

# El Testaferraje: Notas Distintivas

Eduardo Herrera Velarde

Abogado penalista

Estudio Linares Abogados

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es ya muy común para muchos el suponer que un testaferro es una persona que se presta en sí misma (como nombre o identidad) para la consumación de una conducta sancionada como delito. Sin embargo, como lo veremos en lo sucesivo en el presente trabajo, esta idea no es tan clara como parece.

Empecemos definiendo que «*Testaferro*» o «*testa de ferro*», son términos que derivan de la lengua italiana para definir a aquella persona que «*presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra*»<sup>1</sup>.

De una simple lectura de la definición antes glosada, se puede colegir con meridiana claridad que el testaferro no siempre supone la vinculación de una persona para cometer un hecho tipificado como delito. Surgen entonces distintas interrogantes que, en la medida de lo posible, serán absueltas en este artículo, por ejemplo, ¿cuándo un testaferro responde penalmente por su conducta? o mejor dicho ¿hasta qué punto comete delito una persona que se presta a un testaferraje?

A continuación, mi posición al respecto.

## II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL TESTAFERRAJE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Con la finalidad de tener un mejor panorama acerca del tema a tratar, considero importante apreciar la connotación que tiene el testaferraje desde el punto de vista de la legislación civil.

Si bien es cierto el Código Civil no hace expresa mención – en ninguna de sus disposiciones – a la figura del testaferraje como tal, resulta por demás claro que efectivamente se ocupa de instituciones que se encuentran íntimamente ligadas a este tema. Así, el referido cuerpo legal, tratando lo concerniente a la simulación (figura íntimamente ligada al testaferraje),

refiere que esta se subdivide en dos clases: 1º una simulación absoluta - regulada por el artículo 190 – en virtud de la cual se celebra un acto jurídico sin voluntad para hacerlo (por ejemplo: comprar un bien en forma aparente) y 2º una simulación relativa – establecida en el artículo 191 – cuya finalidad es esencialmente ocultar un acto mediante la celebración de otro aparente.

Del mismo modo, el Código Civil regula la denominada acción revocatoria o acción pauliana (artículo 195) cuyo objetivo primordial va dirigido a lograr la ineficacia de actos gratuitos que disminuyan el patrimonio de un deudor y que de esa manera perjudiquen el cobro de un crédito. Una norma de similares características se encuentra en el artículo 97 del Código Penal, que sanciona con nulidad a aquellos actos practicados u obligaciones adquiridas por el condenado con posterioridad al hecho punible, en tanto y en cuanto estos disminuyan el patrimonio del deudor frente al pago de la reparación civil.

De un análisis no tan profundo sobre la norma civil, es posible advertir que en ellas se vinculan dos factores que, como lo veremos luego, guardan mucha relación con el ámbito de interés del Derecho Penal en lo relativo al tema del testaferraje claro está. Me refiero a un aspecto subjetivo, incluido por ejemplo en la hipótesis de los artículos 190 y 191 del Código Civil (que regulan lo vinculado a la celebración de acto jurídico sin voluntad, o con voluntad aparente) y un aspecto objetivo, en el caso del artículo 195 del mismo cuerpo de leyes (toda vez que dicha norma requiere la concurrencia de un perjuicio para amparar la pretensión de ineficacia de acto jurídico).

Aunque obviamente los marcos de análisis son distintos entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, los criterios conjugados en la figura de la simulación del acto jurídico, como lo veremos luego, se hacen también presentes – pero como elementos concurrentes – en el testaferraje punible. En efecto, si bien no todo testaferraje se materializa por simulación de un acto jurídico<sup>2</sup>, para que la figura que es objeto de estudio tenga relevancia penal, entiendo que deberá preexistir

1 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual – Tomo VIII. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. p. 61.

2 Sucede que al interior de muchos negocios que existe un administrador nombrado estatutariamente en cumplimiento de las regulaciones de nuestro sistema legal y un «*administrador de hecho*», quien maneja las riendas del negocio, pero que no tiene ningún vínculo ostensible en virtud de acto jurídico alguno.

una voluntad dirigida a ocultar una calidad, acto, condición, etc. y además, causar un perjuicio a un bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento (patrimonio, orden económico, etc.).

