en el Ecuador. Como consecuencia de aquello buscamos también descubrir si en final de cuentas aquella prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 20 de la Ley de marras, resulta en sus efectos ser o no un acto punible y por tanto si en verdad existen las responsabilidades penales a las que hace referencia el artículo 40 de la ley Notarial.

1.3. Pregunta Principal de Investigación

De lo arriba planteado surge como pregunta principal de la investigación la siguiente: ¿Cómo es tratada jurídicamente la simulación en las escrituras en la legislación penal ecuatoriana?

Variable única

El tratamiento jurídico de la simulación en las escrituras en la legislación penal ecuatoriano.

Indicadores

- Concepto jurídico de la simulación en nuestra legislación.
- La simulación y su ubicación en las falsedades en materia penal.
- El tipo penal que comprende a la simulación.
- El principio de legalidad respecto de las conductas de simulación en las escrituras.

1.4. Preguntas complementarias de investigación

1. ¿Cuál es el concepto jurídico de simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano?
2. ¿La simulación en las escrituras como concepto está comprendida en la falsedad material, en la falsedad ideológica o acaso en ninguna de ellas?
3. ¿Cuál es el tipo penal del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador en el que está comprendida la conducta de simulación en las escrituras?
4. ¿Se respeta el principio constitucional de legalidad respecto a las conductas de simulación en las escrituras en materia penal?

2. Fundamentación teórica

2.1. Antecedentes de estudio

2.1.1. *La simulación*

El estudio de la simulación ha sido enfocado mayoritariamente desde el campo del derecho civil. Algunas legislaciones la contemplan expresamente en sus códigos civiles y otras como en el caso ecuatoriano no. Sostienen Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998) que lo normal es que la voluntad de las partes se manifieste en los actos jurídicos, pero que en ocasiones, puede suceder que una persona intencionalmente declare lo que no quiere (p. 359). Es así como definen a la simulación como la afirmación de un contexto de voluntad irreal, expresado con plena conciencia y en concordancia entre los actores o entre el que realiza la declaración y su receptor, para realizar con la intención de engañar la simulación de un acto jurídico falso o diferente al que en verdad se ha ejecutado. Podemos extraer de este concepto como elemento fundamental la necesidad de un **acuerdo entre las partes**, es decir los contratantes están plenamente conscientes, y es esa su voluntad, de dar una apariencia distinta a lo que en el fondo en verdad desean.

Sostienen estos autores que la simulación se presenta en los actos jurídicos bilaterales, y que su sanción sería la nulidad.

La nulidad siempre existe, cualquiera que sea el fin práctico de la simulación: defraudar la ley, engañar a los acreedores sobre la cuantía del patrimonio del deudor y, por lo mismo, substraer bienes a su garantía o hasta una simple ostentación. Como todos los actos se presumen verdaderos mientras no se rinda prueba en contrario, la simulación no es causa de invalidez. (Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A. 1971. p. 450)

Estos mismos autores para su estudio la clasifican en simulación lícita e ilícita, simulación absoluta y relativa:

La simulación lícita no persigue fines dolosos. Es determinada por motivos inocentes o de orden moral, como evitar conflictos con personas que se juzgan con derecho a idéntico beneficio, ponerse a salvo de indiscreciones o

impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios, o bien por modestia o desinterés para realizar anónimamente el bien. Pero en la práctica la mayoría de las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros.

Es absoluta cuando en realidad ningún acto jurídico quiere celebrarse, y solo aparentemente se realiza uno. Ejemplo típico: venta hecha por el deudor en perjuicio de los acreedores. La simulación es relativa cuando se quiere concluir un acto jurídico, pero aparentemente se efectúa otro diverso, ya por su carácter, ya por los sujetos, o ya por su contenido... En el caso de la simulación relativa hay dos actos jurídicos: 1, el ostensible, simulado, ficticio o aparente, que es el que las partes han fingido realizar y 2, el acto oculto, sincero, real o disimulado, que es el que verdaderamente las partes han querido celebrar y destinado a quedar en secreto.

Hay simulación relativa por el *carácter* del acto cuando, por ejemplo, se hace una venta a vil precio, queriéndose en realidad hacer una donación; por razón de los *sujetos* del acto cuando, por ejemplo, se hace aparentemente una venta a favor de Secundus para que éste, a su vez, venda la cosa a la mujer del primer vendedor; por razón del *contenido*, cuando el objeto del acto o contrato, tal como resulta de la declaración, es diverso de aquél (se dice que se contrata a una mujer para que preste servicios de empleada y en realidad se le dedica a la prostitución), o cuando se introducen cláusulas que no son sinceras (por ejemplo, en una compraventa se hace aparecer un precio superior o inferior al convenido), o cuando el acto contiene fechas falsas o se hace figurar que ha sido celebrado en otro lugar distinto del verdadero, como se solía hacer entre nosotros en los tiempos en que se exigía que la letra de cambio debía ser girada de una plaza a otra.

(Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A. 1971, pp. 451, 452)

Siguiendo la línea chilena el profesor Abeliuk Manasevich, Rene, 1993, indica que “La simulación se caracteriza porque las partes, de común acuerdo, crean una situación jurídica aparente que difiere de la real; en ella existen dos acuerdos de voluntad: uno, el real, y el otro que está destinado a crear una situación aparente, ficticia y distinta de la verdadera que permanece secreta entre las partes.” (p. 145).

A renglón seguido indica que una sentencia de los tribunales chilenos la ha definido como la declaración de contexto irreal de voluntad, formulada a sabiendas y en conformidad entre los actores para generar engañosamente la figuración de un negocio jurídico no real o diferente del que verdaderamente se cometió.

Al igual que sus coterráneos Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A., Abeliuk (1993) también las clasifica en lícita e ilícita, absoluta y relativa, en similares términos que los primeros nombrados, agregando a ésta última clasificación la que ha denominado por interpuesta persona. Dice que se presenta ésta última cuando “...el contrato se celebra aparentemente con una persona para que ésta a su vez lo traspase a otra; es muy frecuente para eludir una prohibición legal, como en el ya señalado caso de la que existe para la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente. Esta interpósita persona recibe los nombres más curiosos, testaferro, cabeza de turco, prestanombre, paloblanco, etc.”(p. 147)

Para Borda, G. (2013), -luego de indicar lo difícil que ha sido para los estudiosos encontrar una definición unitaria sobre la materia debido a la complejidad del tema- acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta a la realidad. Indica que hay un contraste entre la forma externa y la realidad querida por las partes “el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.” (p. 322). Encontramos en este concepto aquella categoría que podría enmarcar el actuar de los contratantes en una aproximación al campo del derecho penal: la mentira que oculta un negocio distinto al aparentado.

Propone el autor argentino citado tres características comunes a toda clase de simulación, así: 1) Una declaración de voluntad, diríamos nosotros, apreciable, que brota del documento material; y, otra, como bien lo sostiene el autor de marras, “...oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes;” y que es la que en verdad quieren las partes. 2) Su objetivo es el engaño. 3) El acuerdo de las partes para concretar ese engaño. (p. 323).

Esta posición doctrinaria del profesor argentino parece haber sido recogida en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014) que, a diferencia de

los de la tradición de don Andrés Bello, define en su artículo 333 a la simulación señalando que sucede cuando se disimula el sesgo jurídico de una acción con el aspecto de otro, o en los casos que el acto se sujeta a articulados que no son honestos, o dataciones falsas, o en los casos que por éste se forman o transmiten derechos a otros actores insertados y que no son para las que en el fondo se crean o transmiten.

Este Código además establece en su artículo 334 la clasificación de la simulación en lícita e ilícita recogiendo en sus conceptos la doctrina ya desarrollada sobre el tema líneas más arriba.

2.1.2. La simulación en materia penal

Sobre el tema del engaño, sobre la mentira, como elemento constitutivo de la simulación, corresponde ahora realizar un enfoque desde la óptica del derecho penal a fin de buscar su relevancia en esta materia. Para ir en busca de la última idea propuesta es necesario acudir a la doctrina hasta ahora conocida a fin de caracterizar su ubicación en el cuadro de tipos penales que rigen en nuestra legislación positiva. Para este efecto es preciso determinar en primer término en qué conducta penal tipificada en el ordenamiento punitivo puede subsumirse la simulación en los actos.

Partiremos en busca de este objetivo con la definición que sobre la simulación nos trae el Diccionario de la Lengua Española (2012) que indica: “**simulación**. Acción de simular” (p. 1404), lo cual nos remite al verbo simular, definida como “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.” (p. 1404). A su vez las palabras fingir, imitar, forman parte esencial de la definición que el mismo diccionario nos da de falso: “Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad.” (p. 702). En esta lógica lo simulado se vincula en su definición con lo falso y si tratamos de documentos públicos, como son las escrituras celebradas ante notario, en esencia estamos hablando de la falsedad de documentos públicos. Podríamos entonces a *prima facie* concluir que las conductas relativas a la simulación de las escrituras se encuentran tratadas en el campo penal en el capítulo de la falsificación de documentos. Corresponde ahora para ir ubicando el tema desde su origen y de manera ordenada partir del bien jurídico que busca proteger la sociedad cuando de éste tipo de falsificaciones se trata.

2.1.3. El bien jurídico protegido en la falsificación y el principio de legalidad

Conocemos como bien jurídico protegido o tutelado aquel al cual una sociedad determinada, en una época así mismo determinada, y por intermedio de su política criminal plasmada en su legislación, le reviste de protección especial por considerarlo esencial para su mínima convivencia y desarrollo. Esta protección generalmente es sancionadora, es decir se garantiza su vigencia bajo la amenaza de una pena principalmente privativa de la libertad. Generalmente estos bienes jurídicos se encuentran reconocidos en la Constitución tales como la vida, la propiedad, la libertad sexual, la seguridad pública, la fe pública, la estructura del estado, etc. La protección de dichos bienes se plasma en el aspecto punitivo en la legislación penal de cada país. Condición esta indispensable así mismo por mandato constitucional pues no puede existir sanción, pena, sin la existencia de una ley previa que la establezca. Estamos ya aquí ante la presencia del principio de legalidad universalmente reconocido en las sociedades cultas del mundo. El principio de legalidad o reserva de ley, Oyarte, R. (2016) sostiene:

Se deriva de dos vertientes, la legalidad en la tipificación de infracciones y la legalidad en el establecimiento de sanciones. Es materia de ley la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones, lo que constituye no solo una exigencia formal sino el cumplimiento de una garantía genérica dentro del debido proceso, que establece que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley (p. 31).

Con estos antecedentes corresponde establecer, qué bien jurídico de interés para la sociedad es atacado cuando de las falsificaciones se trata. Puig Peña, F. (1955) al tratar sobre la Falsedad, comienza interrogándose:

Ahora bien: pero ¿es propiamente la falta o el mudamiento de verdad lo que se protege en este título? Evidentemente, no. Aparte de que el derecho a la verdad es una expresión demasiado amplia para tutelarse en un Código penal, si fuese esa la intención del legislador no dudaríamos en insertar en el mismo título otros hechos castigados precisamente por ser falseamiento de

la verdad, como sucede con la calumnia, la estafa, la adulteración de artículos, la quiebra fraudulenta, etc. (Puig 1955, p. 156).

Manifiesta el autor en cita que lo correcto es definir a la fe pública como lo hace Cuello Calón, E., es decir como la "...creencia impuesta y garantizada por el Estado en la verdad de ciertos signos, instrumentos de prueba o actos de los que se derivan consecuencias jurídicas" (p. 156). El propio Cuello Calón, E. (1975), complementa este concepto señalando que la fe pública "...no debe interpretarse como fidelidad en el mantenimiento de una obligación contraída, sino en el sentido de confianza" (p. 255). Por su parte indica Ranieri, S. (1975), que transgreden la fe pública los actos que afrentan el interés social por la realidad y la autenticidad de los elementos probatorios que el cuerpo legal lo hace imprescindible para la convivencia y donde la seguridad se quebranta por la falsa apariencia.

Donna, E. (2004) sostiene que lo que se protege es la seguridad del tráfico jurídico como concreción de la fe pública (T IV, p. 126). Oneca, A., citado por Donna, indica que la fe pública es la afectada (p. 126). Bacigalupo, traído por Donna, en la misma obra, coincide en afirmar que efectivamente el bien jurídico es la seguridad en el tráfico jurídico o la fe pública (p. 128). Boix Reig, J. (2012) sostiene que "...el soporte documental (sea escrito, oral o simplemente visual) de la manifestación de la voluntad refleja con fidelidad lo expresado en la relación social o jurídica que se suscribe...por eso, precisamente, requieren de su tutela penal...", por tanto "... lo que se pretende proteger es la confianza depositada en la validez y eficacia de los documentos a través de la tutela genérica del tráfico jurídico fiduciario" (p. 429). Más adelante indica el autor en referencia que estas conductas son consideradas "...delitos medio, conductas instrumentales para la comisión de otros ilícitos (siendo la estafa el ejemplo más representativo)". (p. 430).