### III. TESTAFERRAJE: ¿AUTORÍA O PARTICIPACIÓN?

Ya que hemos podido arribar a una idea de lo que interesa al Derecho Penal como testaferraje, considero importante con ánimo únicamente académico, discernir un antiguo conflicto que surge al tratar este tema: ¿debe ser el testaferraje – como forma de criminalidad – una conducta independiente o formar parte de la participación delictiva de otro hecho punible tipificado?

Esta entelequia nace del análisis de tipificaciones como las del encubrimiento real, lavado de activos o receptación, que ciertamente preconizan la posibilidad de concebir un testaferraje como figura independiente, en contraposición a cláusulas que se pueden apreciar dentro de muchas de las figuras delictivas prescritas en nuestro código sustantivo que dan a entender que el testaferraje puede ser, efectivamente, parte de una «conducta o delito principal».

Hablando del testaferraje como forma de participación en nuestra legislación penal, veo muchas cláusulas insertas en hipótesis de tipificación sugeridas bajo el estilo siguiente: «*el que procura para sí o para otro un provecho ilícito*» (artículo 196 del Código Penal), o «*usar en provecho propio o de otro*» (inciso 8° del artículo 198 del Código Penal), o «*el que, por cuenta propia o ajena*» (artículo 246 del Código Penal). Si bien las muestras abundan en el Código Penal peruano, considero importante poner un ejemplo palpable de como esta coyuntura se traduce en la realidad:

El tipo penal del delito de estafa refiere que el provecho puede ser tanto para el autor o para «otro» individuo. De ello se puede entender, sin ningún inconveniente, que el sujeto activo puede estar actuando por intermedio de un representante o testaferrero, quien a esos efectos podría ser considerado como cómplice. Igual sucede en la hipótesis del delito de intermediación financiera, cuando el artículo 246 del código sustantivo, precisa que la conducta es realizable tanto por agente o por cuenta de «otro». Como dije, los ejemplos sobran.

Sin embargo, lo que se observa con este tipo de cláusulas que sugieren al testaferraje como una forma de inminente participación delictiva, parece

contraponerse con la existencia de figuras autónomas que consagran delitos independientes y en ese contexto, determinan que el testaferrero pueda ser autor de su propio hecho punible (léase lavado de activos por ejemplo).

En este orden de ideas, resulta importante tener presente que lo que diferencia la posición de un autor de la de un partícipe, es que el primero ostenta lo que en doctrina se conoce como «*dominio del hecho*». Por este término – siguiendo al maestro Raúl Zaffaroni – se identifica a «*quien retiene en sus manos el curso, el «sí» y el «cómo» del hecho; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho*»<sup>3</sup>. A diferencia de ello, en el caso del partícipe, este solamente presta su auxilio o colaboración para la materialización de una conducta ilícita, pero carece de ese poder que únicamente es reconocido a favor del autor o sujeto activo del delito.

Acerca de esta discusión que venimos siguiendo, considero que el punto neurálgico pasa por identificar el momento consumativo del hecho imputado a fin de discernir si es que el testaferraje puede ser interpretado como autoría o como participación. Así, si la conducta del testaferrero – dentro de un tipo legal determinado - forma parte de la intención de colaborar con la culminación del evento delictivo principal, sin duda alguna, hablaremos de una forma de participación. Contrario sensu, si ya preexiste una conducta consumada como ilícito y el testaferrero interviene ejecutando su propia acción - por ejemplo - para obstaculizar el descubrimiento del delito anterior, entiendo que no habría inconveniente en considerarlo como autor, siempre y cuando esa acción esté sancionada por el orden normativo como ilícito penal.

### IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

De lo visto hasta aquí, es posible plantear las siguientes conclusiones preliminares:

Para que un acto de testaferraje sea punible, considero que éste debe estar premunido de un aspecto volitivo (voluntad para ocultar una calidad, contrato, etc.) y la necesidad de un perjuicio hacia un bien jurídico tutelado.

Ergo, no toda simulación, o mejor dicho aún con mayor propiedad, no todo acto de testaferraje es relevante a los intereses del Derecho Penal.

En el contexto ya descrito, y no obstante lo señalado anteriormente, para que el testaferraje pueda ser punible, deberá además formar parte de una conducta

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal – Parte General. Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima, Perú. 1986. p. 723.



tipificada como delito por nuestro ordenamiento, ya sea como figura independiente o como modalidad comisiva.

### V. EL TESTAFERRAJE EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Ahora que ya se ha podido identificar cuales son las características que hacen punible el testaferraje, así como sus implicancias como autoría o formas de participación, considero oportuno hacer una rápida vista a la presencia de esta figura en los distintos artículos de nuestro Código Penal.

#### • El delito de receptación (artículo 194 del Código Penal)

El delito de receptación constituye, una de las primeras figuras en antigüedad que prevé nuestra legislación relacionada al tema del testaferraje. Este delito ya se encontraba legislado en el Código Penal de 1924 bajo la denominación de encubrimiento como forma complementaria del hecho punible previsto como modalidad contra la Administración de Justicia.

Observemos que la receptación se circunscribe a un contexto «doméstico», en comparación por ejemplo, a la hipótesis de tipificación del delito de lavado de dinero que requiere de una conducta un poco más «*elaborada*» y no tan simple como la del delito analizado, ello precisamente porque la receptación ya actualmente resulta insuficiente de cara a las nuevas formas de criminalidad existentes y en ese sentido, ha tenido que ser superada por legislaciones más seguras.

En línea con lo expuesto, es claro que este delito se encuentra previsto para quien – por ejemplo - adquiere un bien proveniente de un hurto y luego lo comercializa conociendo de su origen, puesto que sería difícil concebir que pueda insertarse en el contexto de un ilícito tributario dada su naturaleza y además porque la propia Ley N° 27765 – Ley de Lavado de Activos, sitúa a las ganancias de esta forma criminal bajo la protección (égida) de esta reciente tipificación (ver artículo 6°).

Siguiendo con el desarrollo de esta figura delictiva, es oportuno indicar que una nota que identifica con claridad al delito de receptación es el ánimo de

lucro que deberá experimentar el agente al consumir la conducta, a diferencia de lo que ocurre en el caso del encubrimiento o del lavado de dinero, en donde el sujeto activo no busca prioritariamente un provecho ilícito, aunque sea perfectamente posible que este se llegue a materializar.

Pero hablando del tema que nos ocupa en el presente trabajo, es perfectamente posible apreciar que el testaferraje puede incluirse en esta modalidad delictiva. Concretamente en lo que concierne al aspecto del provecho, al cual ya he hecho alusión líneas arriba. En efecto, es posible que el lucro obtenido sea directamente experimentado por el autor de la receptación, pero además en el caso que el sujeto activo de este ilícito se comporte verdaderamente como testaferrero del agente del «*delito principal*» y, por ejemplo, reciba en donación el bien previamente robado (automóvil), vendiéndolo, para finalmente entregarle todas las ganancias al primer individuo.

#### • El delito de fraude en la administración de personas jurídicas (artículo 198 del Código Penal)

Tal vez el ámbito en el que con mayor frecuencia – sin ser el único - se piensa en un testaferraje punible, sea el de la empresa. Ello obedece a que ese tipo de estructuras organizadas, debido a su propia naturaleza, crean las

condiciones adecuadas para prácticas de esta índole (por ejemplo accionistas simulados, administradores de hecho, etc.). Dada esta coyuntura es que la hipótesis de tipificación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas merece un análisis en particular.

Dentro de las distintas modalidades que regula el artículo 198, existen dos en particular que han llamado mi atención en lo que se refiere al tema materia del presente trabajo. La primera, contenida en el inciso 7°, cuando por ejemplo un órgano de la empresa (Gerente) asume un préstamo – en condiciones lesivas para su representada - a favor de otra persona jurídica en la cual tiene testaferreros como accionistas. La segunda modalidad relevante, la vemos en el inciso 8° del referido artículo 198, bajo la utilización de cláusulas a las cuales ya he aludido anteriormente («*usar en provecho propio, o de otro*»). En ese contexto es perfectamente coherente que el «*otro*» pueda ser el testaferrero que el agente de este delito utilice para, posteriormente, incorporar el provecho en su favor.