Para el caso ecuatoriano, según Zavala, J. (1994) el bien jurídico protegido es la fe pública en cuanto se protege la confianza que inspiran ciertos documentos en relación a su genuinidad, autenticidad y veracidad, pues es interés estatal mantener la fe en dichos instrumentos garantizando su seguridad fijando penas para los que en cualquier forma los falseen (p. 37).

Corredor, M. (2011), indica que contradice estas opiniones la moderna doctrina penal funcionalista afirmando que el documento como elemento fundante de las relaciones generales válidas no es ya un objeto material que pertenezca a una persona en concreto, ni que se dirija a una sola persona igualmente en concreto, razón por la cual no se caracteriza por ser un engaño dirigido a alguien sino un elemento del tráfico general de la vida social para permitir la fluidez de las relaciones interpersonales, condición que adquiere cuando se le coloca en ese ámbito y con tal finalidad de orden probatorio jurídico general. En definitiva lo que se protege no es el bien jurídico “fe pública” sino el tráfico jurídico documental como condición general y necesaria de confianza para el desarrollo de la sociedad al dotar de seguridad jurídica a los asociados (pp. 418 a 419). Podría resumirse entonces, como lo afirma Cobo del Rosal, M. (1990), que el posible bien jurídico tutelado para el caso de las falsedades a veces ha sido considerado la fe pública, otras en el valor de los medios probatorios y otras en el tráfico jurídico (p. 193).

2.1.4.- De la falsedad y sus clases

Analizado que ha sido el bien jurídico protegido, corresponde estudiar la falsedad propiamente dicha para lo cual, con fines didácticos, seguimos la posición de Zavala, J. (1994) que conceptúa a la falsedad indicando que “todo ataque a la veracidad e integridad del documento constituye una falsedad en términos generales”, por tanto “debemos admitir que la misma tiene sus especies que se diferencian nítidamente entre ellas” (p. 102). Estas especies para el autor en referencia son tres: **a)** Falsedad material, teniendo ésta el carácter de una acción física que se concreta en la alteración realizada sobre el documento material en sí. **b)** Falsedad ideológica, consistente en las manifestaciones de voluntad o de conocimiento, engañosas, dadas para la formación de un documento y que pasan a ser parte del mismo. **c)** Falsedad ideal como la creación física de un documento imitando un original a la que denomina **falsificación**; o, sin imitación, creando uno nuevo, sin que se parezca a ninguno, al que denomina **forjadura** (p. 102). Necesario es hacer notar que de ésta clasificación se colige que la falsedad es el género y que sus especies son la falsedad material, la ideológica y la ideal.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La falsedad material y la falsedad ideológica

Uno de los autores que de manera más didáctica establece esta diferenciación es Maggiore, G. (1972) quien indica que en la *falsedad material* la alteración de lo cierto reside realmente en la escritura y que puede efectuarse mediante:

Formación es la creación de un acto. *Alteración* es la transformación material del documento legítimo en alguna de sus partes, al agregarle o quitarle palabras, cifras, etc., de modo que el documento exprese o atestigüe cosas distintas de las que expresaba o atestiguaba en su estado primitivo... Se comprende, pues, que la alteración solamente puede recaer sobre un documento auténtico; un documento ya alterado no está bajo el amparo de la ley. *Supresión* no es la alteración, sino la sustracción, el escondimiento o la destrucción de un acto, para ocultar la verdad en perjuicio ajeno (pp. 572,573)

Respecto de la *falsedad ideológica* indica que es la que reside, fuera de la materialidad sino en el contexto ideado de un hecho. Para precisar más dicho concepto trae a Carrara diciendo que esa falsedad que está en un instrumento, externamente auténtico, donde existen expresiones falsas; y se le nombra ideológica, dado que el instrumento no contiene falsedad en su contenido principal, pero si contiene falsedad en las ideas que se desea declarar como auténticas.

Se castiga la falsedad ideológica en un documento público, ya que interesa primordialmente a la sociedad el que los documentos públicos se redacten de modo que correspondan fielmente a los hechos y a las declaraciones efectuados en presencia del funcionario público (p. 574).

2.2.2. Concepto de documento

Las que se han denominado “falsedades en general” recaen sobre documentos siendo necesario partir de una comprensión jurídica de dicho término. Cuello Calón, E. (1975) manifiesta que “Documento es una manifestación de la voluntad,

en forma escrita, capaz de probar hechos de trascendencia jurídica.” (p. 256). Von Litz, F., (citado por Donna, E. 2004), define al documento como cualquier elemento que en su aporte de pensamiento y no tanto por su realidad, está predestinado a demostrar cualquier contenido jurídico. Como se nota esta definición si bien contiene una realidad innegable sin embargo en virtud de su amplitud es necesario complementarlo con las ideas de otros tratadistas a fin de buscar su correcto sentido.

Quintano Ripollés, A., (citado por Zavala, J. 1994), sostiene que documento es cualquier elemento endosable dimanado de alguien y que esté apto de dar constitución, disposición, dar testimonio de un acto o derecho de importancia jurídica. Escriche, J., (1998) en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia disecciona al término documento indicando que es el documento público o instrumentación jurídica que se eleva como elemento probatorio, pasando a definir documento como el texto en que se refleja lo actuado, el instrumento o documentación que verifica o es probatorio del acto de lo que se dispuso o ejecutó o de lo que fue pactado entre las partes. Este autor trata como sinónimos a documento, escritura e instrumento, coincidiendo con los demás en que está destinado a probar un hecho, un derecho o una realidad jurídica.

Fontan Balestra, C. (2004), indica que en lo que al derecho penal corresponde documento es el objeto sobre el que recae la acción delictuosa. Citando a Rivarola indica que se entiende por documento todo escrito que prueba o que sirve de principio de prueba de un hecho cualquiera. Encuentra este autor como características del documento a las siguientes: ser una escritura; su contenido debe producir efectos jurídicos, de modo que de su falsificación pueda resultar perjuicios; y, la presencia de un autor determinado (p. 362). Como observamos en esta definición se hace énfasis en elementos con efectos procesales.

Gómez, E. (1985) considera la más exacta de todas las que se han dado a la propuesta por Manzini, y dice que el documento, de manera estricta, es cualquier escritura colocada en un acto idóneo, producida por un actor expícito, llevando expresiones y afirmaciones de voluntad o de autenticidad idóneas para crear o mantener una ficción jurídica o para ser prueba de un acto de relevancia jurídica, en una relación procesal o en cualquier otro acto jurídico.

Como podemos notar esta conceptualización como las anteriores referidas, no son coincidentes entre sí. Pareciera incluso que se refieren sobre todo al objeto escrito, cuando en la actualidad el avance indetenible de la tecnología nos plantea otras realidades distintas a aquellas en las que vivieron los autores en referencia y que nos obligan a plantear nuevas conceptualizaciones que abarquen las que son ya parte de nuestro vivir contemporáneo como en el caso de los documentos creados electrónicamente. En este sentido Cobo del Rosal, M. (1990), manifiesta "...que es mayoritaria la opinión que considera documentos únicamente a cuerpos escritos" (p. 227), pero que en la realidad actual, las relaciones jurídicas se plasman en diferentes nuevas técnicas en que se registran las manifestaciones de voluntad. Por ello con acierto dicho autor indica que "es verdad que en derecho penal rige con rigor el principio de legalidad que, sin duda, obstaculiza las interpretaciones extensivas, pero no al extremo de vetarlas siempre que se atengan a la significación objetiva de los textos legales cuya inteligencia se procura." (p. 228)

Buscando concluir en una conceptualización más aproximada del tema y relacionada al aspecto penal que ahora nos interesa, acogemos la dada por el profesor Zavala, J. (1994) para quien es "...documento, para los fines penales, de *lege lata*, todos aquellos instrumentos que, guardando las solemnidades o las formas exigidas por el ordenamiento jurídico crean, modifican o extinguen derechos; o atestiguan hechos o actos que tienen trascendencia y que inspiran la confianza general por su pretendida veracidad" (p. 50). Nosotros entendemos que al usar el insigne profesor el término "instrumento" en esta definición lo hizo en la tercera acepción que nos da el Diccionario de la Lengua Española, como "Aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin", lo que abarcaría también a los creados en medios electrónicos. Sin embargo Varela, B., (citado por Donna, E. 2004), aclara que el término instrumento tiene un significado especial más restringido que documento, como una especie de éste, asimilándolo incluso a la escritura (p. 132). Generalmente se expresa de manera escrita, correspondiendo por tanto a los documentos literales.

2.2.3. Documentos públicos y documentos privados

En lo que sí parecen coincidir la mayoría de los tratadistas es en diferenciar un documento público de uno privado. Incluso Donna, E. (2004), sostiene que como estas definiciones constan de la legislación civil no es necesario su dilucidación doctrinaria (p. 139). Pero esto no resta que citemos el concepto que de documento privado da Salvat, R. (citado por el mismo Donna), aunque se refiere a instrumento privado, diciendo que es aquel donde los actores consienten por sí mismos, sin la mediación de ningún representante público. Será por tanto documento público según Zavala, J., "...todo aquel en cuya formación o expedición a intervenido un funcionario público, legalmente nombrado y efectivamente posesionado, actuando como tal dentro de su competencia y en ejercicio de sus funciones, cumpliendo con las solemnidades legales." (p. 50). Notamos en este concepto del maestro ecuatoriano que no lo limita al término instrumento sino al general de documento cuyas diferencias hemos hecho notar en la última parte del punto anterior.

Ahora bien, como ya hicimos referencia líneas más arriba, Donna, E. (2004), señala que cuando la ley se refiere a documento público o a documento privado para su comprensión no tenemos más que acudir a la definición que de los mismos nos da nuestro ordenamiento jurídico. Que con dichas conceptualizaciones legales no coincida el criterio del juez o del doctrinario, no tiene relevancia alguna pues este último aspecto no es un criterio serio de interpretación, recordando además que por más que se quisiera coincidir con alguna de las conceptualizaciones doctrinarias ésta evidentemente no podría aplicarse por sobre la legal, menos aun sabiendo que la interpretación analógica está vedada en materia penal (p. 132).

2.2.4. La escritura pública como documento público

El Consejo General del Notariado español, (2018), manifiesta que:

La escritura es un documento público otorgado ante notario que ofrece la máxima seguridad jurídica... Tiene unos efectos poderosos, regulados específicamente por las leyes, que superan con mucho los que tiene un documento privado. Las Administraciones, los jueces y la sociedad en

general atribuyen credibilidad absoluta a los hechos o declaraciones que constan en una escritura pública (Consejo General del Notariado, 2018).

Se sustenta sobre una normativa precisa, reúne condiciones de autenticidad (lo que en ella se recoge es cierto), ejecutoriedad (el acuerdo se lleva a la práctica sin necesidad de más pruebas) y legalidad (se ajusta a lo que dicen las leyes). Los particulares que firman una escritura pública tienen la seguridad de que nadie podrá poner en duda su veracidad.

Es un documento íntegro que no precisa ninguna comprobación o contraste y que tiene, por sí mismo, la plena eficacia que le da la ley desde el mismo momento en que el notario lo autoriza. Es un instrumento ejecutivo que posee fuerza probatoria de las fechas, de los hechos y de las declaraciones que contiene.

Por tanto de lo estudiado en el punto 2.2.2, la escritura al otorgarse ante notario, servidor público autorizado por la ley para realizarlas, es en definitiva un documento público. Agregaremos en esta parte como características propias de la escritura como documento público, lo que el Consejo General del Notariado español en su sitio web refiere, que “La escritura sólo circula mediante copias, ya sean en papel o electrónicas; la matriz que contiene las firmas originales de los otorgantes se guarda formando protocolo en el despacho del notario que la autoriza.”, y que “La escritura pública es para siempre.”

2.2.5. El notario y el protocolo

Líneas más arriba ya hemos abordado el significado de documento público. Corresponde ahora conocer el de notario y el de protocolo. Larrea Holguín, J. (2006), define al notario indicando que es el “Funcionario público cuya función principal consiste en dar fe, atestiguar, el otorgamiento de actos o contratos que él ha presenciado” (p. 316).

Por su parte, el protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados, que el Notario crea con los actos y escrituras que va autorizando. El protocolo es de propiedad del Estado, por tanto es un archivo público al que puede acceder el ciudadano mediante la petición de copias del mismo de así interesarle. Es de responsabilidad del notario cuidar de la seguridad e

integridad del protocolo y la omisión de este deber, como en el caso de permitir que algún libro de su protocolo salga de la notaría, es sancionada incluso con la destitución. Esto nos hace ver la importancia que nuestra legislación da a la conservación y cuidado del protocolo y hace entendible su rigidez por la naturaleza de los actos que guarda aunque hoy la tecnología va permitiendo conservarlos ya no sólo de manera física sino digital y en un gran y único archivo general nacional conforme es el objetivo de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, DINARDAP, creada mediante la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos (2010).