---

***“(…)para que el testaferraje puede ser punible, deberá además formar parte de una conducta tipificada como delito por nuestro ordenamiento(…)”***

---

En suma, como puede advertirse de lo anotado anteriormente, tanto en esta hipótesis de tipificación como en otras que también he abordado en el presente trabajo, cabe la posibilidad de sancionar prácticas de testaferraje punibles. En realidad los límites para ello, como lo veremos luego se encuentran fijados sólo por la interpretación que a esos efectos haga el operador penal en cada caso concreto.

- **El delito de fraude en remates, licitaciones y concursos públicos (artículo 241 del Código Penal)**

Otra forma de concebir al testaferraje desde el punto de vista de nuestra legislación penal, la hallamos en la hipótesis de tipificación del artículo 246 que sanciona el delito de fraude en remates, licitaciones o concursos públicos. Así, el inciso 3º del referido dispositivo penal, establece como modalidad del delito analizado, la concertación de los intervinientes con el objeto de alterar el precio de un remate, licitación o concurso público.

Como primera nota importante podemos advertir que si bien la norma no establece con claridad entre quienes se podrá consumir esta modalidad delictiva o mejor dicho, quiénes serían los «*intervenientes*» en la concertación fraudulenta, se puede concluir válidamente de una interpretación integral del tipo, que solamente los participantes en el remate, licitación o concurso serán los que tengan esa posibilidad de poder alterar los precios. En ese sentido, aunque no toda concertación parta de un mismo interés, al final siempre la concertación llegará a suponer la presencia de una identidad de pensamientos en lo que busca cada parte interviniente, de manera que se confundan los intereses con las posiciones. Sin embargo, la diferencia entre una concertación lícita y otra ilícita radica, claro está, en su origen, formas e implicancias, al punto que una concertación engañosa o simulada, inequívocamente denotará la comisión de un hecho punible.

A los efectos del delito analizado, es muy simple poner un ejemplo real de testaferraje dentro de la hipótesis artículo 246 inciso 3º:

A, B y C son postores de un remate, aunque todos actúan financiados por A; siendo B y C, únicamente testaferreros del primero de los nombrados. En tal contexto, A, B y C concertan delictivamente para alterar el precio disminuyéndolo a favor de los intereses de A.

- **El delito de encubrimiento real (artículo 405 del Código Penal)**

De la lectura del artículo 405 que sanciona el delito de encubrimiento real, podemos advertir que la vinculación de este ilícito con el tema del testaferraje, fluye de la última modalidad comisiva que consiste en ocultar los «*efectos*» del delito principal o preexistente.

En principio, como lo explica el tratadista español Francisco Muñoz Conde, bajo el término «*efectos*» se entiende «*cualquier cosa que pueda demostrar la existencia del delito, su forma de ejecución o sus resultados*»<sup>4</sup>, de manera que aquí se encuentran comprendidos los productos que determinan los bienes obtenidos directamente por el delito (monedas falsas, el ganado hurtado), como el provecho en sí (lo comprado con las monedas falsas o con la venta del ganado hurtado)<sup>5</sup>. Dada la estructura de la hipótesis que tipifica el delito de encubrimiento o favorecimiento, resulta innegable que esta figura guarda mucha similitud con el delito de receptación y también con el lavado de dinero, como lo veremos más adelante.

Respecto a la receptación, se puede colegir que ambas hipótesis necesitan para su configuración de un «*delito principal*» o «*preexistente*», de manera que como producto de ésta se generen los «*efectos*» que luego serán ocultados por el encubridor. Obviamente, para mantener un margen de razonabilidad que exige el espíritu de la norma, ambos delitos precisan del conocimiento previo que deberá tener el autor acerca del origen del bien; sin embargo – y aquí radica la diferencia – en el encubrimiento, el agente no necesariamente deberá experimentar ánimo de lucro pues su intención estará dirigida principalmente a dificultar la acción de la justicia, es por ello que este ilícito se acopla de mejor forma a la figura del testaferraje.