2.2.6. La falsedad ideológica y la simulación

Habíamos ya indicado en los antecedentes de este estudio que la falsedad en general comprende tres subespecies: la falsedad material, la falsedad ideológica y la falsedad ideal, comprendiendo esta última a la falsificación y a la forjatura. Pretendemos ahora profundizar la *falsedad ideológica*. En la falsedad ideológica sostiene Zavala, J., (1994), el agente no altera el documento preexistente, no cambia el contenido ya constante en aquel, "...ni alterando firmas o frases, ni intercalando disposiciones o convenciones, o haciendo desaparecer dichas cláusulas o convenciones." (p. 181). En ésta "...el agente hace constar, en el momento de la formación del instrumento, como su contenido, un hecho, o una declaración de voluntad, o de conocimiento, como verdaderos, cuando el agente está consciente de que no lo son." (p. 181) Como nos hacen notar estos conceptos en este tipo de falsedad no se ocupa de la forma del documento sino a lo que "debe decir como manifestación de voluntad, o de conocimiento, como relación de hechos, haciendo aparecer actos, pensamientos y hechos distintos de la realidad." (p. 182).

Para ser más explícitos y siguiendo al profesor en cita, encontramos como elementos caracterizantes de la falsedad ideológica los siguientes: 1) Que el documento se encuentre en formación, en su fase de creación, pues es al momento de su elaboración que se insertan en su texto lo que no es voluntad de los otorgantes. 2) El documento materialmente considerado, en su integridad física, permanece intocado. Resulta perfecto en su forma aunque su contenido sea mentiroso, como con meridiana claridad expresa el profesor Zavala en su obra en referencia (p. 182).

Manifiesta Soler, S., (1963), que el sujeto activo en la falsedad ideológica puede ser cualquier persona, tanto el que inserta la declaración falsa, que será siempre el funcionario encargado de extender el documento público, como la acción del que hace insertar, que puede corresponder a un particular cualquiera o a un funcionario distinto del que otorga el acto (p. 331). Como se deduce de esta aseveración, en el caso de tratarse de un particular, el hecho no puede ser cometido por él solo, pues la conducta de éste implica necesariamente que esa acción de hacer insertar implica un seducir, un engañar la voluntad de otra persona, es decir del funcionario para el caso del documento público. Habíamos concluido en el punto

2.1.1 de este trabajo que las conductas relativas a la simulación de las escrituras se encuentran tratadas en el campo penal en el capítulo de la falsificación de documentos y, específicamente, según lo ahora explicado, en la que corresponde a la falsedad ideológica.

3. Metodología

3.1. Modalidad

Se ha utilizado para este trabajo el estudio y análisis bibliográfico del tema propuesto con sustento en tratados, libros, revistas electrónicas y sitios web especializados en el tema. La modalidad usada en esta investigación es la cualitativa. Categoría no interactiva, no experimental. Diseño descriptivo de interpretación y análisis de textos, de doctrina, de normas jurídicas, pues nuestro estudio se centra justamente en describir, estudiar, analizar, el tratamiento jurídico de la simulación de las escrituras en el sistema penal ecuatoriano, en base a las condiciones existentes es decir a la legislación vigente en nuestro país. Pretendemos por tanto caracterizar a la simulación en las escrituras en base a como es tratada por la doctrina así como en la legislación positiva vigente. Para este efecto nos serviremos también del análisis crítico de contenidos normativos como son los artículos aplicables al caso.

3.2. Población y Muestra

Tabla 1. Unidades de observación

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
-------------------------	-----------	---------

<p>Constitución de la República</p> <p>Art. 76.3</p>	<p>No. 444</p>	<p>No. 1</p> <p>“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”</p>
<p>Código Orgánico de la Función Judicial</p> <p>Art. 296</p>	<p>No. 346</p>	<p>No. 1</p> <p>“El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una “función pública que la realizan las notarías y los notarios, quienes son empleados públicos con rango de fedatarios para conceder, por petición de las partes, los documentos, pactos o contratos que estipulan las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.</p> <p>Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”</p> <p>No. 3</p> <p>“Art. 205.- Documento público. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es entregado bajo fedatario bajo su protocolo registral, se</p>

<p>Código Orgánico General de Procesos Art. 205 Art. 2014 Art. 216</p>	<p>No. 439</p>	<p>denominará escritura pública. Se deberán incorporar además en la instrumentación pública las particularidades añadidas, autorizadas o expedidas por alguna autoridad legal y signada de manera electrónica.</p> <p>“Art. 214.- Documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse “suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.</p> <p>La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.”</p> <p>“Art. 216.- Documento privado. Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo.”</p> <p>No. 1</p> <p>“Art. 328.- Falsificación y uso de documento falso.- La persona que manipule, recorte o añada contenidos para cambiar el sentido de la escritura para la constatación de actos de relevancia, tendrán una sanción de pena privativa de libertad de 5 a 7 años.</p> <p>Sí no es a través de escritura pública sino en documentación privada, la condena se fijará entre 3 y 5 años.</p> <p>Los actos bajo documentación falsa, estará sancionada con penas iguales en lo previsto para cada acto.</p>
<p>Código Orgánico Integral Penal Art. 328</p>	<p>No. 730</p>	<p>No. 4</p> <p>“Art. 6.- Notarios son funcionarios dotados como fedatarios para protocolizar, bajo requerimiento de las partes, los contratos, documentación o las</p>

<p>Ley Notarial</p> <p>Art. 6</p> <p>Art. 20</p> <p>Art. 26</p> <p>Art. 44</p>	<p>No. 49</p>	<p>declaraciones de acto que estén reflejadas en las Leyes Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.”</p> <p>“Art. 20.- Se prohíbe a los notarios: 1.- Ser depositarios de cosas litigiosas o de dinero, salvo el que corresponda al valor de los impuestos que ocasione el acto o contrato; 2.- Permitir que por ningún motivo se saquen de sus oficinas los protocolos archivados; 3.- Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 4.- Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas; 5.- Ejercer libremente la abogacía o ejercer un cargo público o privado remunerado a excepción de la docencia universitaria; 6.- Permitir que mientras viva el testador alguien se “informe de sus disposiciones testamentarias, si no fuere el mismo testador; 7.- Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ellas por cartas o documentos privados.”</p> <p>“Art. 26.- Escritura pública es la copia autentica documentaria que contiene los contratos, actos y demás instrumentos jurídica que los interesados solicitan elevar al notario y que incorpora en su protocolo.</p> <p>Se realizan por escritura notarial los contratos, actos y demás instrumentos jurídicos que permite la Ley y que son firmados por decisión de las partes.</p> <p>“Art. 44.- La infracción de los ordinales 3o. y 4o. del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.”</p>
--	---------------	--

Elaborado por Jorge Cañar

3.3. Métodos de Investigación

Los métodos usados en esta investigación son los teóricos aplicando tanto el método deductivo como el método inductivo, complementándolos con la hermenéutica, el análisis y la síntesis. Es teórico porque nuestro trabajo se fundamenta en lo estudiado hasta el momento respecto a la simulación. Sobre lo que debemos entender por documento público, por escritura y por falsedad ideológica en su vinculación con la simulación.

El método deductivo lo aplicamos a partir del análisis de la doctrina formulada en libros por los diversos autores que se ocupan del tema, observando los mismos, cotejando sus opiniones con la de los diversos tratadistas y extrayendo de todas ellas las conclusiones lógicas en relación a la simulación de las escrituras en el sistema penal ecuatoriano de tal forma que podamos llegar a describir de manera adecuada cómo es el tratamiento jurídico dado por nuestro sistema penal a la simulación en las escrituras públicas.

El método inductivo lo usamos desde el análisis crítico de las normas constitucionales, civiles, los tipos penales, contenidos en nuestra legislación constitucional, civil, notarial, registral, penal, para llegar a establecer si en ellas se halla contemplada la simulación en las escrituras como conducta penal tipificada en nuestro ordenamiento jurídico

Usamos también la hermenéutica al abordar cada una de las normas legales aplicables a la simulación en las escrituras públicas en su relación con el sistema penal ecuatoriano, buscando su sentido, la intención del legislador, la finalidad y eficacia de aquellas.

Aplicamos también el análisis de la doctrina, de las normas legales, en el sentido de realizar la distinción, diferenciación, separación de sus cualidades, de los verbos rectores, que integran o componen las normas con el estudio desarrollado sobre las mismas y las conclusiones a las que ha arribado la doctrina sobre el tema. Buscamos con el análisis describir sus propiedades y funciones en busca de entender su contenido.

3.4. Procedimiento

- Con el análisis de las normas contenidas en las unidades de observación se determinó su significado y jerarquía normativa.

- El método deductivo, partiendo de la doctrina escrita sobre el tema, nos llevó a establecer los conceptos correctos de las normas contenidas en las unidades de observación para la comprensión de la simulación, su ubicación en las falsedades ideológicas y el tratamiento penal establecido para las mismas.

- En base al método hermenéutico se estableció el sentido de las normas contenidas en las unidades de observación relacionándolas con la doctrina analizada y aplicable al caso en estudio, para determinar la validez de los conceptos y enunciados a los que se arriba.

- La inducción permitió determinar cómo es que las normas de la población en estudio nos llevan a colegir que el sistema penal ecuatoriano si contempla como conducta penal reprochable los actos de simulación de las escrituras y por ende su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

1. Análisis de los Resultados

Revisado el Código Civil, en el tema que nos ocupa, podemos determinar que nuestra legislación sustantiva civil no define en ninguno de sus artículos a la simulación, por lo que se hace necesario para la comprensión jurídica de dicha institución acudir a la doctrina, siguiendo en esta parte, nosotros, el concepto que sobre la misma dan los tribunales chilenos que la ha definido como el testimonio de una manifestación de voluntad no real, realizada con conciencia y con el acuerdo entre los reunidos con la finalidad de falsear un acto de negocio de manera aparente y que no es real o es diferente del que en verdad se ha realizado. Concluimos también que la legislación penal ecuatoriana dentro de sus normas tampoco define de manera expresa a la simulación en las escrituras.

El concepto que se deja establecido se aplica sin variación para el caso de actos de simulación en la formación de las escrituras públicas. La definición doctrinaria de la escritura pública tomada del Consejo General del Notariado español, coincide en gran medida con la que se extrae del artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos que indica que se llama escritura pública al documento público realizado ante fedatario público y formalizado desde un protocolo o a través de un registro público. Lo que se ve corroborado por la Ley Notarial en su artículo 26 que define a la escritura pública como un documento original que alberga los contratos o negocios que las partes declaran bajo fedatario público y que éste recoge e incorpora en su protocolo.

Si bien la primera definición consta en un Código Orgánico con supremacía sobre una ley ordinaria, no es menos cierto que en virtud de tratarse la notarial de una ley especial, debe primar el concepto recogido en ésta sobre la primera, aunque notamos que las dos definiciones no difieren en lo sustancial y más bien mantienen sus elementos fundamentales respecto al de ser otorgada ante notario e incorporado en un protocolo. También de las dos conceptualizaciones se concluye que la escritura pública forma parte de aquellos considerados como documentos públicos.

El documento público consta definido en el Código Orgánico General de Procesos que en su artículo 205, como el autorizado bajo las solemnidades legales. Si es formalizado ante fedatario público y recogido en su protocolo se le debe denominar escritura pública. También se considerará instrumentación pública los mensajes de datos de las autoridades constituidas y que sean firmados electrónicamente. En ésta definición se incluye a los mensajes de datos firmados electrónicamente lo que significa una concordancia con los nuevos tiempos. Por otra parte el artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos citado indica que: “Documento privado. Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo.”

Como de las últimas normas citadas se concluye que la escritura pública es la otorgada ante notario, encontramos establecida la definición de éste en la Ley Notarial, artículo 6, donde dicta que los fedatarios públicos son funcionarios con atribuciones de fe pública para autorizar, a pedido de parte, los contratos o documentos que se determinen en las leyes. Esta definición, a nuestro criterio didáctica, coincide con la doctrina analizada en este trabajo que recoge a su vez los principios sobre los que se erige el notariado: a) La fe pública¹ notarial como la concerniente a los fedatarios, a través de su potestad otorgada por el Estado y donde determinados hechos son considerados auténticos si es que se desenvuelvan en las competencias atribuidas a su cargo. (Delagrancia, A. 2008) b) Autorizar, en sentido de verificar y no de dar permiso. c) Requerimiento de parte, como manifestación plena del principio rogatorio que rige la actividad notarial la que justamente se activa únicamente a petición del interesado.

Estos principios se recogen también en el primer inciso del Art. 296 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica que el Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son empleados públicos autorizados para ejercer la fe pública para a petición de parte autorizar documentos, actos, contratos establecidos en la ley, dando fe

¹ Sobre el concepto de fe publica ya nos hemos referido en el punto 2.1.3 de este trabajo.

El Art. 20 de la Ley Notarial, en su numeral 4, prohíbe a los notarios, otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas, cuya conceptualización ya la hemos dejado establecidas en los puntos 2.1.1, 2.2.3 y 2.2.5 de este trabajo. La transgresión a esta norma, conforme el Art. 44 de la Ley Notarial en referencia, se sanciona con la nulidad de la escritura y la destitución del notario, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar. Del estudio realizado podemos concluir que las *sanciones penales* a las que se refiere esta norma están contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, concretamente en los delitos contra la fe pública.