Grafiquemos lo expuesto en un ejemplo:

A consuma una estafa masiva y conociendo del próximo proceso judicial que se le va a seguir -con la ganancia obtenida ilícitamente- le pide a B que compre una casa a su nombre y de esta forma encubra los efectos del delito, con lo cual, además, evita la pérdida del provecho ilícito por acción de la justicia.

Dicho sea de paso, hablando precisamente de la ventaja patrimonial, y aunque queda claro que en el

4 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal – Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1999. p. 916.

5 CREUS, Carlos. Derecho Penal – Parte Especial. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1999. p. 344.



encubrimiento el agente no necesariamente experimenta un ánimo de lucro, ello no implica que esta tendencia interna no pueda hacerse presente en la realidad, ya que nada impide que el autor del delito principal «gratifique» posteriormente al encubridor por su conducta, supuesto en el cual podría presentarse un concurso ideal de delitos, ya sea con la receptación o con el lavado de activos.

- **El delito de lavado de activos (artículos 1° y 2° de la Ley N° 27765)**

A consecuencia del avance de nuevas formas de criminalidad a nivel mundial y dado el desfase de construcciones legales que –como se dijo– hoy por hoy resultan insuficientes, las legislaciones de numerosos países intentaron elaborar modernas normas que, de cara a esta evolución, ofrezcan mayor seguridad y dejen menos espacios a lagunas de impunidad.

Dicho esto, entiendo que actualmente no es imaginable que un país no tenga una disposición penal respecto al lavado de activos. Algunas legislaciones, como la española regulan – tradicionalmente – a este delito como una forma de encubrimiento, mientras otras, más avanzadas de acuerdo a sus propias experiencias, estipulan hipótesis de tipificación más amplia que, como ya se dijo, dejen menos espacio para conductas sin sanción penal. (Por ejemplo el caso colombiano).

Ya dentro del enfoque de nuestra legislación, la Ley N° 27765, que no me detendré a analizar en este trabajo, establece dos modalidades de lavado de dinero en las que también se observan algunas formas de posible testaferraje:

- El artículo 1° regula los actos de conversión y transferencia punibles en el lavado de activos. Bajo esta primera modalidad, el agente recibe el bien o efecto del delito preexistente y lo convierte o transfiere, comportándose dentro del preciso concepto de testaferraje. Por ejemplo:

A recibe remesas de dinero de Z que es narcotraficante. Posteriormente A invierte ese dinero en su negocio de casino de juego para «blanquearlo» o «lavarlo». En ese contexto es claro que A actúa como testaferraje de Z, adquiriendo esta práctica un marco de ilicitud que despierta el interés del Derecho Penal.

- De otro lado, el artículo 2° de la mencionada ley establece los actos de ocultamiento y tenencia, en virtud de los que el sujeto activo recibe un bien o efecto y lo guarda, custodia o utiliza pero sin transformarlo. Por ejemplo:

Z compra un yate producto de sus actividades de proxenetismo y luego se lo transfiere simuladamente a X para que este lo posea como suyo. En este caso, X es el testaferraje de Z en el lavado de activos.

Aunque el lavado de activos tal como está configurado en nuestra legislación se asemeja más a una receptación, ello no impide que tenga elementos del encubrimiento que son importantes resaltar. Por cierto, obsérvese que la Ley establece claramente que la conducta respecto de los efectos, deberá estar encaminada a «evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso», vale decir que la conducta finalmente deberá estar dirigida, bajo el modelo peruano, a dificultar la acción de la justicia. Acerca de esto, considero que el agregado en comentario limita demasiado el ámbito de punibilidad de la conducta, lo cual no sucede por ejemplo en el caso colombiano en el que delito se reputa como consumado por la sola realización del tipo.

Entorno a las similitudes con la receptación que ya he aludido de forma somera, es claro que el lavado de activos pareciera en realidad una modalidad complementaria del artículo 194, tal como lo sugiere la parte final del artículo 8° de la Ley N° 26714. Y esto debido a la insuficiencia de la tipificación de la receptación frente a las nuevas conductas criminales modernas que hoy nos llevan a legislar el lavado de activos y probablemente, en el futuro nos conduzcan a penalizar el testaferraje como delito propio.