La Sección Novena, del Libro Primero, Título IV, Capítulo V, del Código Orgánico Integral Penal se denomina “Delitos contra la fe pública”, y en esta encontramos al inciso primero del Art. 328 que versa sobre la falsificación o eluso de un documento falso, en éste se expresa que la persona que falsificase, destruyera o adulterase algún documento público, dejando alterados sus efectos o su comprensión, tendrán un sancionamiento penado con prisión de 5 a 7 años. Esta norma tipifica penalmente los actos a los que el referido Código ha llamado de “falsificación” sancionando a la persona que, para el asunto que nos importa, falsifique, destruya o adultere cambiando los efectos o el sentido dado en el documento público.

Encontramos por tanto, en la norma penal citada, al utilizar el verbo rector falsificar (*falsifique*) lo que la doctrina ha conceptualizado como *falsedad material* entendida como la alteración de la verdad que recae materialmente sobre la escritura; y encontramos también, al usar el término *sentido*, a la *falsedad ideológica* como la alteración de la verdad que incide sobre el contexto idealizado del acto y no sobre su materialidad. En la falsedad ideológica el agente no altera el documento preexistente, no cambia el contenido ya constante en aquel, ni alterando firmas o frases, ni intercalando disposiciones o convenciones, o haciendo desaparecer dichas cláusulas o convenciones, sino que el agente hace constar, en el momento de la formación del instrumento, como su contenido, un hecho, o una

declaración de voluntad, o de conocimiento, como verdaderos, cuando el agente está consciente de que no lo son. Comprobamos por tanto que las conductas relativas a la simulación de las escrituras, siendo una *falsificación ideológica*, se subsumen en el Art. 328 del Código Orgánico Integral Penal.

Estas conclusiones se ven fortalecidas con el concepto que de documento público falso trae el Código Orgánico General de Procesos que en su artículo 214 expresa: “Art. 214.- Documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento. La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.”

Consideramos conforme a la doctrina que dejamos estudiada que cuando dicho artículo utiliza la expresión *suposición fraudulenta* incorpora en esta expresión tanto a la *falsedad material* como a la *falsedad ideológica*. Lo dicho brota de la interpretación gramatical que debemos dar a *suposición fraudulenta* conforme a la regla 2 del artículo 18 del Código Civil (2005), que indica que el contenido verbal deberá comprenderse de forma natural y racional, según la comprensión generalizada de las propias palabras. Esta regla nos remite por tanto a la definición de la palabra *suponer* que trae el Diccionario de la Lengua Española (2012), que la conceptúa como: “Fingir, dar existencia ideal a lo que realmente no tiene.” (p. 2112) Por tanto intrínsecamente *suponer* en su forma de acción *suposición* y en este caso *fraudulenta*, implica una alteración de la verdad que abarca tanto el aspecto material como al ideal.

El principio de legalidad o reserva de ley, se deriva de dos vertientes, la legalidad en la tipificación de infracciones y la legalidad en el establecimiento de sanciones. Por ende, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Sin dudas este principio se

encuentra recogido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República ordenando que: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” Las conductas relativas a la simulación de las escrituras con relevancia penal respetan este principio.

CONCLUSIONES

Nuestra legislación sustantiva civil no define a la simulación, por lo que se hace necesario para la comprensión jurídica de dicha institución acudir a la doctrina. Luego del estudio doctrinario realizado en este trabajo sobre la simulación, hemos tomado la de los tribunales chilenos que la ha definido como la afirmación de un acto de voluntad no real realizado conscientemente y de conformidad con los demás involucrados para realizar con una finalidad de artificio el aspecto de un negocio jurídico que en la realidad no es o tiene una realidad distinta del que se ha llevado a cabo. El concepto que se deja establecido se aplica sin variación para el caso de actos de simulación en la formación de las escrituras públicas. Concluimos también que la legislación penal ecuatoriana en ninguno de sus artículos define de manera expresa a la simulación en las escrituras por lo que para su comprensión se hace también necesario acudir a la doctrina.

La falsedad en general abarca tres subespecies: la falsedad material, la falsedad ideológica y la falsedad ideal, comprendiendo esta última a la falsificación y a la forjatura. En la falsedad ideológica el agente hace constar, en el momento de la formación del instrumento, como su contenido, un hecho, o una declaración de voluntad, o de conocimiento, como verdaderos, cuando el agente está consciente de que no lo son. Por lo que concluimos que la simulación en las escrituras, conforme a su concepto extraído de la doctrina, está comprendida en la falsedad ideológica.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 328 tipifica los actos a los que ha llamado de “falsificación” sancionando al ciudadano que falsificase, destruya o adultere cambiando las consecuencias o sentidos de los documentos públicos. La norma citada, al utilizar el verbo rector falsificar (*falsifique*), incluye lo que la doctrina a conceptualizado como *falsedad material* entendida como la alteración de la verdad que recae materialmente sobre la escritura; y, al usar el término *sentido*, comprende además a la *falsedad ideológica* como la alteración de la verdad que recae, no en su materialidad, y sí sobre el sustento ideal del acto. Comprobamos por tanto que las conductas relativas a la simulación de las escrituras, siendo una *falsificación ideológica*, se subsumen en el artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal.

Las conductas relativas a la simulación de las escrituras que tengan relevancia penal respetan el principio de legalidad o reserva de ley, recogido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República. Esto puesto que, como se colige de las conclusiones anteriores, desentrañando su concepto en base a la doctrina, la simulación se halla comprendida dentro de las conductas de falsedad ideológica, las que a su vez se encuentran recogidas dentro del texto del artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal. Es decir, se encuentra debidamente tipificada, así como expresamente determinada una sanción en una ley previa como es el Código Orgánico Integral Penal, para el caso de incurrir en ellas.

RECOMENDACIONES

Una adecuada labor de legislación en la formación de leyes, implica la correcta definición de las diferentes instituciones jurídicas. Su imprecisión, podría llevar a la arbitrariedad puesto que la interpretación y asimilación de las variadas corrientes doctrinarias que sobre el tema se presentaren, podría así mismo variar según el criterio de quien la asuma. De ahí que se hace necesario que la institución de la simulación sea conceptualizada, ubicada y desarrollada en la normativa civil ecuatoriana para lo que se hace un llamado a la Asamblea Nacional del Ecuador a fin de que asuma esta tarea.

Para contribuir con este objetivo, como modelo a seguir obviamente previo a un análisis de su conveniencia a los efectos de nuestra tradición civilista, recomendamos a la Asamblea Nacional, la regulación que sobre la simulación contiene el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que en su Capítulo Sexto trata a dicha institución como un vicio de los actos jurídicos junto a la lesión y al fraude. Corresponderá a la referida Asamblea Nacional su estudio y la introducción de los cambios que la doctrina moderna aconseje con el objeto incluso de mejorarla. No recomendamos por el momento se incorpore al Código Orgánico Integral Penal una definición que expresamente tipifique a la simulación en uno de sus artículos. Mas, la que hoy la comprende, artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, se presentaría mucho más clara si la institución de la simulación fuese regulada y definida en nuestro Código Civil como se recomienda. Las normas del Código Civil Argentino en mención las presentamos como anexo a este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1971). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Abeliuk Manasevich, R. (2001). *Las Obligaciones. Tomo I*. Cuarta Edición. Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Bello, A. (1954). *Código Civil de la República de Chile*. Caracas-Venezuela. Caracas-Venezuela. Ediciones del Ministerio de Educación.
- Boix Reig, J. (2012). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*. Madrid. Iustel
- Borda, G. (2013). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV*. Buenos Aires. Editorial Eliasta. S.R.L.
- Cañar Lojano, L. (2000). *Comentario al Código Penal de la República del Ecuador*. Cuenca-Ecuador. Impresora Rocafuerte.
- Cobo del Rosal, M. (1990). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Corredor, M. (2011). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuello Calón, E. (1975). *Derecho Penal*. Barcelona. Bosch.
- Diccionario de la Lengua Española. (2012). Madrid: ESPASA.
- Donna, E. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Escriche, J. (1998). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Fontán Balestra, C. (2004). *Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Parte Especial*. Buenos Aires. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.

Gómez, E. (1985). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Buenos Aires. Compañía Argentina de Editores.

Larrea Holguín, J. (2006), *Diccionario del Derecho Civil*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Maggiore, G. (1972). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*. Bogotá. Editorial TEMIS.

Mazeud, H. y Mazeud, J. (1978). *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Volumen III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pacheco, J. (2000). *El Código Penal Concordado y Comentado*. Madrid. Edisofer S.L. Libros Jurídicos.

Planiol, M. y Ripert, G. (2003). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, D.F. Cárdenas Editor Distribuidor.

Puig Peña, F. (1955). *Derecho Penal. Tomo III*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

Ranieri, S. (1975). *Manual de Derecho Penal. Tomo IV*. Bogotá. Editorial TEMIS.

Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino. Tomo V*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.

Verdugo, M. (1986). *Código Penal*. Chile. Editorial Jurídica EDIAR-CONOSUR LTDA.

Zavala, J. (1994). *Delitos contra la fe pública*. Guayaquil: Edino.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Delagrancia, A. (2008). Fe Pública. *Derecho Notarial*. Recuperado de:
<http://dnotarial.blogspot.com/2008/05/fe-publica.html>

Consejo General del Notariado español. (2018). Recuperado de:
<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario>

CÓDIGOS Y LEYES

Constitución de la República. R.O. 449, 20 de octubre de 2008

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial. S.No.506. 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial. S.No.544. 9 de marzo de 2009.

Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010

Código Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1999

Ley Notarial. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2016

Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos. R.O. 162, 31 de marzo de 2010

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2016). Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. Segunda Edición.

ANEXO

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Capítulo 6. Vicios de los actos jurídicos

Sección 2ª Simulación

Artículo 333. Caracterización

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Artículo 334. Simulación lícita e ilícita

La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

Artículo 335. Acción entre las partes. Contradocumento

Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de los resultados del ejercicio de la acción de simulación.

La simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento. Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

Artículo 336. Acción de terceros

Los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado pueden demandar su nulidad. Pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba.

Artículo 337. Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar

La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto.

La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación.

El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Jorge Hernán Cañar Lojano, con C.C: # 0101692002 autor(a) del trabajo de titulación: *“La simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano”*, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 25 de octubre de 2018

f. _____
Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano.
C.C: 0101692002



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La simulación en las escrituras en el sistema penal ecuatoriano.		
AUTOR(ES):	Dr. Jorge Hernán Cañar Lojano.		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum M. – Dr. Francisco Obando F.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de octubre del 2018	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Escrituras simuladas, nulidad de escritura, destitución notario, falsedad ideológica, falsedad material, prohibiciones notariales.		

RESUMEN/ABSTRACT:

La Ley Notarial ecuatoriana prohíbe a los notarios otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas, sancionando la inobservancia de aquello no solo con la nulidad de la escritura y la destitución del notario sino además con la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Buscamos determinar cuál es esa responsabilidad penal para lo cual estudiamos el sentido jurídico en materia penal de la simulación en las escrituras, su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal para asegurar la garantía constitucional de *Nullum crimen nulla poena sine lege*, así como conocer cuáles acciones u omisiones en el actuar del notario podrían estar sujetas a responsabilidad penal. Con este propósito se aborda la doctrina más relevante en miras a establecer el concepto jurídico de simulación en el sistema penal ecuatoriano, así como para determinar si dicho concepto jurídico está comprendido en la falsedad material, en la falsedad ideológica o en ninguna de ellas. Identificamos el tipo penal regulado en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador al que se ajusta la simulación en las escrituras. Se analizan las normas relativas al tema en la legislación sustantiva civil encontrando que nuestro Código Civil no define a la simulación, por lo que se hace necesario para la comprensión de dicha institución acudir a la doctrina. Finalmente sugerimos a la Asamblea Nacional, la regulación que sobre la simulación contiene el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que trata a dicha institución como un vicio de los actos jurídicos junto a la lesión y al fraude.

The Ecuadorian Notarial Law prohibits notaries from knowingly granting simulated deeds, sanctioning the non-observance of that not only with the nullity of the deed and the dismissal of the notary but also with the criminal responsibility that may arise. We seek to determine what is this criminal liability for which we study the legal sense in criminal matters of the simulation in the deeds, its classification in the Organic Comprehensive Criminal Code to ensure the constitutional guarantee of *Nullum crimen nulla poena sine lege*, as well as knowing what actions or omissions in the act of the notary could be subject to criminal liability. With this purpose, the most relevant doctrine is addressed in order to establish the legal concept of simulation in the Ecuadorian penal system, as well as to determine if said legal concept is included in the material falsehood, in the ideological falsity or in any of them. We identify the criminal type regulated in the Organic Comprehensive Criminal Code of Ecuador to which the simulation in the scriptures is adjusted. The rules related to the subject are analyzed in the civil substantive legislation finding that our Civil Code does not define the simulation, so it is necessary for the understanding of said institution to resort to the doctrine. Finally, we suggest to the National Assembly, the regulation on the simulation contained in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation that treats this institution as a vice of legal acts together with injury and fraud.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0998654723	E-mail: canarlojanoabogados@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry	
	Teléfono: 0991521298	
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		